ANTONIJ FABRI I.C. SEBUSIANI, ... RATIONALIA IN TERTIAM [-QUINTAM]...

Antoine 1557-1624 Favre,
Giovanni Battista Coccini

ANTONII

FABRI I.C.

SEBVSIANI, SERmi.
SABAVDIAE DVCIS
CONSILIARII AB INTIMIS,
ET IN SVPREMO SABAVDIÆ
Senatu Præsidis Primarij

RATIONALIA

IN TERTIAM PARTEM
PANDECTARVM,

In tres Tomos diuisam:

Cum INDICIBVS *Rerum & Verborum locupletissimis.*



LVGDVNI,
Sumptibus Hæredum Petri de la Rouiere.

M. DC. XXVI.
Cum Priuilegio Christianissimi Regis Galliarum.

CAROLO EMANVELI

SERENISSIMO ET INVICTISSIMO SABAVDIÆ DVCI, ET PEDEMONTII PRINCIPI DOMINO SVO CLEMENTISSIMO

ANTONIVS FABER S.ET F.P.

OFFERO tibi, Princeps Inuictiſſime, Rationalium meorum in totius iuris Pandectas partem tertiam. Cur tibi potius quàm alij, non quæret, vt arbitror, quiſquis ex vitæ meæ condicione ſcriptorúmque meorum lectione didicerit me meáq; omnia Celſitudini tuæ iampridem dicata eſſe & conſecrata. Idque tam multis de cauſis & rationibus, vt plagiarius haberi meritò debeam, ſi quæcunque mea videri velim, alterius dici patiar quàm tua. Sed cur tertiam, non primam aut ſecundam partem? Hoc verò non tantùm quæret, ſed etiam mirabitur fortaſſis, nec abs re, quiſquis mecum intelliget, quod vniuerſa videt Europa; Inter tot Principes, quibus iam gloriæ eſt, non minus Iuriſprudentiam, quàm Iuſtitiam colere, Vnum te eſſe, qui, vt literatos omnes, ita ex literatis omnibus, eos potiſſimùm qui Papinianeæ ſcientiæ ſectatores ſe profitentur, maiori ac præcipuo quodam ſtudio proſequaris; Fabrum autem tuum vnicè, quem ſingulari propemodum animi propenſione, à primis honorum cunabulis, ad præcelſum hoc tantæ dignitatis faſtigium, per omnes honorum gradus, vltrò euectum voluiſti; & in ſumma, iis ornamentis decoratum quibus vel Papiniani noſtri dignitas (ſi te Imperatorem hodie haberet, feliciore planè fato, quàm olim Caracallam) expleri vtique poſſet. Quid enim maius & magnificentius à te proficiſci in me potuit, quàm vt hæc omnia, vtinam virtutis & ſcientiæ potius quàm fortunæ ornamenta, mihi concederes, quæ & ſcriptis meis gratiam famámque non vulgarem poſſent addere, & ex fama dignitatem, ex dignitate denique etiam authoritatem? Quanquam enim maius & difficilius quiddam eſt, quàm credi à pleriſque poſſit; poſt tam eximios ſcriptores, quibus priora ſecula claruerunt, & noſtra, iure ſuo gloriantur, velle ac audere in Pande-

ctas. Rationalia ſcribere. Creſcit tamẽ operis dignitas, fitque opus multò gratius & illuſtrius, cùm ab eo proficiſcitur, cuius ingenium & induſtriam tantus Princeps agnouerit, quem gradatim ad ſumma quæque dignitatum faſtigia, quaſi manu perduxerit, deniq; quem hoc ipſo, tot honoribus dignum vel iudicauerit, vel (quod nõ minoris eſſet gloriæ) effecerit. Neque tamẽ cùm primam huius operis partem Cæſareæ Maieſtati dicauimus, ſecundam autẽ Sereniſſimo Principi Cardinali noſtro, in eo verò quicquam à propoſiti mei ratione alienum videri factũ debet: vtrumq; enim ita peractum eſt, te non modò ſciente, ſed etiam imperante; cùm diceres, vel ſolam operis inſcriptionem dignam tibi videri, quæ facere deberet, vt Cęſari totum opus probaretur, eiuſq;, ſi non penitus abſoluendi, ſaltem inchoandi tentandique cura, (ſi nemò eam vltrò ſuſciperet) ei, cui nec ingenium, nec diligentia ad tantam rem pręſtandam deeſſet, propoſitis etiam tanto labori præmiis, liberalitatem Cæſaream arguentibus, iniungeretur. Cuius enim magis, quam Cæſaris intererat, vt ius Romanũ, tot Legibus, Senatuſcõſultis, Plebiſcitis, & Principum Cõſtitutionibus conſtitutum, totque vigiliis & lucubrationibus auctum, ad eam vſque excreſceret & dignitatis & pulchritudinis magnitudinem, vt nihil ei adiici poſſe videretur? Nec ſanè tantus Imperator, quantus Rudolphus fuit erga literas & literatos omnes (vt audio) propenſiſſimus, aliter facturus fuiſſe credendus eſt; niſi peſſimo meo fato accidiſſet, vt ſub idem tempus, quo Celſitudinis Tuæ Orator Illuſtriſſ. ad Aulam Cæſaream miſſus eſt, & primam illam Rationalium partem exhibere iuſſus, magnus Imperij Cãcellarius, ad quem ſcripſeram, vt dedicationis huius meæ interceſſorem ſe præberet, ab Aula recedere coactus, explendi officij facultatem, prius quàm voluntatem amiſiſſet: ita effectũ eſt, vt ne illud quidem ſcire vnquam potuerim, an vel ipſum Rationalium, ne dicam Antonij Fabri nomen, ad tanti Imperatoris aures peruenerit: adeo infœliciter ſucceſſit mihi tam præclarus conatus, & quod magis doleo, toti etiam Iuriſprudentię, cui Imperatoris approbatio ac beneuolẽtia, nõ minus ornamenti allatura erat, quàm mihi, honoris & gratiæ, ſi res fœlicius ceſſiſſet. Quòd autem ſecundam Rationalium partem Sereniſſimo Principi Cardinali tuo dicatã volui, non ſolùm te imperante factum eſt, ſed etiam propria quadam ratione, cùm eo tempore conſtitutum iam apud te eſſet ad Chriſtianiſſimũ Galliarum Regem, eum mittere, tractãdi eius Matrimonij gratia, quod inter Sereniſſ. Pedemontanorum Principem, & Sereniſſ. Chriſtianam à Francia, Regis ſororem amantiſſimam, poſtea fœliciſſimè contractũm eſt, & cuius me, non modò teſtem, ſed etiam miniſtrum iam tum elegeras, vt in eam potiſſimum rem, Cardinalis Ampliſſimus, (quamuis virtutibus & ſubſidiis propriis ſuffultus, nulliuſq; externæ operæ indigus) & Reuerendiſſ. Franciſci de Salles, Epiſcopi Gebennenſis induſtriâ & gratiâ

gratiâ (quæ iam tum apud Gallos erat maxima) & operâ meâ, si qua opus esset, vteretur. Erat enim conueniens, vt tantum Cardinalem munere aliquo deuincirem, cui parendum habebam & seruiendum, sed eo præcipuè munere, quod ipsi persuadere posset, nihil à Celsitudine tua in eligendo me factum esse, quod non ad ipsius dignitatem réique gerendæ vtilitatem pertinere maximè videretur: Nec possum dissimulare, (quamuis tacere fortassis esset modestiùs) quanta me voluptatis & gloriæ titillatio exceperit, cùm celeberrima illa pompa, quę Cardinalem Amplissimum, in Amplissimam Parisiorum ciuitatē vidit introeuntē, cùm ter Maximus ille Episcopus, & ego, in eadem rheda essemus; mihíque cōtigisse idem ferè, quod olim Plinio iuniori, qui in spectaculis adsidens Cornelio Tacito, nunquam maiori laude persusum se aut delectatum gloriatur, quàm quòd omnium digitis ostenderetur, tanquam qui, vel ob id vnum, vir maximus esse deberet, quòd tanto viro tantopere familiaris esset; & dignus iudicatus, qui in eius amicitiam adsciscere-tur: Quotus enim quisque erat in tāta spectantium copia (de iis intelligo qui de Theologia aut Iurisprudentia aliquid audiuissent) qui transeuntibus nobis non exclamaret, digitísque notaret, Ecce Gebennensem Episcopum, Theologiæ totius & Theologorum nostri temporis omnium Coriphæum: mox, Ecce quoq; Fabrum Præsidem, tot librorum patrem, tanti etiam Episcopi affectione & incomparabilis amicitiæ magnitudine, fratrem: puderet referre nisi & plerique grauissimi testes interuenissent, (inter quos Reuerendissimum Episcopum Bellicensem D. Petrum Camusium possim nominare, qui instar omnium futurus sit) & tuæ potissimum gloriæ ea laus pararetur, cùm ex eo omnes coniicerent, non deesse tibi in Sabaudia magnos viros & ad maxima quæque obeunda præstantissimos, rémque iudicio tuo dignissimam à te factam, omnes prædicarent, quòd in Cardinalis consilium eos dedisses ministros, qui publicâ hominum famâ, optimi sanè ac præstantissimi in eam rem esse crederentur: etsi verò non eram adeò mei nescius, vt quàm longè à laudibus istis distarem, non intelligerem, iuuabat tamen, quid alij de me sentirent, intelligere, vt qualem esse me dicerent alij, talem me præstarem, si possem; in ea re præsertim, in qua quicquid erat meæ, siue laudis, siue existimationis, videbam cum tua dignitate coniunctum: auxit opinionem meam, & ex opinione voluptatem, quòd sequenti die, cùm salutādi Regis gratia, in Regiā cōscendissemus, Rex ipse, ab amplissimo D. de Silery Cācellario, qui tum aderat, admonitus, vt me ad genua prouolutū attētius intueretur, ad Cancellariū cōuersus, mox fixis in me vnum oculis; Hic ne Faber est, de quo tam multa? nam quæ Cancellarius de me dixerat, etsi verè comperta habeo, nolim tamen referri, ne aut minus vera videar dicere, aut agnoscere veriora, quàm modestia patiatur. Silerios,

Vairos, Ianinos, & alios tam multos taceo, qui inter Regios Cōsiliarios præcipui, Aulam illam Regiam, tum maximè illustrabant, quibus nihil erat gratius, quàm vt me, & laudibus & officiis quibus poſsēt omnibus, etiam apud Regem proſequerentur; nec ornandi & amandi mei finem vllum facere ſibi poſſe viderentur; nec fere dubitarent quin rationi adprimè conſentanea eſſent omnia, quæ pro ineundo Matrimonio à me primùm propoſita, interdum etiam diſputata & obtenta eſſent: Ita ſucceſſu feliciſſimo ſummáque non tantùm Regis Chriſtianiſſimi, ſed etiam totius Regni gratulatione, ſuperatis difficultatibus omnibus, quas & temporum importunitas, & emergentium caſuum iniquitas, præter multorum opinionem, & ipſius quoque Regis expectationem inuexerat, Matrimonium contractum eſt; quo neq; felicius neque magnificentius vllum aliud vix vnquam fieri potuit. Patere, obſecro, Princeps Inuictiſſime, vt quam ex eo Matrimonio ſuſcepiſti ſuauitatem, noua iſta recenſione renouem, méq; in aliquam laudis partem adſciſcam, quem tantę negotiationis, ſub tanto Cardinale, cum tanto Epiſcopo, poſt defunctum Comitem Veruenſem (Deus bone qualem quantúmque virum) miniſtrum, & laboris ſocium eſſe voluiſti. Longior & importunior futurus ſim, ſi omnia recenſere velim, quæ mihi ad laudem & gloriam à Magnis illis Viris acceſſerūt: Nihil auſim dicere de ſumma illa Curiarum omnium (vt ita dixerim) Curia Pariſienſi, quę & binos liberos meos in Aduocatorum ſuorum ordinem, perhonorifico & inſolito decreto adoptari paſſa eſt, & libros meos ei oblatos, præſertim Fabrianum Codicem, prò grati animi ſignificatione miro applauſu excepit, & Sacrario ſuo conſecrauit. Sed nō poſſum prętermittere, aut facere, quin glorier tot beneficiorum nomine, quæ ab integerrimo & meritiſſimo tantæ Curiæ Præſide D. Nicolao de Verdun, ad me peruenerunt: Is enim fuit qui lectis perlectiſque libris meis, fortaſſis omnibus, præſertim verò Chiliadibus, & Rationalibus, tantā de me ſcriptiſq; meis opinionem non modò concepit, ſed etiam aliis omnibus, quibuscum ipſi de me ſermo, inſinuauit & infixit, vt ſi plus ipſius iudicio tribuerem, quàm meo (quod tamen facere me par eſſet) credere deberem, maius aliquid me in Iuriſprudentia noſtra aſſecutum eſſe, quàm credant etiam ij, qui tam amicè, aut potiùs gratiosè de nobis ſentiunt, vt nobis comparent paucos, anteponant fortaſſis neminem. Quàm iucūdum mihi erat ſuauiſſimis tanti Viri colloquiis, & quando, & quandiu vellem perfrui; & Virum eloquentiſſimum (ſi quis alius in tota Gallia) non modo videre, ſed etiam audire diſſerentem, mira eruditione, de grauiſſimis Iuris quæſtionibus, & de iis maximè, quas in libris meis tractatas meminerat (vt eſt ille inter cætera, prodigioſæ memoriæ) & adfirmantem, ſæpiſſimè ſibi contigiſſe, & in Tholoſano Senatu (cui

per

per multos annos summa cum laude præfuit) & in Parisiensi; vt multas ex meis opinionibus, non solùm aduersus communes Interpretum sententias tueretur, sed etiam à Senatu euinceret, vt pleraque quæ olim aliter iudicata fuerant, hodie secundum opinionem meam iudicarentur: fuit autem, & debuit esse mihi hoc tantò iucundius, quantò mirabilius erat, videre tantum Præsidem nunc in Curia ipsa publicè declamantem, tanta cum & copia & facundia Græca, Romana, & Gallica, vt nihil vnquam Gallia viderit vel audiuerit, ornatius, eruditius, elegantius, nec Roma ipsa, cùm Ciceronem publicè dicentem audiebat, nec Athenæ ipsa cùm Demosthenem aut Periclem. Non te morarer in istis recensendis, Princeps Inuictissime, nisi crederem tua interesse; de tanto Viro ista intelligere, vt si quid est in meis Rationalibus quod aut tibi placere, aut publicè prodesse queat, nō minus tuis laudibus, quàm meis laboribus & vigiliis acceptum feratur, sciantque omnes, si qua mihi laus ex tot scriptis accedere poterit, sic eam accipiendam, vt ad te tota redundare videatur. Ea res fecit, vt toto eo tempore quod nuptias secutum est; si quid à tuis negotiis reliquum ocij fuit, totum id, & Lutetiæ & Turoni, huic tertiæ Rationaliū parti iam hic inchoatæ, prosequendę & absoluendæ libenter impenderim: cùm ex tot Clarissimis Iureconsultis cum quibus de scriptis meis quotidie cōferebam, nemo esset qui in hanc vnam curam incumbere me debere non diceret, suaderet, imperaret, ne tā immensi operis magnitudine *territus*, animum despondisse, aut de pristina mea in ornandam Iurisprudentiam diligentia & sollicitudine remisisse viderer. Nec sane in tam longum tempus tertiæ huius partis compositio dilata fuisset, nisi me Lutetiā redeuntem, aduersa valetudo excepisset, quæ (licet per biennium fere integrum continuata) extorquere tamen à me non potuit, non magis quàm aut amicorum preces, aut medicorum Imperia, vt ab huius tertiæ partis absoluendæ proposito desisterem: Adeò me vrgebat, non tam gloriolæ nescio cuius expectatio, quàm auiditas boni publici, quod ex hac potissimum Pandectarum parte sperari posse videbatur: Continet enim tractatum omnium subtilissimum meo iudicio, & difficillimum, de Condictionibus omnibus, itémque de Contractibus æquè omnibus, si pignora & dotes excipias, de quibus quarta pars tractabit: sed præter valetudinem, alia multa impedimento fuerunt, ne tam longum vastúmq; opus tam citò absoluere potuerim, aut absolutū relegere: nam, vt nihil de iis dicam, qui laudis nostrę, siue inuidi, siue auidi, cōtra nos ex professo scripserunt, non tā vt opiniones quasdam nostras conuellerent, quàm vt nostræ in scribendo diligentiæ remorā iniicerent, inter quos male feriatus ille, qui contra nos ausus est scribere Benedictorum libros quatuor, in quibus nihil nisi maledicta reperias: Illud etiam importunè accidit; quod sub idem fere tempus, allatum mihi est responsum Mantuanorum ad meam de

Montisferrati Ducatu Consultationem eo tempore editum, quo nihil tale amplius sperabatur; & ita tamen editum, vt neque fere an editum esset sciri posset, & in conquirendis exemplaribus, plurium mensium adeóque anni fere minus integri spatium in eo fuerit consumendum: Etsi verò nihil in tota illa responsione apparuit, quod noua replicatione indigere videretur, faciendum tamē fuit pro tantę Causæ magnitudine ac dignitate, vt intelligerent nihil se dixisse, quod Consultationis meæ dignitatem posset labefactare vel lædere. Itaque fuit ea prima cura suscipienda, vt Europa vniuersa videret, tantis Celsitudinem Tuam vti rationibus ac iuribus, vt de Causæ tuæ iusticia & æquitate dubitari nullo modo posset: sed omniū infelicissimè illud cecidit, quòd eodem tempore quo & absoluenda hæc pars erat, & nostra ad Mantuanorum responsionem Replicatio concludenda, noua mihi satisque periculosa valetudo subiit, quæ omnem mihi, non modò scribendi, sed etiam legendi aut relegendi licentiam eripuit; & (quod mihi fuit omnium grauissimum) charissimæ vxoris meæ iacturam feci, quæ & valetudinis antè meæ tantam gerebat sollicitudinem, vt quicquid mihi ab annis duodeuinginti, (quibus matrimonium nostrum feliciter constitit) vitę aut sanitatis reliquum fuit, id vnum ipsi post Deum accepto referre debeam, valdéque timere, ne in posterum, vt viuendi, ita scribendi, studendique opportunitate destituar, quam amantissimæ coniugis perpetua sollicitudo suggerebat: nec ideò tamen animum despondere potui, nō solùm vt tertiam hanc partem tandem absolutam in publicum darem, sed etiam vt de quarta quoque inchoanda cogitarem, ad eamque parandam me accingerem; vt quidquid vitæ & ocij dabit mihi Opt. Max. totum id, si non peragendo (quod vix vnquam speraui) saltem prosequēdo operi impenderetur: sed multò alacrius si te Princeps Inuictissime, huius mei consilij & instituti, non tantùm authorem haberem, sed etiam adiutorem: & sanè digna res est quam Celsitudo Tua omni studio amplexetur, vt si fieri poterit, glorietur posteritas, non modò tuis auspiciis & imperiis, tuaque ætate tantum opus confectum fuisse, quanto vix maius vllum aut sperare, aut optare possit vnquam posteritas sed etiam Præsidis tui Fabri diligentià effectum hoc tandem fuisse, vt ab eo sit tātopere exornata Iurisprudentia, quem Tua Liberalitas priùs, omni & Honorū & Dignitatum genere cumulauerat, quique non alio potiori iure constantem tuam in me beneuolentiam prouocare possim, vt finem amandi mei nō facias, quamdiu ego & amabo Iurisprudentiam, & tibi vt eam amare debeas, præstabo. Pro tātis ergo in me & Remp. beneficiis, Deus O.M. Cels. Tuam & Heroicam tuam prosapiam æternùm sospitet. Camberij Calendis Ian. 1624.

Celsitudini Tuæ addictissimus

ANT. FABER,

ANTONII FABRI
I. C. SEBVSIANI, SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIA
IN TERTIAM PARTEM PANDECTARVM Ad libr. XII. Tit. I.

De reb. credit. si cert. petat.

VLPIANVS libro vicensimo sexto ad Edictum.

ERE est, priùs quàm ad verborum interpretationem perueniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre. Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo prætor inseruit, ideo rerum creditarum titulum præmisit. omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam vt libro primo quæstionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est. ideo sub hoc titulo prætor, & de commodato & de pignore edixit. nam cuicunque rei assentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur.

¶ Rei quoque verbum vt generale prætor elegit.

Ad l. 1. E re est.

PRÆFATVR Vlpianus è re esse, id est, ad huius edicti quod Prætor proposuit *De rebus creditis*, interpretationem maximè pertinere, vt antequam ad verba edicti specialiora illa *si certum petatur* explicanda accedamus, pauca de significatione ipsius tituli qui est *De rebus creditis* præmittantur. Fuit enim hic titulus edicti Prætoris. Primum verò caput *Si certum petatur*, id est de certi condictione illa generali de qua dicemus *in l. certi condictio 9. infr. hoc titul.* quæ ex omni contractu & negotio ciuili siue certo siue incerto nascitur, dummodò per eam certum petatur, id est effectu ipso pecunia numerata *l. 1. infr. De condict. tritic.* Rectè verò Florentina lectio, *E re est*, non vt vulgata *benè* aut *ferè est*: aut quomodo apud Accursium *here* pro *herile*: vt nugatur ipse, quasi ad dominum & doctorem spectet de verborum significatione dicere. Est igitur hic titulus edicti generalis *De rebus creditis*: quoniam vt idem Vlpianus noster subiicit, multa & ad varios contractus pertinentia iura sub hoc titulo prætor inseruit, de quibus dicemus in libris & titulis sequentibus ad quartam vsque partem Pandectarum, quæ potissimùm est de pignoribus, & de dotibus. Quamquam de pignoribus quoque tractabimus *in Tit. de pignor. act.* Denique omnes omnino contractus siue nominatos siue innominatos, quos alienam fidem secuti instituimus, Titulus hic complectitur id est

vt benè Accurſ.explicat, tractatus hic De reb.creditis,in octo libros diſtributus *l. 2. §. in tertia C.de vetter. iur. enucl.* Ideóque prudenter prætor de rebus creditis locutus eſt:quia vt Celſus dicebat *Credendi* appellatio generalis eſt. Nam cuicunque rei aſſentiamur alienam fidem ſecuti, deinde poſtea quandocunque recepturi aliquid ex hoc contractu credere dicimur. Vnde & creditorum appellatio generalis quoque eſt, & omnes complectitur quibus ex quacunque cauſa debetur *l. creditores 10. & ſeqq. infr. de verb. ſignif.* quamuis ſtrictè ſumpta appellatio ad *Crediti* mutui cauſam reſtringâtur, *vt in l. prox. §. 1. inf. l. 1. C. ſi aduerſ. credit. l. quia 4. ad SC. Maced. & Nouell. 23. de his qui mut. dant agricol.* Rei quoque verbum generale eſt vt & pecuniam & ſpeciem omnem, & facta quoque comprehendat *l. rei 5.& ſeq. infr. de verb. ſignific.* licet cùm de actione in rem loquimur, non genus ſed certam & indiuiduam ſpeciem ſignificet *l. ſi in rem 6. ſupr. de rei vindic.* Fuit enim vtendum verbis generalibus ad concipiendum Titulum generalem. Vt mirer virum doctiſſimum Iacobum Cuiacium in perpetua illa fuiſſe hæreſi, vt crediderit nullos eſſe in libris noſtris Titulos generales:ſunt enim certè permulti & hic præcipuè, vt & ille *De recept. Qui arbitr. receper.* quemadmodum ad illum Titulum iam ſcripſimus. Cæterum nulla ad hanc Vlpiani præfationem dubitandi ratio occurrit.

2. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

MVtuum damus recepturi non eandem ſpeciem, quam dedimus,(alioquin commodatum erit, aut depoſitum [a]) ſed idem genus [b]. nam ſi aliud genus [c], veluti,vt pro tritico vinum recipiamus,non erit mutuum.

Ad l. Mutuum damus 2.

Hæc lex eſt de contractu mutui, & de ſpeciali condictione ex mutuo, vt & totus ferè hic Titulus. RAT.DVB Mutui datio non conſiſtit in ſpecie ſed in genere,& in iis rebus quæ pondere,numero, vel menſura conſtant §. *prox.infr.* Fruſtra ergo, imò malè Paulus hîc ſcribit mutuum nos dare recepturos non eandem ſpeciem quam dedimus, ſed idem genus. DEC. Noſtris prudentibus ſpecies dicitur id quod apparet, quod Philoſophi indiuiduum appellant: Quemadmodum & quod philoſophis eſt ſpecies, id eſt, quid vniuerſale plura ſub ſe indiuidua continens, non ſpecies dicitur, ſed genus in libris noſtris. Senſus igitur huius loci eſt, Mutuum ita contrahi, vt non idem ipſum reddatur, quod datum eſt, ſed vt tantundem. Cùm enim mutuum re contrahatur, & traditione §. 1. *Inſtit. quib. mod. re contr. oblig. l. 1. §. re contrahitur Infr. de oblig. & act.* certum eſt genus tanquam quid vniuerſale, quod neque videtur neque tangitur, tradi nullo modo poſſe: vt neq; aliam rem quamliber incorporalem *l. 1. §. vlt ſupr. de rer. diuiſ. l. ſeruum 43. §. incorporales infr. de acquir. rer. domin.* Rurſus id quod traditur cùm tale ſit vt nullum vſum præbere queat citra abuſũ, id eſt, quin vſu conſumatur [eſt enim hoc commune eorum omnium, quæ in pondere vel numero,vel menſura conſiſtunt, vt diximus ad Tit. ſupr. *de vſufr. ear. rer. quæ vſu. conſum.*] fieri certè nequit vt reddendum ſit illud ipſum quod datum & acceptum eſt: Alioqui nullam accipienti vtilitatem præberet. Cùm tamen & mutuum & cæteri contractus omnes non niſi ad vtilitatem hominum & commerciorum comparati ſint *l. ex hoc iure ſupr. de iuſtit. & iur. l. actionum 25. §. 1. infr. de oblig. & action.* Sed & cùm mutuum ex eo dictum ſit quod de meo fiat tuum § *appellata infr.* ideóque neceſſe ſit ex cauſa mutui dominium in accipientem transferri,fatendum eſt non ad id obligari poſſe illum, qui mutuum accepit, vt idipſum quod accepit reddat: ſed tantùm vt tantundem; alioqui nec dominium transferretur, ſi reſtituendum id ipſum eſſet *l. qui ſic ſoluit 5. infr. de ſolut.* Itaque in mutuo vt ſunt ſingularia pleraque *l. ſingularia 15. infr. hoc tit.* ita & hoc maximè vt in ſpecie non in genere traditionem fieri oporteat, quia nec aliter poſſet, obligatio tamẽ ad reſtitutionem non ſpeciei ſed generis contrahatur. Proinde pecunia numerata & ex cauſa mutui tradita,quia in ſpecie non in genere conſiſtit,perire facilè poteſt, at pecunia reſtituenda non poteſt, quia conſiſtit in genere, genus autem perire nunquam poteſt *l. incendium 11. C. ſi cert. petat.*

a *Alioquin aut commodatum erit, aut depoſitum.* RAT. DVB. Etiam in depoſito conuenire poteſt, vt non illa ipſa corpora nummorum quæ depoſita fuerunt, reddantur, ſed vt tantundem *l. Lucius 24. infr. depoſit.* DEC. Egreditur ea res notiſſimos depoſiti terminos, vt illa lex ait, quoniam in depoſito id ipſum quod depoſitum fuit, reſtituendum eſt non tantundem, cùm ex depoſito non transferatur dominium ſicut neque ex commodato *l. licèt. 17. §. 1. infr. depoſit. l. rei commodatæ. 8. cum ſequ. infr. Commod.* ſi ergo illud ipſum reddẽdum eſt, quod datum fuit, depoſitum vel commodatum, non mutuum eſt. Poteſt etiam interdum eſſe contractus innominatus, vt Accurſius notat ex *l. naturalis 5. §. 1. l. ſi tib. 13. §. 1. aliàs l. ſi tibi area infr. de præſcript. verb.*

b *Sed idem genus.* RAT. DVB. Mutuâ datâ pecuniâ fieri tamen poteſt, vt eadem ipſa corpora nummorum quæ mutuo data & numerata ſunt, reddantur creditori atq; ita debitor liberetur. Quidni enim poſſit debitor eadem nummorum corpora reddere ad ſe liberandum, qui potuit etiam poſt interpoſitam ſtipulationem non accipiendo ſe non obſtringere? *l. qui pecuniam 30. infr. hoc tit.* DEC. Cùm debitor qui mutuum accepit, reſtituit illud ipſum quod accepit, non reſtituit tanquam idem ſed quaſi tantundem, & ideò liberatur. Nam ſi alia corpora ſoluendo potuit liberari, quia recipenent functionem in ſuo genere, quidni multo magis ſoluendo eadem? An eo minus fortaſſe recipiunt functionem in ſuo genere quod ſint eadem? Et ita bene Accurſius contra Azonem concludit, quia magis inſpiciendum eſt propoſitum contrahentium initio contractus, cùm de transferendo dominio actum eſt, quàm quid poſtea in ſoluendo

soluendo contigerit, vt & *in l. preciū causa 9. C. de rescind. vendit.* Ergo quod Iustinianus contrà scribere videtur *in princip. Tit. Instit. quib. mod. re contr. oblig.* In mutuo non easdem res nobis reddi, sed alias eiusdem naturæ & qualitatis, non ad factum referendum est, nec ad facultatem debitoris, vt non possit easdem ipsas species quas accepit reddere, ac reddendo se liberare, sed ad merum ius & necessitatem obligationis, id est vt non possit mutuum ita contrahi, vt obligetur debitor ad easdem species reddendas, quas acceperit. Non autem vt non possint reddi eædem species, dummodò non tanquam eædem, sed tanquam quælibet, vt *in l. si paterfamilias 15. §. qui duos sup. de adopt.*

c *Nam si aliud genus.* RAT. DVB. Etiamsi conueniat vt aliud genus, veluti vinum pro tritico recipiamus, non eo minùs fit de meo tuum. Dominium enim rei meæ transfertur in te, quamuis alterius generis, & qualitatis rem à te sim accepturus, cuius dominium æquè in me transferetur. Ergo non eo minùs est mutuum. DEC. Non ex eo solo æstimatur mutuum quod de meo tuum fiat, sed etiam ac potissimùm ex eo, quod qui mutuum dedit, tantundem recepturus sit quod eiusdem generis sit & qualitatis, nec valet argumentum ab etymologia affirmatiuè sed tantùm negatiuè, vt dicemus ad § *appellata infr.* Cùm ergo triticum damus vinum recepturi, mutuum esse non potest, sed contractus innominatus, ex quo nascitur actio præscriptis verbis, vt notat Accursius ex *l. naturalis 5. §. 1. infr. de præscript. verb.* qui tamen locus probat optimè, non alium esse hunc contractum quàm permutationis. Sed an contractus permutationis nominatus dicendus sit an innominatus, alia quæstio est de qua dicendum erit ad illum locum, & ad Tit. *de rer. permut.* Nec ad rem pertinet, quod tùm quoque, cùm datur triticum, vt vinum reddatur, potest fieri facilè vt tantundem reddatur. Puta si & triticum æstimatum sit & conuenerit, vt ex vino æquè æstimato soluatur creditori ad concurrentem vsque tritici quantitatem. Nam cùm dicimus, ex causa mutui tantundem reddi debere, intelligimus tantundem, non in valore & æstimatione, sed in eodem rei genere.

1 ¶ Mutui datio consistit in his rebus, quæ pondere, numero, mensura consistunt: quoniam eorum datione possumus in creditum ire: quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quàm specie. nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio inuito creditori solui non potest.

Ad §. 1. Mutui datio.

RAT. DVB. Creditum consistit etiam extra eas res, quæ pondere numero mensuráve continentur §. *creditum infr.* Ergo non est bona ratio quam hîc adfert Paulus, vt probet mutui dationem in his tantùm rebus consistere quæ pondere numero mensuráve constant. Quod, inquit, earum duntaxat rerum non etiam cæterarum ratione in creditum ire possimus. DEC. Crediti appellatio ambigua est: Aliquando enim largè sumitur. Aliquando strictè, vt diximus ad legem præcedentem. Largè sumptum creditum omnes omnino contractus complectitur, quos instituimus alienam fidem secuti *d. l. prox. supr.* Et hoc sensu creditum eo differt à mutuo quo genus à specie *d. § creditum*: At strictè sumptum, vt in hoc §. nihil aliud significat quàm mutuum vt & in *l. 1. C. si aduers. credit. l. quia 4. infr. de SC. Maced.* Hoc verò genus crediti quod specialiore magisq; proprio nomine mutuū appellamus non potest in aliis rebus consistere, quàm quæ pondere numero mensuráve continentur, ideo quia hæ solæ res sunt huiusmodi, vt si quando debeantur & soluendæ sint, solui possint in aliis rebus eiusdem generis, quandoquidem in suo genere functionem recipiunt per solutionem magis quàm specie. Species enim, id est, res ipsa data mutua perit & consumitur statim atque ea vtitur is qui accepit, ideóque nec solui & reddi ampliùs potest, licèt illa ipsa sit quæ debetur. Nec cū alia species redditur, quæ tamen sit eiusdē generis & qualitatis, aliud pro alio solui intelligitur, sed illud ipsū, quod debetur. Adeò recipiunt inuicē res istę functionē in suo genere. At in cæteris rebus ideò mutuum contrahi nō potest quoniā aliud pro alio inuito creditore solui nō potest: Nec enim recipiunt functionē in sua specie propter specificas & indiuiduales, quas habent differentias, licèt sub eodem genere contineantur, vtputa si quis pro Sticho vellet dare Pamphilum, vel pro fundo Corneliano Libonianū Et ideo non potest debitor Stichi soluere Pamphilum, nec debitor fundi Corneliani soluere Libonianum nisi creditor consentiat *l. eum qui mutuam 16. & seq. C. de solut.* Volenti siquidem & consentienti non fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Alioqui non potest liberatio contingere nisi solutione eius ipsius speciei quæ debetur *l. si mulier 59. §. ex asse infr. de iur. dot.* Itaque probo, quod ait Accursius, si tibi librum certi ponderis dedero vt alium librum tanti ponderis mihi reddas, aut centum oues, aut etiam panes, vt totidem reddas, non esse mutuum. Nam & libri, & oues & panes in specie consistunt non in genere, non in pondere, nec in numero, licèt ponderare quis has res velit aut numerare: quia non ex earum natura est vt ponderentur aut numerentur, sed per accidens ex hominum arbitrio & voluntate. Sola pecunia in id comparata est vt numeretur: ideóque quasi vno nomine dicitur pecunia numerata. Vnde est quod idem Accursius noster addit, nec malè, si pecuniam non numeratam, sed in sacculo tibi dedero, vt tantundem mihi reddas, mutuum non esse sed contractum innominatum: quoniam hoc casu per modum speciei non generis pecunia data sit *l planè 34. § sed hoc ita infr. de legat. 1.* Neque aliud erit si accepero pecuniam ad numerum & conuenerit vt reddam tibi frumentum ad mensuram. Etsi enim consistat vtrumque in genere nec minùs quod reddendum quàm quod datum est, aliud tamen genus est quod in numero, aliud quod in mensura

consistit. Idem verò genus esse debet, vt initio huius legis scriptum est: Nec quemadmodum pecunia frumentum cæteràsque res omnes æstimat vsu suo naturali in eam rem comparato, ita per cæteras res æstimari potest *l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss.* Planè si accepero argentum ad pondus, putat Accursius posse me reddere pecuniam dum ne vllo ære contaminatam, & si modò in ea pecunia eadem æstimatio fuerit. Hoc enim addere debuit ex *l. 1. §. vlt. l. cùm certum 9. l. cùm aurum 19 infr. de aur. & argent. legat. & l. si quis argentum 35. §. 1. C. de donat.* Sed ego probare non possum: Aliud enim genus est quod in pondere, aliud autem quod in numero consistit, non mirùs quàm quod in mensura: Neque repugnant supra dicti iuris loci, in quibus scilicet non agitur de mutuo, sed de legato certi ponderis auri vel argenti: quo casu quantitas magis legata intelligitur, quàm pondus, vt scriptum est in *d. l. cùm aurum vers. proinde.* At cum certum pondus argenti mutuum datur, certa species traditur, cùm genus ipsum vt diximus in præcedentibus, tradi nunquam possit, & ideo non potest dici mutuam datam esse quantitatem, non magis quàm si legatum esset certum pondus argenti certa specie designata *d. l. cùm certum.* Idémque est si donatum sit certum pondus auri vel argenti, nisi quod Iustinianus voluit vt hoc casu non tantùm ex quantitate sed etiam in vasis satisfieri donatario possit *d. l. si quis argentum.* Planè si quis mutuos dederit mille nummos aureos ea lege, vt tantundem reddatur in nummis argenteis vel etiam æreis, non improbabiliter meo iudicio dicetur esse mutuum, non tam ex metaiuris ratione quæ certè videtur repugnare, quàm ex generali illa consuetudine quæ passim & vbique terrarum recepta est, vt attestatur *Bart. ad d. l. 1. §. vlt. de aur. & argent. legat.* vt pro vna specie nummorum debita alia species solui possit aut potius vnum genus nummorum pro alio genere nummorum. Est enim vnum & idem genus genericum nummorum, licèt alia atque alia sit nummorum species.

a *Quia aliud pro alio.* RAT. DVB. Proniores esse debemus ad liberationem quàm ad obligationem *l. Arianus 47. infr. de oblig. & act.* Debitor enim quodammodo seruus est sui creditoris, ideóque diffinitur obligatio iuris vinculum quo necessitate adstringimur, vt Iustinianus ait in *instit. Tit. de obligat.* Proinde obligatio inducit speciē quandā seruitutis: Econtrario autem liberatio speciem quandam libertatis. Permittendum ergo fuit debitori cuilibet vt aliud pro alio posset soluere ad se liberandum, puta in pecunia iustam æstimationem speciei debitæ, cùm res omnes valore suo & pecunia æstimari possint *d. l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss.* Est enim pecunia mensura rerum omnium præterquàm sui ipsius, vt Aristoteles dicebat. Alioquin eueniet facilè vt vel ad impossibile redigatur debitor, quod nunquam ferendum est *l. impossibilium 85. de regul. iur.* vel aliquid iniqui emergat, si non liceat misero debitori aliud pro alio soluere saltem pecuniam pro specie, vt euenit in plerisque casibus quos Accursius noster hîc congessit, ex *l. si domus 71. §. qui confitetur de legat. 1. l. miles 6. §. 1. de re iudic. Nouell 4. de fideiuss §. quod autem vnde sumpta est auth. hoc nisi debitor C. de solut. l. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3 l. qui restituere 68. supr. de rei vindic. l. qui autem 24. §. sed etsi quis infr. de pecun. constit. l. si quis argentum 35. § fin autem donator C. de donat. l. fideicommissa 11. §. si seruo alieno delegat.* 4. DEC. Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur, alicuius rei soluendæ, non cuiuslibet sed eius ipsius quæ debetur. Nam & actio quæ ex obligatione nascitur, nihil aliud est quàm ius persequendi in iudicio quod sibi debetur *l. nihil aliud 51. de oblig. & action.* Ergo nō aliter potest liberatio contingere quam si soluatur illud ipsum quod est in obligatione. Nec sanè aliter constitui ius posset sine manifesta creditoris iniuria *l. Paulus 99. aliàs l. creditorem infr. de solut.* Nisi creditor consentiat vt aliud pro alio soluatur, quo casu nulla volenti & consentienti facta videri potest iniuria *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Sed addenda alia quoque exceptio est ad supradictas omnes leges pertinens, quas ex Accursio cumulauimus. Nisi aliqua causa vel necessaria, vel saltem iusta quid aliud suadeat. Non enim potest non esse iusta causa quæ est necessaria. Quoties autem iusta aliqua causa intercedit, nihil prohibet etiam inuito creditori aliud solui pro alio, sed in contrarium est regula *l. eum qui mutuam 26. & seq. C. de solut. l. promissor 21. §. vlt. infr. de pecun. constit. l. item liberatur 6. §. qui paratus est infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. 4. §. ait Prætor infr. de re iudic.* Obseruandum tamen est etiamsi aliud pro alio solui non possit, nihilominus aliud pro alio deduci in condemnationem, quia per sententiam lis semper æstimanda est ac proinde in pecunia, quamuis species peteretur & deberetur, nempe propter nouationem quæ fit per contestationem & vt iudicati executio fieri possit, vt dicemus ad *l. vinum 22. infr. hoc tit.*

2 ¶ Appellata est autem mutui datio ab eo, quòd de meo tuum fit: & ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.

Ad §. 2. *Appellata.*

RAT. DVB. Fallax est argumentum ab etymologia nominis. Alioqui si quoties de meo tuum fit mutuum esset, consequens fieret vt permutatio, donatio, dotis datio, venditio, à domino facta, contractus do vt des, & do vt facias, aliíque huiusmodi contractus ex quibus dominium transfertur quod penes dantem fuit, mutui nomine ac iure censeretur. Quod euidenter falsum, & absurdum est. DEC. Fuerunt prudentes nostri studiosissimi & diligentissimi obseruatores etymologiarum ad cuiusque rei proprietatem certiùs assequendam, vt ex actiua verborum significatione, passiua quoque rerum significatio faciliùs perciperetur. Est enim actiua significatio verborum, quia significant, passiua rerum, quæ significantur. Et ita accipi debet *tit. de verb. & rer. signific.* Etsi verò non est bonum argumentum ab etymologia affimatiuè, vt cui conuenit etymologia nominis cōueniat etiam nomen, optimum tamen est negatiuè & vix vnquam fallit, vt cui non conuenit etymologia nec nomen conueniat, vt diximus in nostra Iurisprudentiæ Papinianeæ scientia ad *princip. 1. tit. de iustit. & iur.* Ergo bona est consecutio & illatio, quæ hîc à Paulo fit, vt quia mutuum ex eo dictum est quod de meo fiat

fiat tuum, si de meo non fiat tuum, nec fit mutuum, nec vlla mutui nascatur obligatio. Quod Accursius noster bene intelligit de mutuo, vt vocant, naturali, quod per numerationem ac traditionem contrahitur. Nam in ciuili quod per confessionem nudam acceptæ pecuniæ contrahi dicitur post elapsum biennium, intra quod excipi potuit de non numerata pecunia, aliud est *l. in contractibus 14. & pass. C. de non numer. pecun.* Nihil enim est eo casu quod de meo tuum fieri potuerit. Quemadmodum tamen elapso tempore post quod opponi amplius non potest exceptio non numeratæ pecuniæ, pecunia numerata fuisse creditur, ita vt negari id amplius non possit, ita & de mea tua facta fuisse dicenda est. Quid ergo si pecuniam meam sine mea voluntate alij credideris? Non erit mutuum, neque condictio certi ex mutuo aut tibi aut mihi acquiretur: Non tibi, quia pecuniam meam credidisti non tuam, nec fecisti accipientis. Non mihi, quia non ego contraxi *l. quæcunque 11. infr. de obligat. & action.* Si tamen eam pecuniam tibi reddi stipulatus sis, competet tibi actio non ex numeratione sed ex stipulatione. At quam mihi præstare teneberis si ratam numerationem facere velim *l. 2. C. si cert. petat.* Ita fit quod Accursius ait, vt ex postfacto conciliet ur, & conualescat mutuum, quod ab initio non valuit: sed multo magis conualescet consumptione, id est si aliena pecunia, quam quis mutuam dederit, consumpta sit penes accipientem *l. nam etsi fur 11. in principium legib. praeced. infr. hoc tit.* Non quia consumptio sit modus acquirendi dominij, sed quia modus est amittendi, ita vt dominus qui fuerat nummorum eos vindicare amplius non possit. Ideóque ad condictionem necessariò recurrendum est, quæ porrò non alij competere potest, quàm ei qui contraxit, & pecuniam numerauit: Nisi cùm idem est qui contraxit & dominus fuit, sed ex aliqua causa dominium pecuniæ suæ transferre in alium non potuit, vt pupillus & furiosus & alij de quibus in *l. rogasti 11. §. vlt. l. si à furioso 12. & l. sequen. infr. l. si quis pro eo 56. §. si nummos infr. de fideiuss.* Idem est si aliena pecunia vsucapta sit. Nam & vsucapione mutuum conciliabitur *argum. l. Proculus 67. infr. de iur dot. & l. si alienam rem 13. in princip. infr. de mort. caus. donat.* Denique si pecunia numerata sit ea lege, vt non priùs fieret accipientis quàm condicio aliqua extitisset, vel defecisset, mutuum interim pendebit, quoniam & dominij translatio pendet, sed ex euentu aut defectu condicionis confirmabitur aut infirmabitur, vt in *l. proinde 8. infr. hoc tit.*

3 ¶ Creditum ergo à mutuo differt, quà genus à specie. nam creditum consistit extra eas res, quæ pondere, numero, mensura continentur: sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse [a], nisi proficiscatur pecunia: creditum autem interdum, etiam si nihil proficiscatur: veluti si post nuptias dos promittatur.

Ad §. 3. Creditum ergo.

RAT. DVB. *In creditum* ire non possumus aliarum rerum nomine quàm quæ in pondere vel numero vel mensura consistunt & quæ functionem recipiunt in suo genere *§. mutui datio supr.* Ergo falsum est quod hic Paulus scribit tanquam secum pugnans, creditum consistere extra eas res quę pondere numero, mensuráve continentur. Illud verò multo magis quod subiicit si eandem rem recepturi sumus, creditum esse. Pugnat enim hoc quoque cum eo quod scriptum est in principio huius legis, mutuum non posse dici si speciem aliquam dederimus eandem posteà recepturi, sed vel depositum esse vel commodatum, vel denique alium quemlibet contractū innominatum vt ibi diximus. DEC. Crediti nomen ęquiuocum est. Habet enim duas significationes: generalem vnam, quæ omnia contractuum genera complectitur, in quibus alienam fidem sequimur *l. 1. supr.* specialem alteram per quam ad mutuum restringitur, vt in *d. §. mutui datio supr.* In generali significatione eo differt creditum à mutuo, quo genus à specie, vt scriptum est in hoc §. Et ideo bona consecutio est: mutuum est. Ergo & creditum, sed non è contrario, creditum est ergo & mutuum est. Valet enim argumentum à specie ad genus affirmatiuè non à genere ad speciem. Negatiuè autem valet à genere ad speciem non è conuerso. Iunge *l. 4. l. item si 7. alias §. mutui datio infr. de SC. Maced. l. si ventri 24. §. in bonis de reb. author. indic. possid. dicta l. 9. de priuileg credit.* Denique quoties nomen crediti opponitur alteri contractui, semper accipitur in sensu speciali, pro mutuo vt in *d. §. in bonis l. quòd si minor 24. §. restitutio supr. de minor.*

a *Item mutuum non potest esse.* Alia differentia est crediti, & mutui sumpta non à materia vt superior, sed ab effectu: quia mutuum non est nisi à dante proficiscatur dominium in accipientem. Aliter enim non fieret de meo tuum vt diximus ad §. præcedentem. Intellige autem non de pecunia tantùm, de qua sola hic Paulus loquitur, exempli scilicet gratia aut vt Accursius loquitur, largè sumpto pecuniæ vocabulo pro omni eo quod consistit in pondere numero & mensura, *vt in l. talis 30. in princ. delegat. 1.* non strictè pro pecunia numerata *vt in l. 1. infr. de SC. Maced.* aut largissimè pro re qualibet *vt in l. 2. in fin. C. de constit. pecun l. pecunia 178. de verb. signific.* At creditum potest interdum esse etiamsi nihil proficiscatur, id est non solùm si dominium in accipientem nō transeat, sed & si nec possessio: veluti, inquit Paulus, si post nuptias dos promittatur: Post nuptias, inquam, non solutas, vt post Ioannem perperam interpretatur Accursius, sed contractas, quæ prior & aliorum apud Accursium interpretatio est. Non enim ob id minus promitti & dari dos potest, quod iam contractæ sint nuptiæ *l. cum multa 20. C. de donat. ant. nupt.* Nec quod dotes etiam donationum nomine comprehenderentur olim, vt in ea lege scriptum est, donationes autem inter virum & vxorem constante matrimonio interdictæ sint, ad rem facit. Non enim possunt videri dotes in numero earum donationum esse, cùm quod ad maritum pertinet causam habeat onerosam non lucratiuam *l. vlt. §. 1. infr. quæ in fraud. credit. l. ex*

promissione 19. *infr. de oblig. & act.* vt scilicet inseruiant oneribus matrimonij *l. pro oneribus* 20. *C. de iur.* Planè si cùm donare viro vxor vellet constãte matrimonio, dotis coloré quæsierit, certum est non valituram donationem *l. 2. C. de dot. caut. non numer. l. si diuortio* 21. *infr. de verb. oblig.* Non enim magis dotis causa quàm alterius contractus prætextu donatio inter coniuges fieri potest *l. 3. §. sciendum l. 5. §. circa venditionem infr. de donat. int. vir. & vxor.* Cæterùm soluto matrimonio non potest dos marito promitti, quia nec dos esse potest vbi matrimonium amplius nullum est *l. 3. de iur. dot.* sicuti nec ante nuptias, si nuptiæ nullæ sequantur *l. stipulationem* 21. *infr. de iur. dot.* quamuis possit vir etiam post diuortium promittere vxori dotem quam ipse nunquam habuerit & eo nomine obligari *d. l. si diuortio.* Cùm falsa demonstratio non magis perimat stipulationem quàm legatum *l. si sic legatum* 75. *§. si mihi delegat.* 1. Cùm ergo hic locus intelligendus sit de dote per mulierem promissa viro. Apparet de ea dote Paulum sentire non quæ post solutas, sed quæ post contractas nuptias promissa sit. Ideo autem post contractas nuptias non antè, quia omnis stipulatio quæ dotis causa fiat condicionem illam tacitam habere intelligitur si nuptiæ sequãtur *d. l. stipulationem* 21. *& seq. de iur. dot.* Quamuis enim creditor condicionalis etiam pendente cõdicione sit creditor *l. 15. cui* 42. *de obligat & action.* ita tamen est creditor vt deficiente quandocunque condicione nunquam creditor fuisse videatur *l. pecuniam* 36. *infr. l. vnic. §. sin autem sub condicione C. de caduc. tollend.* Euanescit enim stipulatio *d. l. stipulationem in fin.* Ratio igitur dubitandi ad hunc versiculum illa esse potest quam iam attigimus, quod dotes quoque appellatione donationum contineãtur *d. l. cùm multa.* Post nuptias verò & constante iam matrimonio donationes omnes prohibitæ sint quæ fiunt inter virum, & vxorem *d. l. 3. §. sciendum & tot. tit. de donat. int. vir. & vxor.* Sed decidendi illa est, quòd vt diximus nõ sit dos ex numero donationum prohibitarum, tanquam quæ causam habeat necessariam & vtilem reipublicæ *l. 1. solut. matrim.* Adeò vt nec propriè dici possit donatio. Non ob id solùm quod causam habeat onerosam magis quàm lucratiuam ex parte mariti, sed etiam quia nec videtur pauperior facta mulier quæ dotem dedit, cùm ob hoc ipsum dotem habeat & maritum obligatum ad eam dotem quandoque restituendam. Porrò non aliæ donationes inter virum & vxorem prohibitæ sunt quàm quæ donantem faciunt pauperiorẽ & donatarium locupletiorem *l. si sponsus* 5. *§. concessa infr. de donat. int. vir. & vxor.*

4 ¶ In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filiusfamilias, & seruus dantes peculiares nummos obligant: id enim tale est, quale, si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint.

Ad §. 4. In mutui.

RAT. DVB. Etiam tutor pupilli & curator iuuenis adeóque procurator militis si pecuniam pupilli vel minoris vel militis mutuam dederint, non suo sed alterutrius eorum nomine contrahitur mutuum, & ex eo nascitur condictio certi danda pupillo vel minori vel militi *l. si pecuniam* 26. *infr. hoc tit.* Et tamen certum est neque tutorem neque curatorem neque militis procuratorem esse dominos. Non igitur necesse est in mutui datione dominum eum esse qui dat. Nam & filiusfamilias & seruus dantes peculiares nummos mutuos obligant accipientem ex mutuo: Et tamen non sunt domini cùm sint ipsi in patria & dominica potestate *l. sic eueniet* 21. *ad leg. Iul. de adult.* DEC. Non potest esse mutuum nisi de meo fiat tuum *§. appellata supr.* Non potest autem fieri de meo tuum nisi quod eo tempore meum fuit. Non enim potest traditio quicquam transferre in accipientem nisi quod penes tradentem fuit *l. traditio* 20. *infr. de acquir. rer. domin.* Ergo in mutui datione oportet eum qui dat esse dominum. Nec obest quod & tutor, & curator, & procurator militis, & filiusfamilias, & seruus, mutuum ex aliena pecunia contrahunt. Nam quod ad tutorem & curatorem pertinet licèt non sint domini, attamen dominorum loco habentur, cùm benè administrant *l. qui fundum* 7. *§. si tutor infr. pro emptor. l. si quis in puteum* 11. *§. an ignoscitur infr. Quod vi, aut clam.* Et priuilegium pupilli, & minoris est vt si eorum pecunia credita sit à tutore vel curatore, qui eam sibi dari stipulati sint suo nomine, ipsis tamen acquiratur actio saltem vtilis *l. 2. infr. quand. ex fact. tutor.* quemadmodum & si ex eorum pecunia res empta esset, licet tutoris vel curatoris nomine, ipsi tamen pupillo vel minori & dominium & vindicatio saltem vtilis acquiretur *l. pen. & vlt. C. eod. tit. l. 3. C. arbitr. tutel. l. eum qui 5 §. pen. infr. de pecun. constit.* quod priuilegium etiam militi datum est *l. si vt proponis* 8. *C. de rei vindic. d. l. si pecuniam* 26. *infr. hoc tit.* Quod autem diximus filiumfamilias & seruum dantes peculiarem pecuniam obligare accipientem, non pugnat cum eo quod volumus dantem esse dominum oportere: Id enim tale est quale si voluntate mea tu mutuam des tuam pecuniam. Nam mihi actio acquiritur licèt nummi mei non fuerint, quia non eo minùs dominium in accipientem transfertur, cùm à te qui dominus es, fiat traditio meo nomine, nec quicquam sit quod impediat quo minùs & dominium quod tuum fuerat transferatur à me in alium ex tua voluntate, & ex eadem voluntate mihi actio acquiratur. Nam & in filiofamilias & in seruo idem cõtingit vt quamuis peculiarium nummorum domini non sint, quippe quorum hic nihil proprium habere potest ne quidem volente domino. Ille verò nihil quoque nisi volente patre: Attamen credendo & tradendo peculiares nummos dominium transferunt quod non habent, quia ex voluntate patris vel domini id facere intelliguntur à quibus concessam habent liberam peculij administrationem. In quam certè illud venit vt de peculiaribus nummis possint credere, aliterve pro arbitrio contrahere citra donationem *l. filiusfamilias* 7. *§. 1. infr. de donat.* Adeò vt ex contractibus filiifamilias & serui etiam inuiti pater & dominus de peculio teneantur *l. 1. l. si quis cum filiofamilias* 44. *iunct. l. si quis seruum* 29. *in fin. & tot. tit. infr. de pecul.* Nec tantùm si voluntate mea pecuniam tuam meo nomine credideris

dideris acquiritur mihi condictio, quasi mutuo per me contracto, sed etiam si absente me & ignorante id acciderit, dummodò sciam posteà & ratum habeam vt benè Accursius hìc notat ex *l. certè condictio 9. §. si nummos* vbi dicemus *infr. hoc tit.* Ratihabitio enim facit meum negotium quod meo nomine ab alio gestum est *l. si pupilli 6. §. item quaeritur l. Pomponius 9. supr. de negot. gest.*

5 ¶ Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito: veluti stipulatione.

Ad §. vlt. Verbis quoque credimus.

Rat. dub. Mutuum est ex numero eorum contractuum qui re ac traditione nō verbis perficiuntur *l. 1. §. 1 infr. de oblig. & action.* & apud Iustin. *tit. quib. mod. re contrah. obligat.* Cúmque non possit esse mutuum nisi fiat de meo tuum *§. appellata sup.* Certum est non magis stipulationibus quàm nudis pactis, & aliis conuentionibus quae nudae sint & traditione destitutae dominia rerum transferri posse sed traditionibus tantùm, & vsucapionibus Quae sententia est *l. traditionibus 20. C. de pact.* Ergo fieri nequit vt verbis quoque credamus etiam quodam actu ad contrahendam, & comparandam obligationem interposito, veluti stipulatione. Cùm non alio quàm traditionis actu fieri id possit. Dec. Hic § non de mutuo est, sed de credito generaliter sumpto, cuius appellatio contractibus omnibus conuenit in quibus alienam sequimur fidem *l. 1. versic. credendi. & hac ipsa lege §. creditum supr.* in quo numero maximè sunt stipulationes, quae nec aliam ob causam interponi solent quàm firmandarum aliarum obligationum & conuentionum gratia *l. 5 §. vlt. infr. de verb. obligat.* Aut si vis de mutuo hunc locum intelligere, non de mutuo hic locus intelligi debet naturali, vt vocat Accursius, quod sola traditione contrahitur, sed de mutuo ciuili mixto, id est, cui etiam natura cooperatur, quod incipit quidem à numeratione sed tamen perficitur stipulatione cùm pecuniam quam tibi mutuam dedi & numeraui stipulor posteà mihi reddi: Quo tamen casu contractus non tam mutui contractus dicendus est quàm stipulationis, quam mutuum praecesserit duntaxat vt impleretur stipulatio, nec sine causa interposita videretur, vt eleganter ratiocinatur Pomponius *in l. cùm enim 7. infr. de nouat. iunct. §. vlt. legis praecedentis*, Addens nullam hoc casu actionem ex numeratione nasci, quae posteà per stipulationem nouetur, sed id agi, vt sola stipulatio teneat: Quae porrò si non teneret, sanè condictio ex numeratione nasceretur *l. certi condictio 9. § quoniam infr. hoc tit.* Caeterùm interueniente stipulatione eáque valida, cùm non mutuum sit sed stipulatio, difficilè est vt de eo mutuo intelligendus sit Paulus in hoc loco, Non magis quàm de mutuo merè ciuili quod per solam confessionem & lapsum biennij sine vlla numeratione contrahitur *l. in contractibus 14. C. de non numer. pecun.* Prior itaque nostra interpretatio quae Accursij etiam fuit probabilior est.

3. Pomponius libro vicensimo septimo ad Sabinum.

Cum quid mutuum dederimus, & si non cauimus, vt aeque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere: veluti vinum nouum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est: id autem agi intelligitur, vt eiusdem generis, & eadem bonitate soluatur, qua datum sit.

Ad l. Cùm quid 3.

Rat. dub. Quicquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur pro omisso habendum est *l. quicquid adstringendae 99. de verb. oblig.* Ergo & qui mutuum aliquid dedit ex iis quae consistunt in pondere numero vel mensura si non cauerit sibi creditor vt aequè bonum reddatur, dicendum est liberari debitorem si modo rem reddat quae sit eiusdem generis licèt deterior proponatur, vt vinū nouū pro vetere. Nec enim aliud requiri videtur ad essentiam mutui contrahendi, quàm vt idem genus reddatur *l. prox. in princip. supr.* Imputet enim sibi creditor qui in contrahendo mutuo non dixit legem apertiùs. Ex reg. *l. veteribus 39. supr. de pact.* maximè cùm in dubio & obscuro magis fauendum sit debitori quàm creditori *vulg. l. Arianus 47 infr de oblig. & action.* Dec. In stipulationibus caeterísque contractibus semper sequimur id quod actum est *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* ac proinde in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, vt hìc Pomponius scribit, iunge *l. si cui 9. supr. de seruit. l. quamquam 62. de rit. nupt. l. res quae 54. de iur. dot.* Id autem agi intelligitur inter eos qui mutuum contrahunt vt eiusdem generis & in eadem bonitate soluatur, quod datum est. In eadem, inquam, bonitate intrinseca, licèt valor sit diminutus, vt benè Accursius noster explicat ex *l. vinum 22. infr. hoc tit.* Non est autem eiusdem bonitatis vinum nouum cuius est vetus, licèt sit eiusdem generis. At neque sufficit vt sit eiusdem bonitatis, si non sit etiam eiusdem qualitatis. Itaque si quis vinum vetus vellet reddere pro nouo, quamuis vetus sit melius, & quod melius est, sit etiam per se bonum *leg. vbi autem 75. §. vsque adeò infr. de verb. obligat.* non esset tamen audiendus si Accursio nostro & Ioanni credimus, quia vinum vetus non sit eiusdem qualitatis cuius est nouum. Ego verò non illibenter quidem admitto non valituram conuentionem in mutuo si ita contraheretur, vt pro nouo vino quod mutuum daretur reddendum esset vetus. Non enim esset id tantundem sed plus reddere, quod à natura mutui alienum est *l. rogasti 11. §. si tibi infr. hoc tit. l. cùm vltra 9. C. de non numer. pecun.* Sed non ideò consequens est vt audiri non debeat is qui vinum vetus reddere vult pro nouo. Cùm plus etiam praestet quàm debeat quod nunquam prohibitum est *l. etsi fortè 6. §. vlt. supr. si seruit. vindic.* Nam in eo quod plus est continetur tantundem quod est minus *l. in eo 110. de regul. iur. l. eum qui 15. aliàs l. Lauolenus infr. de ann. legat.* Idque non obscurè Pompo-

nius significat in hac lege, cùm ait non licere debitori rem deteriorem reddere, vt ostendat posse illum reddere meliorem, quæ modò ex eodem genere sit. Et verò nemo dixerit non videri rem reddi quæ melior redditur? quomodo solemus dicere, non videri eam reddi quæ redditur deterior *l.3.§.1 infr. Commod.* Nec si Accursio concederemus aliam esse qualitatem vini veteris, aliam vini noui, dicendum tamen esset non posse reddi vinũ vetus pro nouo. Est enim qualitas illa adiiciens, sed quæ nec genus nec substantiam generis mutat. Neque potest hîc vsurpari quod Accursius obiicit, deteriorem interdum rem fieri etiam quæ in meliorem statum commutata sit ex *l. vlt. supr. de vsu & habit.* Id enim in vsu & vsufructu quidem facilè obtinet qui non minùs mutatione quàm peremptione rei extinguitur *l. 3. §. vlt. & l. 5. §. rei mutatione supr. quib. mod. vsusfr. amitt. & Instit. tit. de vsu & habit. in princip.* Sed in mutuo nihil tale metui potest, quod scilicet neque mutatione neque peremptione, adeóque nec consumptione rei creditæ extinguitur, sed potiùs consumptione interdum conciliatur vt diximus in præcedentibus ex *l. si à furioso 11. & seq. infr. hoc tit.* quia nec mutationem nec consumptionem recipit id quod ex mutuo debetur, cùm in genere consistat non in specie *l. incendium 11. C. si cert. petat.* Separanda tamen est hac parte causa stipulationis à causa mutui. Etsi enim vterque contractus stricti iuris est non bonæ fidei *§. actionum Instit. de action.* nec minùs in stipulatione quàm in mutuo, inspiciendum est principaliter & ante omnia quid actum sit *dict l semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* In stipulatione tamen cùm nihil sit nisi verborum obligatio, ex verbis potissimùm æstimanda est vt nisi quod palàm verbis expressum est pro omisso habeatur *d. l. quicquid 99. de verb. oblig.* quamuis eã res non faciat, quin aliquam interpretationem recipere debeat etiam stipulatio ex eo quod actum tacitè intelligitur inter contrahentes, vt *in l. interdum 73. l inter stipulantem 83. §. 1. eod. ill tit.* Et ita benè Accursius noster hanc legem conciliat cum *l. quicquid.* Subinde quærit si quis pecuniam numeratam in manu habens aut ante oculos dicat alij, Tolle istam pecuniam: Vtrum hoc mutuum dicendum sit, quia nihil de donatione dictum sit, ex *l. nec ignorans 10. C. de donat.* an potiùs donatio cùm expressè dictum non fuerit vt esset mutuum. Donari enim videtur quod nullo iure cogente conceditur, vt habet iuris regula *l. donari 82. de regul. iur. l. donari 29. infr. de donat.* Respondet autem inspiciendum esse quid præcesserit & quid sit secutum. Nec malè. Solent enim contractus dignosci maximè ex tractatu præcedente, & ex initio gerendi negotij *l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l. 1. §. si seruus deposuit 30. infr. deposit. l. si tantùm 12. infr. de SC. Maced. l. heredes palam 21. §. pen. infr. qui testam. facer. poss. l. si seruus plurium 50. §. vlt. infr. de legat. 1.* Subiicit tamen si neque ex præcedentibus neque ex sequentibus apparere id possit, distinguendum esse an magna sit quantitas, an parua, vt si magna, non sit præsumenda donatio, quia non facilè credendus quisquam sit pecunias suas iactare voluisse *l. cùm de indebito 25. §. 1. de probat.* Sed mutuum potiùs esse intelligatur aut depositum: Si verò parua sit quantitas præsumenda potiùs sit donatio cùm in transferendo dominio consentiamus ex *l. cùm in corpus 36. infr. de acquir. rer. domin.* Hoc verò probare ego non possum, magísque puto vt hoc casu non transferatur dominium, quia traditio nuda est quæ titulum præcedentem de quo constet, nullum habet. Nuda autem traditio nunquam dominium transfert *l nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Alioqui nunquam esset nuda traditio si credi deberet facta esse ex titulo aliquo, præsumpto tantùm, & de quo non appareret. Neque sufficit vt in transferendo dominio consentiamus nisi aliquis præcedat titulus habilis ex quo transferri dominium possit vt *in d. l. cùm in corpus.* Soláque illa quæstio superest. Cùm traditio fit ex parte dantis tanquam ex vno titulo, & ex parte accipientis tanquam ex alio an dominium transferatur. De quo non satis interprudentes videtur constitisse vt dicemus *ad l. si ego 18. infr. hoc tit.* Cæterùm si non appareat de titulo aliquo præcedente, nemo vnquam ex prudentibus dixit, transferri posse dominium per nudam traditionem quamuis à vero domino, & animo transferendi dominij factam. Ex causa verò mutui multo minùs, cùm mutuum non aliter contrahi possit quàm si vel titulus ipse mutui expressus sit, vel id actum & conuentum nominatim, vt tantundem reddatur. Ad hanc autem legem maximè pertinet quod tractare nostri solent de nummis creditis in qua forma reddendi sint, & in qua siue bonitate siue æstimatione. De quo ante annos quinque & viginti cùm in bello Prouinciæ Serenissimum Ducem nostrum secuti peregrinaremur, nos copiosum & luculentum tractatum edidimus, quem inscripsimus De variis nummariorum debitorum solutionibus: aut si malis breuiùs, quod certè malo, De nummariis solutionibus, in quatuor & viginti capita distributum. In quo ferè omnes quæstiones attigimus & explicauimus quæ circa materiam hanc possunt occurrere. Illud tantum hîc obiter admonendum putamus: Creditorem quidem cogendum non esse in alia forma nummos accipere quàm in qua credidit si damnum ex eo aliquod passurus sit *l. creditorem*, ita enim legendum est non vt Florent. *debitorem*, aliàs *l. Paulus 99. de solut.* Sed tamen generali locorum ferè omnium consuetudine receptum esse vt in alia quoque nummorũ forma, & specie solutio fieri possit, sed ita tamen vt formæ bonitas quæ non præstatur æstimetur vt tractat Bart. *ad l. 1. §. vlt. infr. de aur. & argent. legat.* Nempe quia nullũ ex eo damnum pari creditor intelligitur cùm in certam nummorum formam & speciem non possit cadere iusta adfectio *l. 3. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc.* & pecunia non tam ex sua materia & bonitate intrinseca vsum præstet, quàm ex valore suo & æstimatione *l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss. l. 1. de contr. empt.* Adeò vt non defuerint qui dixerint bonitatem intrinsecam monetæ esse valorem ipsius; Extrinsecam verò, bonitatem materiæ ex qua nummus compositus sit. Inter quos primus & præcipuæ apud pragmaticos authoritatis Carolus Molinæus, sed absurdè ac ridiculè, vt à nobis pluribus comprobatum est in supradicto tractatu, quem vel ob eam maximè causam aduersus eum ex professo edidimus, ne cuiquam posthac accideret quod ipsi accidit, vt tam malo falsóque iacto principio perpetuis erroribus in tota hac quæstione iactaretur.

2 Quod

a *Quod agitur pro cauto habendum est.* Hinc nostri vulgo colligunt nec malè, parem vim esse taciti & expressi: Frustra enim exprimitur quod etiamsi expressum non esset, tacitè tamen inesset. Nisi quòd dubitationis tollendæ gratia id plerunque fit, ob hoc ipsum ne quæri necesse sit quid actum sit, quod plerunque obscurum est, & perdifficilem facti quæstionem implicitam habet. Præterquàm si de ea re agatur, quæ ad contractus naturam & essentiam pertineat, vt in huius legis specie. Inde est quòd habet iuris regula, Expressa nocere, non expressa nocere *l.195. de regul. iur. l. nonnunquam 52. l. si ita expressum 69. de condic. & demonstr. l. si ita legatum 65. §.1. de legat.1.* At expressa prodesse nusquam scriptum est, quia quæ dubitationis tollendæ gratia adiiciuntur, sicuti ius commune non lædunt, ita nec iuri communi quicquam adiiciunt *l. qui mutuam 56. infr. mandat. l. quæ dubitationis 81. de regul. iur.* Illud certè notandum est Expressum in eo prodesse posse quòd faciliùs recipit interpretationem extensiuam quàm tacitum, vt Canonistæ notant post glos. *in Clement. sæpe de verb. signif.*

4. VLPIANVS lib. 34. ad Sabinum.

SI quis nec causam, nec propositum fœnerandi habuerit, & tu empturus prædia, desideraueris mutuam pecuniam, nec volueris creditæ nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem fortè proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, vt, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est eius, qui suscepit. Nam & qui rem vendendam acceperit a, vt pretio vteretur, periculo suo rem habebit.

Ad l. Si quis nec causam 4.

RAT. DVB. Cùm sub condicione mutuum contractũ est, nõ est mutuũ antequã cõdicio extiterit. Est enim de natura cõdicionis vt suspẽdat actũ & impediat natiuitatẽ obligationis *l. pecuniã 36. infr. hoc tit. l. cedere diẽ 213. de verb. signific.* Nec rursum alia causa est propter quã periculũ pecuniæ aut alterius rei creditæ transferatur in accipientem quàm quia dominiũ transfertur *l.2. §. appellata sup.* cùm sit regulare vt vnaquæque res domino suo pereat *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 23. de regul. iur.* Atqui cùm is qui nec causam nec propositum fœnerandi habebat, rogatur à te qui empturus eras prædia, vt mutuam tibi pecuniam daret, quam tamen nolueris crediti nomine suscipere antequàm emisses, eam interim penes te deposuerit hac lege expressim dicta vt si tu emisses, crediti nomine obligatus esses, pendet mutuum in id vsque tempus quo emeris, quia condicionale est. Ergo si antequàm emas pecunia illa penes te deposita perierit casu fortuito nec culpa tua vlla interueniente, dicendum est periculum ad te non pertinere, quia nec dominium eius pecuniæ vnquam ad te peruenit, nec vnquam mutuum fuit sed depositum, cuius periculum ad depositarium nunquam pertinet, nisi eius aliquis dolus interuenisse probetur, aut nisi in contrahendo deposito aliud conuenerit *d. l. contractus l. .. § si conuenit & seq. infr. deposit.* DEC. Depositarius ideo de dolo tantùm tenetur quia non eius gratia depositum fit sed gratia solius deponentis *l. si vt certo § nunc videndum infr. Commodat.* Atqui in hac specie depositum factum est non gratia deponentis sed causa depositarij, & eo proposito, vt eueniente quandocunque condicione & secuta emptione conuerteretur in mutuum. Adeò vt nec fuerit in deponentis potestate depositum reuocare pendente condicione mutui, & quandiu emptio speraretur *l. qui balneum 9. versic. quoniam tamen l. potior 11. § 1. infr. qui potior. in pignor. hab.* Contrahitur enim hoc modo συνάλλαγμα inter dantem & accipientem, *l. rogasti 19. infr. de præscript. verb.* vt nec liberum sit alterutri contrahentium inuito altero ab obligatione contracta discedere. Æquum igitur est pecuniam hanc tametsi dumtaxat depositam, necdum mutuam datam periculo eius esse qui suscepit, quamuis nõdum sit dominus, acsi iam inde ab initio mutuum contractum esset, cùm non nisi per depositarium stet quominùs depositum statim conuertatur in mutuum, contrahendo scilicet emptionem pro qua contrahenda pecuniam mutuam rogauerat. Quemadmodum dicimus, Contracta venditione, quod fit modo consensu, periculum rei venditæ statim ad emptorem transire, licèt dominium remaneat penes venditorem, quousque rem tradiderit, adeóque precium ei solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum *§. cùm autem Instit. de empt. & vendit. §. vendita Instit. de rer. diuis. l. quod vendidi 19. infr. de contr. empt.* Nimirum quia est in potestate emptoris nancisci dominium quandocunque velit soluendo precium, & agendo ex empto vt res sibi tradatur. Dices non esse perinde in potestate illius qui pecuniam mutuam rogauit in specie huius legis ad emenda prædia, vt ea tam citò comparet, cùm id ex parte pendeat à voluntate venditoris, & multa possint interuenire quæ faciant vt tam citò aut vnquam venditio sequatur. Vnde fit vt non possit hæc condicio dici merè potestatiua, licèt in potestate sit eius, qui quasi empturus pecuniam suscepit, vt nolit emere. Sed respondeo nihil aliud ex eo inferri posse, nisi, quod facilè admitto, vt si is qui pecuniam suscepit in hac specie pignora dederit, deinde alius creditor medio tempore ab eodem eadem pignora acceperit, potior esse debeat in pignore is qui secundo loco contraxit vt *in d. l. potior in princip. & in l. 1. infr. qui potior. in pignor. hab.* quia in potestate prioris debitoris fuit ne accipiendo pecuniam se obstringeret vt & *in l. qui pecuniam 30. infr. hoc tit.* Sed non facit ea res quin ex hoc primo contractu obligatio nascatur, & quidem non tam quasi depositæ pecuniæ, quàm quasi creditæ, cùm tractatus eo proposito habitus sit, vt nõ deposito, sed credito concluderetur, atque ita verum sit deponendæ pecuniæ causam dedisse mutuum non animum deponendi: Ac proinde inspecto initio quod in omnibus negotiis maximè spectandum est *l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat.*

l. si tantùm 12. *infr. de SC. Maced. l.* 1. *§. si seruus deposuit* 30. *infr. deposit.* & ex contrahentium proposito præcipuè æstimandum vt sciri possit non tantùm quid factum sit, sed etiam qua mente, consequens est id ab initio inter contrahentes actum videri, vt non tam purum depositum quàm condicionale mutuum contraheretur. Nec nisi implendæ fidei gratia quam de mutua danda pecunia futurus creditor dederat, pecunia penes rogãtem deponeretur. Aliud esset si is qui pecuniam deposuit & causam & propositum fœnerandi habuisset. Tunc enim periculo accipientis non possent esse nummi quos creditor nondum credidisset, sed tantùm deposuisset quasi eos crediturus ad propriam suam vtilitatem non vt accipienti benefaceret & prodesset. In eo namque differt fœnus à mutuo, quod fœnus fit gratia ipsius creditoris & vt ex eo percipiat vsuras, & lucretur, ideóque valde odiosum est: Mutuum autem in gratiam debitoris, cùm sit & debeat esse gratuitum. Quanquam non magis mutuum quàm fœnus dici possit antequàm mota sit pecunia quæ deposita fuerat hac mente vt depositarius ea si vellet vteretur, quia nec priùs debitum eam iri certum est *l. quòd si ab initio* 10. *infr.* Sicut & in proposito nec priùs certum est debitum iri pecuniam ex causa crediti ab eo penes quem deposita fuit quàm emptio secuta sit. Sed tamen non eo minùs manet periculo suscipientis, quia & rogante eo, & ad solius ipsius vtilitatem fuit deposita, nec mansit in potestate domini qui deposuit vt depositum reuocaret, quemadmodum diximus in præcedentibus. Cùm enim hic qui pecuniam deposuit eo animo fuerit vt beneficium conferret in accipientem, daretque mutuam ei pecuniam, cùm fœnerandi nec causam nec propositum haberet: certum est beneficio iuuari accipientem non decipi oportere *l. in commodato* 17. *§.* 3. *infr. commodat.* Deciperetur autem hic qui pecuniam suscepit si posset is qui deposuit pecuniam repetere, quandoquidem alteri aut emendi consilium abiecturus fuerat, aut alium creditorem rogaturus, & constantiorem ipsius beneuolentiam experturus. Addit Vlpianus aliam rationem ab exemplo, & à simili, vt probet in specie proposita periculum ad eum qui pecuniam suscepit pertinere.

a *Nam & qui rem vendendam acceperit.* Argumentum est à simili. Etsi enim hic casus diuersus est à superiore, similem tamen habet rationem. RAT. DVB. Qui rem vendendam accepit vt precio vteretur numquam dominus rei fuit. Nec enim mandatum vendendi transfert dominium rei vendendæ in mandatarium sed potestatem duntaxat transferendi dominij. Atqui casus fortuiti pertinent ad dominum *l. qui fortuitis* 6. *l. pignus* 9. *C. de pignorat. act.* Non debet igitur hæc res periculo eius esse qui rem vendendam accepit. Præsertim cùm non acceperit, vt re ipsa, sed vt ipsius precio vteretur, siue res æstimata sit certo precio vendenda, siue æstimatio nulla interuenerit. Nihil enim refert nisi quod facta æstimatio inducit æstimatoriam actionem de qua *in l.* 1. *infr. de æstimat. act.* DEC. Ad eum debet pertinere periculum, qui rogauit, non qui rogatus est *l. rogasti* 19 *infr. de præscript. verb.* ne ex beneficio suo & liberalitate is qui rogatus fuit pericliteetur *l. ne ex liberalitate* 50 *infr. de re iudic.* Semper enim inspiciendum est, cuius gratia negotium gestum sit quoties de periculo quæritur *l. apud Labeonem* 20. *§. vlt. infr. de præscript verb.* Atqui in hac posteriore specie cùm rogasti me vt tibi pecuniam crederem, & ego cùm non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, vt eam venderes & nummis vtereris, etsi non potest pecunia dici facta mutua priùs quam vendideris, perinde acsi sub illa condicione, *si venderes* mutuum contractum esset, quamuis nõ fuerit hîc expressa condicio vt in specie præcedente. Verum tamen est dedisse me tibi rem vendendam quia me rogasti & ad tuã vtilitatem vt eã pecunia quæ ex venditione redacta esset, vtereris. Æquum igitur est tuum periculum interim esse debere si casu fortuito, & sine culpa tua res amittatur. vt quod à me beneficium habeo periculo tuo habeas, non meo. Addidi *sine culpa tua* cum Vlpiano *in l. rogasti.* 11. *infr. hoc tit.* vt omnem culpam excludam etiam leuissimam contra Azonem, qui putabat non debere te in hac specie teneri de casu fortuito, sed ita demum si culpa aliqua saltem leuissima interuenerit. Multo magis si lata vel leuis, quod sup adiecta Vlpiani verba *in d. l. rogasti*, certè non patiuntur. Sensus enim est, de casu fortuito te omnimodo teneri, etiam nulla penitus culpa tua interueniente, licèt Azonis sententiam æquiorem dicere audeat Accursius quasi sit ille melior æquitatis arbiter, & magister quàm Vlpianus. Dicemus *ad d. l. rogasti*: Ex qua tamen hic locus supplendus est, vt adhibeatur distinctio, vtrũ hanc lancem, vel massam venalem habuerit is, qui vendendam tibi dedit an non, vt si venalem habuerit, perinde ad illum rei periculum pertineat, non ad te, acsi alij cuilibet vendendam dedisset, quia hoc casu non rogatu tuo, nec tua gratia, sed sua potiùs vendendam dederit: Si verò venalem non habuerit, nec proinde eo proposito fuerit vt venderet, sed hæc causa fuit vendendi vt tu precio vtereris tibi res pereat, non ipsi, qui vendendam non dedisset, nisi tu rogasses, & quidem vt ex hoc negotio vtilitatem tibi compatares. Quod autem Accursius adducit ex *l. si quis inficiatus* 13. *infr. deposit.* non possum videre quid ad rem faciat, siue pro tuenda illa Azonis sententia, quam reprobamus, siue ad legis huius interpretationem illustrandam.

1 ¶ Res pignori data, pecunia soluta, condici potest, & fructus ex iniusta causa percepti [a], condicendi sunt. Nam & si colonus [b] post lustrum completum, fructus perceperit, condici eos constat: ita demum si non ex voluntate domini percepti sunt. Nam, si ex voluntate, proculdubio cessat condictio.

Ad §. 1. Res pignori data.

RAT. DVB Nemo rem suam condicit nisi à fure *l. vlt. supr. vsufr. quem caueat. l.* 1. *§. vlt. infr. de condict. tritic. §. sic itaque. Instit. de action.* Atqui res à debitore data pignori remanet in bonis & dominio debitoris etiam durante pignore *l. pignus* 9. *C. de pignor. act.* Multo magis autem eo soluto quod fit soluta creditori pecunia quæ debebatur *l. si rem* 9. *§. omnis pecunia infr. eod. ill. tit. l. Paulus* 12. *§.* 1. *& pass. infr. quib. mod.*

quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Non ergo fieri potest vt res data pignori soluta pecunia condicatur per debitorem. Ob eámque nimirum causam Accursius vt hanc obiectionem effugiat, intelligit hanc legem de re mobili, cuius furtũ facilè fieri potest vt ita condictio furtiua inducatur, cùm rei immobilis furtum fieri non possit *§. quod autem Instit. de vsucap. d. l. 1. § vlt. de condict. tritic. l. quam rem 38 infr. de vsucap.* Est enim hoc ius proprium & singulare condictionis furtiuæ vt soli domino competat *l. 1. infr. de condict. furt.* Ac quoniam videt Accursius tractari in hac lege etiam de fundo & fundi fructibus. Ait posse hanc legem intelligi etiam de re immobili sed quæ à prædone occupata sit, contra quem ex hac causa possit etiam competere condictio sine causa, vt non melior sit condicio prædonis qui dominum vi deiecit, quàm furis. Quæ sententia esse videtur *l. 2. infr. de condict. tritic.* quamuis lex illa non de condictione sine causa loquatur, sed de condictione triticaria, vt ostendit coniunctio eius legis *cum §. vlt.* legis præcedentis Extra furem & prędonem non patitur Accursius, vt condictio detur domino pignoris etiam post solutam pecuniam, nisi fortè inquit ad condicendam possessionem vt *in d. l. 2 in fin. de condict. tritic.* Sed hîc agit Vlpianus, inquit ille, de condictione rei non possessionis. Ego verò non inficior equidem pignus esse propriè rei mobilis cùm à pugno dictum sit *d. l. si rem 9. § proprié de pignor. act.* ac proinde cuius furtum fieri facilè possit *l. si pignore 54. infr. de furt.* Et quemadmodum qui denegat restitutionem depositi quod non nisi in re mobili potest consistere, hoc ipso furtum facere intelligitur, & ab instanti denegationis se condictione obligat *l. si quis inficiatus 13. §. 1. infr. deposit.* Ita & quisquis rem mobilem sibi datam pignori etiam soluto debito retinet nec vult restituere, furtum certè ex eo die facere incipit, vt proinde condictione furtiua teneri possit. Sed tamen cùm in eo differat pignus à deposito, quod etiam rei immobilis & fundi pignus dari potest, cuius tamen depositum nullum esse posset, non possum scire vt hic §. ad rei mobilis pignus restringatur, qui video cætera quæ sequuntur omnia de fundo esse non de re mobili, cuius nec fructus ferè vlli esse possunt, si pecora & se mouentia excipias. De quibus tamen fructibus condicendis etiam in hoc §. agitur. Non igitur potest hic §. ad condictionem furtiuam restringi. An ergo de triticaria condictione intelligi debebit? Ne hoc quidem. Nam quod scriptum est *in d. l. 2. de cond. tritic.* non ad quemlibet malæ fidei possessorem aut prædonem pertinet, sed ad eum duntaxat, qui dominum per vim deiecit, cuius longè odiosior causa est, quemadmodum & eius qui rem mobilem vi rapuit: qui fur improbior dicitur *in l. 2. §. caterùm infr. vi bonor. rapt. l. item si cùm 14. §. qui vim intulit supr. Quod met. caus. l. vlt. in fin. C. de compensat.* Porrò is, qui fundum pignori accepit à debitore, licèt soluto debito nolit eum reddere, non ideo tamen videri potest eum per vim occupasse, vt pro violento inuasore haberi debeat, quamuis nullo iure ac iniustè eum detineat: cùm ex voluntate ac quodammodo per manus debitoris eum acceperit, solétque in his causis inspici magis quomodo quis possessionem nactus sit quàm quomodo & quo iure eam retineat. Nec sanè vnquam mihi persuadebo aduersus malæ fidei possessorem fundi si nõ etiam prædo sit adeóque violentus, dandam esse condictionem triticariam, sicuti nec furtiua aduersus alium, quàm aduersus furem pro re mobili daretur. Etsi enim condictio triticaria hoc habet dissimile à furtiua quod exemplo cæterarum omnium datur non domino, quia per eam intenditur dare aduersarium oportere, Qui autem iam dominus est, magis dominus fieri non potest *d. §. sic itaque Instit. de action.* Cùm tamen datur ad exemplum condictionis furtiuæ siue contra furem, siue contra raptorem siue denique contra violentum prędonem & spoliatorem non datur illa nisi domino *d. l. 1. §. vlt. & l. 2. de condict. tritic.* Cùm ergo creditor pignoratitius non possit dici violentus spoliator, Ne tùm quidem cùm soluto debito pignus retinet, debitor autem sit dominus, consequens est vt contra creditorem debitori condictio triticaria dari non possit. An ergo cum Accursio dicemus intelligendum esse Vlpianum de condictione sine causa? Sed non memini vllo iuris loco legere me condictionem sine causa dari domino: cùm & per cõdictionem illam non minùs quàm per cæteras intendat actor sibi dari, hoc est dominium in se trãsferri oportere. *Tot tit. de condict. sin. caus.* An potiùs dicendum est cum Lothario quem Accursius refert, Condici quidem hoc casu pignus, sed ad hoc tantùm, vt possessio restituatur quæ sola debitori abest propter dationem pignoris non autem dominium. quod semper mansit penes debitorem, *Vt in l. indebiti 15. §. sed etsi nummi infr. de condict. indeb. iunct. d. l. si rem. 9. § propriè & l. cùm fortis 14. §. 1. infr. de pignor. act.* Est enim dominium aliquod etiam possessionis, & quamquam rem ipsam condicere, & possessionem rei condicere diuersa sunt, sicut & aliud est res ipsa, aliud possessio rei *l. 3. § vlt infr. vti possid.* Non est tamen nouum vt res ipsa condicatur ob hoc solùm vt possessio restituatur, *vt in d. § sed etsi nummi*, vbi duo casus proponuntur. Vnus quo nummi ipsi condicantur vt eorum possessio restituatur, alius quo possessio ipsa sola condicatur, Vt eo solo casu impediatur quis & prohibeatur rem suam condicere quo dominium condicere velit & intendere dari sibi rem oportere: quæ tamen propria condictionum diffinitio, & natura est. *§. appellamus Instit. de action.* licèt generaliùs ac minùs propriè sumptum condictionis nomen ad omnes in personam actiones pertineat per quas intendimus aduersarium non quidem dare nobis, sed aliquid facere vtputa possessionem restituere oportere *l. actionum 25. infr. de oblig. & act.* Eóque sensu condictionem hîc accipi necessariò fatendum videtur, cùm debitor qui rem suam dedit pignori, quia remanet dominus, non possit intendere contra creditorem dari sibi rem suam debere, nisi eo solo casu quo res illa inciperet furtiua esse per denegationem creditoris & adprehensionem possessionis ad inducendam condictionem furtiuam non minùs in odium creditoris pignoratitij furtum tam improbum committentis, si rei mobilis pignus fuit, quàm in odium depositarij *in d. l. si quis inficiatus 13. §. 1. infr. deposit. iunct. l. inficiando 67. in princip. infr. de furt.* Nisi quis malit hunc locum intelligere de condictione illa generali quæ est ex iure gentium potiùs quàm ex iure ciuili, hoc est quæ rationem & æquitatem naturalem habet magis quàm ciuilem, per quam possunt condici res omnes ab his qui non ex iusta causa possi-

dent, vt scribit Marcianus *in l. rerum quidem 25. infr. rer. amot.* De qua etiam sensisse videtur Vlpianus *in l. perpetuò 6. infr. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* vbi ait Sabinum perpetuò probasse veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, condici posse, idque & Celsum putasse vt intelligamus non dominium ea condictione repeti sed nudam possessionem, id est detentionem. Nam apud te esse dicitur quod qualiter qualiter à te teneatur, penes te verò esse quod saltem quodammodo possideatur *l. penes te 63. de verb. signific. l. Titia 34. §. Caius Seius de legat. 2.* Et de hac condictione si quis etiam Vlp. intelligere velit *in d. l. indebiti 15. §. 1.* is meo iudicio non valde errauerit: differt enim à cæteris in eo, quod cùm per cæteras intendamus dari quid nobis oportere, per hanc tamen intendimus debere quid nobis fieri id est rem restitui, quod ad causam possessionis magis quàm dominij refertur.

a *Et fructus ex iniusta causa percepti.* RAT. DVB. Fructus acquiruntur non iure seminis sed iure soli *l. qui scit 15. §. 1. de vsur.* Atqui fructus à creditore percepti ex re pignorata sunt percepti ex re debitoris, quippe qui dominus maneat rei pignoratæ vt proximè diximus ex *l. pignus 9. C. de pignor. act. l. cùm & sortis 35. §. . infr. eod. ill. tit.* Ergo ad debitorem pertinent non ad creditorem & consequenter vindicandi sunt, non condicendi scilicet si extent, nam si consumpti sint aliud est *l. 3. C de condict. ex leg. & sin. caus.* Vindicatio enim competit domino, Condictio non domino. DEC. Creditor qui fructus percipit ex re pignorata facit eos suos, quia percipit eos ex domini voluntate licèt non ideò illos lucretur, quia in sortē eos imputare cogitur *l. 1. C. de pignor. act. iunct. l. si seruus 61. §. locaui infr. de furt.* Proinde vindicare debitor eos non potest, nec si extent, sed condicere debet tanquam alienos, si ante solutum debitum percepti sint & creditori aliunde plenè ac sine fructuum imputatione satisfactum fuerit. Quòd si iam soluto debito percepti sint cùm non possint dici percepti ex voluntate debitoris, sed potiùs contra eius voluntatem, consequens est vt creditoris fieri non possint, ac proinde vt eos vindicare debitor pro suo iure possit tanquam dominus, Neque hoc tantùm sed etiam condicere sed condictione illa quæ non datur nisi domino, id est condictione furtiua, quoniam in furtiuam causam incidūt hoc ipso quod & nullo iure percepti sunt, & contra domini volūtatem *dict. §. locaui.* Nec distinguimus an extantes sint an cōsumpti, *vt in d. l. 3. C. de condict. & in l. certum 22. C. de rei vindic.* quia condictio furtiua, & pro extante re furtiua competit, & pro consumpta *l. si pro fure 7. §. vlt. & l. seq. infr. de condict. furt.* Quanquam nec dubitandum est quin condictio illa generalis, quàm proximè diximus dari iure gentium aduersus eos omnes qui aliquid ex iniusta causa possident ex *l. rerum quidem 25. infr. Rer. amot. & l. perpetuo 6. infr. de condict. sin. caus.* etiam hoc casu competat, nec minùs pro fructibus rei pignoratæ, quàm pro re ipsa pignorata post solutum omne debitum, cùm non possint fructus esse penes creditorem nisi sine causa adeoque ex iniusta causa, cùm percepti sunt à creditore cui plenissime satisfactum sit & sortis & vsurarum nomine aliarumque omnium accessionum.

b *Nam etsi colonus.* RAT. DVB. Cùm colonus post lustrum completum id est, post quinquennium, in quod tempus solebant olim locari prædia, fructus percepit, vel percepit eos ex debitoris eiusdémque domini voluntate, vel non ex voluntate. Priore casu nec possunt vindicari fructus, nec condici, tanquam qui pleno iure facti sint conductoris nimirum, ex tacita reconductione siue locatoris voluntas expressa fuit, siue tacita *l. item quæritur 13. §. qui impleto infr. locat.* Sed hoc casu conductionis mercedem de qua in priore locatione conuenerat, præstare debet, quoniam iisdem legibus & condicionibus facta reconductio intelligitur *d. § qui impleto.* Posteriore autem casu, cùm incidant fructus in causam furtiuam, condici certè possunt & condictione furtiua *l. infitiando 67. §. vlt. infr. de furt.* Sed non eo minùs vindicari etiam possunt, quia condictio furtiua nunquam excludit vindicationem, quomodo excludit ea condictio de qua in hoc titulo agitur, quia nemo rem suam condicit nisi à fure *l. vlt. in fin. supr. vsufr. quem caueat. §. sic itaque Instit. de action.* Non ergo debuit adhiberi distinctio, quæ hîc ponitur cùm quæritur, an vindicandi sint fructus, an condicendi. DEC. Condictio certi de qua in hoc tit. agitur, concurrit etiam cum condictione furtiua, quoniam illa quoque certi condictio est *l. cert. condictio 9. vers. sed & ex causa furtiua infr. hoc tit.* Nec quod vindicatio quoque fructuum furtiuorum possit competere inutilem facit quæstionem de condictione, Nempe quia fructuum consumptorum vindicatio nulla potest superesse, Condictio autem potest *d. l. infitiando 67. §. vlt. de furt. l. si pro fure 7. §. vlt. infr. de condict. furt.* Benè autem Accursius notat, videri in dubio durare voluntatem, quæ semel interuenit vt scilicet reconductio tacitè facta videatur *d. § qui impleto & l. legem 16. C. eod. tit. de locat.* quamuis aliàs videatur dominus vetare qui non consentit cùm de furto quæritur *l. qui vas 48. §. quòd si dominus vers. vetare infr. de furt.* Sed & animum non repetendi oportet interuenire in domino, ex cuius voluntate fructus percepti sunt, vt neque vindicare illos possit, neque condicere vt idem Accurs. notat ex *l. etsi quis 14. §. potest tamen supr. de religios. & sumptib. funer.*

2 ¶ Ea, quæ vi fluminum importata sunt, condici possunt.

Ad §. vlt. Ea quæ.

RAT. DVB. & dec. eadem ferè est quæ ad versiculum vltimum § præcedentis. Nam quæ vi fluminum ex meo fundo in tuum importata sunt, si eadem manserunt vindicari non condici debent, quoniam adhuc mea sunt: si verò coaluerint, & vnitatem cum tua terra fecerint, iam tua sunt, ideóque nec vindicari nec condici possunt *l. hoc amplius 9. §. Alfenus infr. de damn. infect.* Flumina enim censitorum vice funguntur vt ex vnius fundo in alium transferant *l. ergo 30. §. alluuio infr. de acquir. rer. domin.* Nullus ergo casus esse videtur in quo ea quæ vi fluminum in alienum prædium importata sunt condici possint. Sed cùm importata ea demum dicantur, quæ eadem manserunt, nec dominum mutauerunt. Apparet nihil obstare quominùs & vindicari possint, & prætereà cōdici, scilicet

si à possessoribus aut dominis prædiorum in quæ importata sunt detineantur mala fide, quomodo bene hîc noster explicat Accursius. Et quidem condictione furtiua si talia sint quorum furtum fieri possit: quemadmodum fieri potest eorum quæ importantur. Cùm non alia importari possint, quàm quæ sunt mobilia. Nam si quid de fundi mei terra vi fluminis ita importatum sit in tuum vt cum tua terra coaluerit, sicuti iam immobile illud est, ita neque condici potest, nec magis condictione triticaria quàm furtiua, tametsi possit quis etiam rem suam immobilem condicere per triticariam eo casu quo posset rem mobilē condicere per condictionem furtiuam *l. 1. § vlt. & l. . infr. de condict. tritic.* Nec enim mala fide ac iniustè possessum videri potest quod iure possidetur *l. si quis cùm sciret 8. infr. pro emptor.* Furem autem vel malæ fidei possessorem esse quem oportet, vt condictione furtiua, vel, ad exemplum furtiuæ, triticaria teneatur.

5. POMPONIVS lib. 22. ad Sabinum.

QVod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. ¶ Sed cùm quæratur, an per te factum sit, animaduerti debebit, non solùm in potestate tua fuerit id, nécne [a]: aut dolo malo feceris, quominus esset, vel fuerit, nécne: sed etiam, si aliqua iusta causa sit, propter quā intelligere deberes, te dare oportere.

Ad l. Quod te 5.

RAT. DVB. Vnaquæque res perit domino, si casu fortuito pereat *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. l. contractus 23. de regul. iur.* Atqui mora debitoris qui speciem certam debet cuius alius est dominus, non mutat dominium nec ideo facit debitorem dominum: neque enim mora legitimus modus est acquirendi vel amittendi dominij. Ergo neque periculum transferre potest in debitorem, neque facere, vt præstari res possit, quæ in rerum natura extare desiit, cùm impossibilium nulla sit obligatio vt habet iuris regula *l. si homo mortuus 85. de verb. oblig. l. impossibilium 85. de regul. iur.* Proinde dicendum est obligationem intercidere tanquam quæ peruenerit ad eum casum à quo incipere non potuit *l. existimo 98. in princip. l. pen. §. vlt. de verb. oblig.* DEC. Nemini mora sua, & frustratio prodesse debet *l. hominem 37. infr. mandat.* sed potiùs nocere *l. in condemnatione 173. §. pen. de regul. iur.* cùm vix sit vt mora contrahatur sine culpa *l. mora 32. & l sciendum 21. cum seqq. infr. de vsur.* Non autem meliùs & conuenientiùs puniri mora potest, quam si res quæ post moram periit, habeatur pro adhuc extante *l si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. de verb. oblig.* Potuisset enim creditor eam vendere si moram passus non fuisset, atque ita periculum in emptorem transferre *l. item si verberatum 15. §. vlt. vbi dixi supr. de rei vindic. l. cùm res 47. §. vlt. infr de legat. 1. l. item si cùm 14. § quid si homo in fin. supr. quod met. caus.* Meritò igitur constitutum est, vt moræ effectus præcipuus ille esse debeat, vt periculum transferat in eum qui moram contraxit, ne interitu rei liberetur. Proinde quod te mihi dare oportet, si id posteà perierit, quàm per te factum erit quominùs id mihi dares, tuum id detrimentum & damnum esse debet, vt non idcirco intercidat obligatio siue tu eius rei dominus sis, siue alius, dum ne ego. Nec enim res mea mihi deberi aut dari potest, cùm non possit magis fieri mea *l. nemo rem suam 82. de verb. oblig. §. sic itaque Instit. de action.* & cùm perit, mihi eam perire necesse est tanquam domino non propter moram tuam, quæ nec vlla interuenire potest, cùm non sis debitor nec mora vlla ibi esse intelligatur, vbi nulla petitio est *l. si pupillus 127. de verb. oblig. l. nulla 88. de regul. iur.* Bene autem Accursius noster distinguit eorum quę debentur, tria genera. Vel enim consistunt in quantitate, vel in genere, vel in specie. Quæ sunt priorum duorum generum, perire non possunt *l. incendium 11. C. si cert. petat. l. in ratione 30. §. verum est & § incerta infr. ad leg. falcid.* nisi oblatio aliqua facta sit, & creditor fuerit in mora accipiendi *vt in l qui decem 72. infr. de solut.* nempe quia oblatio eius quod in genere debetur, non nisi in specie fieri potest. Species autem oblata perire iam potest nec alterius periculo quàm eius qui moram fecit. Ideóque ad huius generis debita hæc lex non pertinet quantum ad debitorem, sed quātum ad creditorem si is moram contraxerit. Non quasi in his quoque debitis moram contrahere non possit debitor perinde ac creditor, [quid enim si congruo loco & tempore interpellatus debitor solutionem recusauerit? *dict. l. mora 32. de vsur.*] sed quia moræ effectus nullus esse potest ad transferendum periculum in moratorem in iis rebus quæ eius naturæ & conditionis sunt vt perire non possint, nec priùs de effectu moræ quàm de periculo tractari vnquam potest. Quæ autem in specie debentur ea demùm sunt, de quibus hæc lex tractat, quia species & perire possunt, & omnes tandem pereunt. Species enim appellant prudentes nostri, quæ apparent, ac proinde quæ philosophi indiuidua appellant: Genera autem quæ illi species vt monuimus, quæ cùm sint ex vniuersalibus & incorporalibus, sicut neque videri neque vllo corporis sensu percipi, ita nec perire possunt. Ex quo apparet etiam debita, quæ in quantitate consistunt, posse dici in genere quoque consistere ideóque nec perire, quia non magis tangi potest quantitas quàm homo, nisi cùm quantitas reducitur ad speciem per numerationem, velut homo ad Stichum aut Pamphilum per oblationem vel solutionem, vt proinde possint omnia referri ad duo rerum genera, ad ea quæ consistunt in genere & quæ in specie. At cùm debetur Stichus aut Pamphilus, tum verò effectus moræ de quo hîc agitur, aliquis esse potest, quoniam facilè pereunt, & sui natura vnoquoque instanti perire possunt *l. cùm filius familias 49. de verb. oblig l. si mihi alienum 92. de solut.* An autem & quando mora contracta sit facti magis quàm iuris quæstio est, vt scribit Marcianus *in d. l. mora 32. de vsur.* Etsi enim requiritur, vt debitor congruo loco & congruo tempore interpellatus sit *d. l. mora* & consequenter vt sciat se debere, adeóque vt rei dandæ facultatem habeat, quemadmodum in hac lege scriptum est & *in l. si in Asia 12. §. vlt infr deposit. l. Titia textores 39. §. vlt. de legat. 1. d. l. si ex legati 23.*

d.l. nemo rem suam 82. §. 1. *de verb. oblig.* Non tamen hoc sufficit vt mora omnimodo & cum effectu contracta videatur. Quid enim si omissa sit debiti repetendi instantia? *vt in d. l. mora ad fin.* Quid si iusta aliqua causa fuerit vel differendæ solutionis ex parte debitoris, vel recusandæ ex parte creditoris? *vt in d. l. sciendum* 21. *& seqq. eod. tit de vsur.* Denique etiam qui ad iudicium prouocat, si modò sine dolo malo id faciat, moram facere non videtur *l. qui sine dolo* 63. *de regul. iur.* Nempe si careat etiam culpa. Nec enim mora dolum requirit si modo habeat culpam *d. l. sciendum & seqq.* Planè interdum nec interpellatio nec scientia debiti necessaria est. Nempe cùm mora ipso iure aut ipso etiam facto contrahitur: Ipso iure fauore minoris ætatis *l. Titia Seio* 87. §. *vsuras de legat.* 2. *l. in minorum* 3. *C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Aut cùm vsuræ debentur inuicem fructuum rei venditæ *vt in l. curabit* 5. *C. de action. empt. l. Iulianus* 13. §. *veniunt* 20. *infr. eod. ill. tit.* aut pro oneribus matrimonij secundum distinctionem *l. vlt.* §. *præterea C. de iur. dot.* Ipso autem facto si fortè debitor hominem debitum occiderit. Non enim hîc requirimus vt sciuerit se debere cùm facto suo liberationem sibi acquirere non potuerit, ideóque perpetuauerit suam obligationem *d. l. si seruum* 91. *in princip. &* §. *nunc videamus d. l. si ex legati* 23. *infr. de verb. oblig. l. si fideiussor* 19. *supr. de dolo.* Nec rursus occiso per promissorem homine qui debebatur, distinctioni locus vllus relinquitur an fuerit æquè periturus apud creditorem [apparet enim satis non fuisse illum æquè periturum, cùm non suo facto sed debitoris facto perierit] Cui tamen distinctioni locum esse plerique putant cùm res debita naturaliter periit, & an creditor aut petitor æquè distracturus illam rem fuisset, de quo hîc latè post Ioannem & Martinum tractat Accursius. Nos iam tractauimus *ad d. l. item si verberatum* 15. §. *vlt. supr. de rei vindic. & ad l. illud* 40. *supr. de hered. petit.* Est etiam alius moræ effectus præcipuus circa fructus & vsuras. Nam in bonæ fidei iudiciis ex mora debentur & fructus & vsuræ: *d. l. mora* §. *in bonæ fidei l. vsuræ* 34. *l. videamus* 38. §. *pen. infr. de vsur. d. l. in minorum.* In strictis verò fructus quidem ex die litis contestatæ *l.* 2. *d. l. videamus* §. *si actionem de vsur.* itémque in arbitrariis vt in rei vindicatione *l. præterea* 20. *& pass. supr. de rei vindic.* sed vsuræ, nũquam nisi per stipulationem promissæ *l.* 3 *C. eod. l. Titius* 24. *infr. de præscript. verb.* quamuis si ante litem contestatam debitæ fuerint ex stipulatione non desinant lite contestata currere. Qui sensus est *l. lite contestata* 35. *de vsur.* vt explicauimus *in error.* 1. *decad.* 1 *de error. pragmatic.*

a *Non solum si in potestate tua id fuerit néc ne.* R A T. D V B. Difficultas præstationis non excusat à mora, quoniam multùm recedit ab impedimento naturali *l. continuus* 137. §. *illud infr. de verb. obligat.* Ergo nihil interest an id quod mihi dare debes in potestate tua sit, nécne. Potestatem enim hîc pro dandi facultate intelligere debemus, *vt & in l. quoties* 21. §. *in potestate supr. de noxal. action.* D E C. Difficultas quidem præstationis non impedit obligationem, sed tamen excusat à mora si difficultatem nulla culpa præcesserit. Quid enim possis ei imputare qui etiã si soluere maximè velit, tamen non possit? *l. cùm quidam* 17. §. *si pupillo infr. de vsur.* Sed intellige de difficultate quæ ex improuiso & post contractam obligationem superuenerit non de ea, quæ iam fuerit aut quæ præuideri potuerit eo tempore quo obligatio contrahebatur. Illa enim sicuti non impedit obligationem, ita neque à mora excusat, non magis quàm casus quem culpa præcedit *l. item Mela* 11. *in princip supr. ad leg. Aquil.* Culpa autem est adeóque dolo proxima, si quis promittat id quod sciat præstare se non posse *l. pen. infr. de iur. dot.* nisi promiserit se præstaturum cùm erit commodum, aut, quod effectu penè idem est, cùm poterit *vt in l. nepos Proculo* 125. *de verb. signific.* Planè in potestate sua etiam is habere videtur, cuius dolo malo factum est ne habeat *l. electio* 26. §. *item si ex pluribus &* §. *si is quem supr. de noxal. act.* quemadmodum solemus dicere dolum pro possessione esse *l. qui dolo* 131. *de regul. iur.*

6. P A V L V S lib. 28 ad Edictum.

CErtum est, cuius species vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantáve sit, ostenditur. Nam & Pedius libro primo de stipulationibus nihil referre ait: proprio nomine res appellentur, an digito ostendantur, an vocabulis quibusdam demonstrentur, quatenus mutua vice fungantur, quæ tantundem præstent.

Ad l. Certum est 6.

Quoniam Prætor in verbis edicti quod proposuit de condictione certi sic locutus est, *Si certum petatur* conueniens fuit, vt Paulus qui interpretatioñé scripsit ad edictum perinde ac Vlpianus explicaret, quod Vlpianus facturum se receperat *in l.* 1. *supr.* quid certi appellatione contineatur. Ait autem certum esse cuius species vel quantitas quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione quæ nominis vice fungatur, qualis quantáque sit ostenditur. Qualitas enim & quantitas accidentia præcipua sunt, ex quibus ipsa etiam rei substantia sic designatur, vt non possit incertum manere id de quo agitur, si modò tale sit vt in quãtitate consistat, vtputa si de tritico aut vino tractetur. Qui enim promitteret triticum Africum aut vinum Campanum nisi etiam quantitatem adiiceret, puta tritici Africi modios cẽtum aut vini Campani amphoras centum, nihil certum promitteret quia æquè triticum esset Africum & vinum Campanum quod siue maiore siue minore quantitate contineretur: At neque certum erit quod ita promissum fuerit, nisi addatur tritici Africi optimi vel vini Campani optimi, nec si adiectum sit boni, quia bono melius inuenitur, vt eleganter Vlpianus ratiocinatur *in l. vbi autem* 75. §. 1. *infr. de verb. oblig.* Id demum autem certum est quod ita significatur & exprimitur, vt alteri rei aptari non possit, alioqui dicendum est incertum, quod ita expressum est vt nesciri possit quid præcisè eo nomine significetur. *d. l. vbi autem in princip. & Instit. tit. de verb. obligat.* Cùm enim nomina non ad alium finem, quàm ad res significandas comparata sint *l. Labeo* 7. § 1. *infr. de supell. le-*

pell. legat. nomina certa esse oportet ac eius rei propria cuius nomina sunt vt rem certam significent. At cùm agitur de re quæ consistat in specie, puta de Sticho, aut Pamphilo, qualitas sola exprimenda est si fortè plures sint eiusdem nominis, nec quantitatis adiectio vlla necessaria est. Nam & homo ipse in genere promissus certa specie continetur, inquit Paulus *in l. inter stipulantem 83. §. sacram infr. de verb. oblig.* RAT. DVB. Qui mutuos dedit centum modios frumēti, aut mutuas centum amphoras vini, etiamsi neque adiecerit tritici Africi aut vini Campani, neque optimi, habet tamen certi condictionem ex mutuo quia verè mutuum est ex quo datur semper condictio certi *l. 1. §. 1. supr.* Ergo sufficit expressam esse quantitatem etiamsi qualitas expressa non sit. DEC. Certa fit qualitas per relationem ad eam quantitatem quæ mutua data fuit, cùm in mutuo id actum videri debeat vt eiusdem bonitatis & qualitatis res redderetur *l. cùm quid 3. supr.* Et ita benè Accursius explicat. Nihil autem interest an quid certum sit per se an per relationem ad rem certam *l. ait prætor 5. §. 1. infr. de re iudic. d. l. vbi autem §. sed qui vinum & seq. de verb. oblig.* Sicut nec quicquam referre solet an quid ex æquipollentibus fiat vt sequitur in hac lege, quæ omnium optimè hoc probat. *Adde l. vlt. §. 1. infr. mandat. l. mulier 22. vers. Brasidas infr. ad SC. Treb.*

a *Nam & Pedius.* RAT. DVB. Cuiusque rei nomen proprium magis aptum & conueniens est ad rem significandam certissimè, quàm demonstratio quæ falsa plerunque est *l. demonstratio 7. l. falsa 33. infr. de condic. & dem.* Habent enim species singulæ ferè omnes duo nomina, vnum naturale, id est ipsius generis cuius naturam ea species habet, alterum proprium & imposititium quod ex arbitrio imponentis pendeat, vt cùm dicimus *hominem Stichum* aut *Pamphilum* vel *fundum Cornelianum* aut *Sempronianum l. si quis in fundi vocabulo 4. infr. de legat. 1.* Vnde fit vt in nomine vix errari possit. In demonstratione autem facillimè. DEC. Etiam demonstratio plerunque vice nominis fungitur, scilicet cùm est certa, adeóque interdum licèt falsa sit dummodò certum sit de qua re testator aut contrahentes senserint *l. nominatim 34. infr. de condic. & demonstr.* vbi dicitur nominatim alicui legatum videri non solùm si testator ita legauerit *Lucio Titio* sed etiamsi per demonstrationem corporis vel artificij vel officij vel necessitudinis, vel adfinitatis: nihil enim interesse. Iunge *l. si in rem 6. ad fin supr. de rei vindic.* Quid enim prosunt vana nominum vocabula, vt Iustinianus loquitur *in l. 2. § penult. C. de constit. pecun.* si modò constet de corpore? Nam & in nomine ipso plerunque erratur *l. quoties 9. in princip. infr. de hered. instit.* Benè igitur Pedius dicebat nihil referre an proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur: siquidem hæc omnia mutua vice funguntur cùm tantundem præstent. Hoc vnum nimirum vt rem certam de qua agitur certò designēt, ne dubitari possit quin illa ipsa sit. Cæterùm in aliis nonnullis interest plerunq; an sub proprio nomine an sub appellatiuo quis designetur vt in *l. nonnumquam 24. infr. ad SC. Trebell. l. turpia 54 § vlt. de legat. 1. l. siue à certis 17. infr. de duob. reis.* Quòd si & nomen adiectum sit & demonstratio, potior habenda erit ratio nominis à quo incepit stipulatio quàm demonstrationis *l. si communis seruus 27. infr. de stipul. seruor.* Demonstratio enim fungitur vice nominis, non etiam nomen vice demonstrationis.

7. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

OMnia quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ, & ideo & condiciones.

Ad l. Omnia 7.

RAT. DVB. Traditio nihil aliud significat, quàm actum ipsum naturalem tradendi per quem transfertur possessio, & factum tradentis. Est enim traditio tota facti *l. consilio 7. § vlt de curat. furios.* Atqui naturæ facta omnia realia sunt, & consequenter pura & præsentia, nec quicquam est quod natura faciat in diem, vel sub condicione. Ergo absurdum videtur, quod hæc lex ait, omnia quæ inseri stipulationibus possunt inseri etiam posse numerationi, etiam condiciones, quid enim aliud est numeratio pecuniæ quàm traditio? quamuis non æquè omnis traditio sit numeratio. Nec sanè bona videtur hæc stipulationum comparatio cùm stipulationes nihil aliud sint quàm solenniũ verborum conceptiones quæ pro stipulantiũ arbitrio formantur aliquando purè, aliquādo in diem, aliquando etiam sub condicione § *omnis stipulatio Instit. de verb. oblig.* neque in iis naturæ factum vllum versatur extra prolationem verborum. DEC. Actus etiam naturales numquam operari possunt vltra intentionem agentium *l. non omnis 19. infr. hoc tit.* Proinde cùm traditio aliqua fit siue numeratæ pecuniæ siue alterius rei cuiuslibet, inspiciendum semper est qua mente fiat an transferendæ tantùm possessionis gratia, an verò transferendi etiam dominij & an purè an in diem aut sub condicione. Nam & rerum dominia possunt esse in pendenti *l. de hereditate 19. § quid autem infr. de castrens. pecul. l. arboribus 12. § vlt. aliàs l. si fur. vbi distinnus in l quid ergo 70. § 1. supr. de vsufr. § si ab hostib. Instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* & possessio quoque licèt magis facti sit quàm iuris, sub condicione transferri potest *l. qui absenti 38 § 1. infr. de acquir. poss.* Itaq; actus quidem ipse traditionis nō nisi purè fieri potest, sed effectus ipse traditionis, & diem recipere potest, & condicionem, non minùs quàm stipulatio: quia tam in traditionibus quàm in stipulationibus semper sequi debemus id quod actũ est *l. in traditionib. 48 supr. de pact. l. semper in stipulationib. 34. de regul. iur. fic in l. dotis 7 § vlt. & l seq l. si ego 9 § si res infr. de iur. dot.* Sic dicimus solutionem quoque facti esse *d. l. consilio 7. § vlt de curat. furios.* nec eo minùs tamen fieri posse sub condicione siue per traditionem, & realem numerationem fiat, siue per acceptilationem *l. sub condicione 16. infr. de solut.* in cuius specie hoc amplius est, quod in ea dominium numeratæ pecuniæ transfertur purè nec tamen cedit in solutum nisi sub condicione. Aliud enim est dominium transferri, aliud verò in solutum dari. Siquidem licèt datio omnis in solutum dominij translatio sit, non tamen perinde omnis dominij translatio in solutum datio est. Se namque habent tanquam genus & species, & posita quidem specie ponitur genus, sed non contrà.

8. POMPONIVS libro 6. ex Plautio.

PRoinde mutui datio interdum pendet, vt ex postfacto confirmetur: veluti si dem tibi mutuos nummos, vt, si condicio aliqua extiterit, tui fiant, sísque mihi obligatus. Item si legatam [a] pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere: quia heredis ex die aditæ hereditatis videntur nummi fuisse, vt credita pecunia peti possit. Nam Iulianus [b] ait, & traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cùm repudiatum sit legatum, aut adpositum.

Ad l. Proinde 8.

RAT. DVB. Mutuum ex eo appellatum est, quod de meo tuum fiat *l. 2. §. appellata supr. hoc tit.* Necesse igitur est de meo tuum fieri vel eo instanti quo mutuum contrahitur vel numquam: Alioqui traditione & contractu duplici opus erit si per primam traditionẽ factum non sit de meo tuum. Proinde non potest mutui datio pendêre vt ex postfacto confirmetur. DEC. Etiam numerationi pecuniæ potest inseri condicio non minùs quàm stipulationi vt dictũ *est in lege præced.* Condicionis autem proprium est vt suspendat non actum quidem & contractũ ipsum (est enim cõtractus & quidẽ perfectus licèt condicionalis etiã priùs quàm cõdicio existat *l. si filiusfamilias 78. infr. de verb. obligat. l. qui balneum 9. l. potior 11. §. 1. infr. qui potior. in pignor. hab.*) sed vim potestatem & effectum contractus vt ex eo neque dominium neque possessio transferatur ante condicionem existentem adeóque nec vlla ex eiusmodi contractu priùs nascatur obligatio *l. pecuniam 36. infr. hoc tit. l. cedere diem 213. de verb. signific.* Cùm igitur dare nihil aliud sit quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vlt. infr. de verb. oblig.* Consequens est vt mutui dationem pẽdêre necesse sit & ex postfacto confirmari si mutuos sibi dederim nummos ea lege vt nõ priùs tui fiant nec priùs mihi sis obligatus ex mutuo quàm aliqua cõdicio extiterit. Nam neq; mutuũ priùs esse potest, quã de meo tuũ factũ sit neq; de meo tuũ priùs fieri quã euenerit cõdicio sub qua mutuũ cõtractũ est. Ita fit vt quẽadmodum ante cõdicionis euẽtũ nulla obligatio cõtracta dici potest. Ita cõdicione existẽte mutuũ cõfirmetur, & quæ simplex fuerat traditio numeratæ pecuniæ, euadat in mutui dationẽ nec alio nouo cõtractu, nouáq; traditione vlla opus sit, nõ quia cõdicio semel existẽs retrotrahatur ad tẽpus præteritũ vt vulgo malè nostri autumãt (cùm enim condicio nihil aliud sit quàm priuatio, vt ita dixerim puritatis, certè nihil est, ideóq; nec retrotrahi potest, siquidem nõ entis nullæ possunt esse qualitates) sed quia euentus cõdicionis facit vt contractus habeatur pro puro, quandoquidẽ sola condicio faciebat ne purus esset *d. l. potior* §. 1. sicut & eiusdẽ condicionis defectus efficit vt contractus qui antea erat aliquis & condicionalis habeatur exinde pro nullo.

a *Item si legatum.* RAT. DVB. Nemo inuitus legatũ agnoscere compellitur quãuis lucrosum, quia omne legatũ donatio est *l. legatũ est 36. de leg. 2.* & cõsequẽter beneficiũ, inuito autẽ beneficiũ non datur vt habet iuris regula *l. inuito 69. de regul. iur. l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Itaq; agnitionẽ legati secutã esse necesse est, vt legatario legatũ acquiratur *l. ei qui 11. infr. de condic. instit.* Ergo si heres pecuniã per modum speciei legatã, puta centũ quæ in area testator habebat, alicui crediderit antequàm legatum à legatario agnitũ sit, dicendũ est, mutuũ statim cõtrahi, fieriq; nũmos accipientis, cùm interim dominium fuerit heredis qui credidit, nõ legatarij, nec proinde expectãdũ ut heres nolit legatũ ad se pertinere. Igitur nõ pẽdet hoc casu datio mutui nec translatio dominij pecuniæ creditæ. DEC. Legatũ speciei, aut quod idẽ est generis electi per modũ speciei vt in exẽplo proposito tã citò facit rẽ legatã legatarij atq; hereditas heredis res singulas cæteras hereditarias, ita vt dominiũ recta via transeat à testatore in legatariũ, quasi nũquã factũ heredis *l. legatũ 80. de legat. 2. l. à Titio 64. ad fin. infr. de furt.* Nempe si agnitio legati posteà sequatur adita quandocũq; hereditate. Nã si legatarius legatũ repudiaret nunquã eius fuisse videretur, sed ab initio fuisse heredis *l. seruum filij 44. §. 1. l. si tibi homo 86. §. cũ seruus de legat. 1.* Proinde necesse est pendere hoc casu dominiũ, est enim hic casus ex eorũ numero in quib. ex postfacto apparet quid ante fuerit *l. quedã 15. infr. de reb. dub. l. qui res 98. in princip. & §. 1. infr. de solut.* Duplex siquidẽ est acquisitio legati, vna reuocabilis secũdũ quam acquiritur legatũ ignorãti & dormienti legatario *l. cũ pater 77. §. surdo de legat. 2. l. filiusfamilias 16. §. 1. infr. qui testam. facer poss.* vt saluũ sit legatario ius repudiandi *d. l. 44. §. 1. & l. 56. §. cùm seruus de legat. 1.* Alia verò irreuocabilis per quã nõ acquiritur legatũ nisi volẽti, sed ita vt post agnitionẽ libera non sit repudiãdi potestas, adeò vt nec agnosci pro parte possit, & pro parte repudiari *l. legatarius 38. in princip. & §. 1. eod. tit. l. Titia cùm testamẽto 34. §. Lucia Titia de legat. 2.* Quod enim semel acquisitũ est repudiari amplius nõ potest *l. 1. §. decretalis infr. de success. edict.* Verum igitur est, quod in hac lege scribit Põponius si legatã pecuniã heres crediderit, deinde legatarius eã noluerit ad se pertinere, heredem posse illam pecuniã quasi creditam petere quia videntur nummi eius fuisse ex die aditæ hereditatis *d. §. cũ seruus. 1.* ex die mortis. Nam hereditas adita quandocũq; ex die mortis adita fuisse retrofingitur *l. heres quandocũq. 54. de acqu. hered. l. omnis hereditas 138. l. omnia ferè 193. de regul. iur.*

b *Nam & Iulianus ait.* Ratio dubitãdi & decidẽdi est eadẽ, quæ ad sentẽtiã proximè præcedentẽ. Nam & cùm mutui dãtur nummi, qui per modũ speciei fuerãt legati traditionẽ interuenire necesse est, cũ mutuum nõ nisi re & traditione cõtrahatur *l. 1. §. re contrahitur infr. de oblig. & action. & Instit. quib. mod. re contr. oblig. in princip.* Debet igitur hic versiculus vt differat à superiore intelligi de traditione rei quidem legatæ, & ab herede traditæ antequã legatum vel repudiatũ sit vel acquisitũ, sed de traditione facta rei legatæ extra causã mutui, puta si fundus Titio legatus sit, & eũ fundũ heres ante agnitionẽ vel repudiationẽ legati vendiderit aut donauerit Sempronio. Nã si Titius legatũ posteà agnoscat, videbitur à non domino facta traditio quæ ab herede facta est, ideóque nec quicquã proderit Sẽpronio: si autẽ Titius repudiauerit, valebit traditio, ex eáque dominij translatio secuta videbitur ac si nec legatũ fuisset *d. l. legatarius 38. §. 1. & d. l. seruum filij 44. §. 1. de legat. 1. l. similes Titio 31. infr. de testam. milit.* Rediguntur ergo

ergo traditiones ab herede factæ ad id tempus, quo hereditas adita fuerit, siue repudiatum sit legatum, siue *adquoisitum* quomodo scribere solet librarius Florentinus pro *adquisitum* vt benè docuit *Cuiac. lib. 2. obseruat. cap.* 7. non vt habet vulgata lectio *adpositum* quæ nullius hîc sensus lectio est, licèt eam suo more interpretari conetur Accursius. Caue autem ne hanc legem intelligas de re legata sub condicione. Etsi enim legatum sub condicione pendet quandiu pendet condicio sub qua relictum est, dominium tamen rei sub condicione legatæ non pendet quia interim pleno iure est heredis licèt existente quandocunque condicione legati postmodum agniti, sicut retrofingitur legatum fuisse ab initio purum, ita & dominium retrofingitur legatario acquisitum ex die aditæ hereditatis, *l. & post litem 12. §. res quæ supr. famil. ercisc. l. generaliter 29. §. 1. infr. qui & à quib. manum.* At cùm legatum purum est, dici nequit, cuius interim sit plenò iure an heredis an legatarij quousque legatarius vel agnouerit legatum, vel repudiauerit. Ergò tota hæc lex intelligenda est de legato puro, de quo etiam *in l. Titio & Seio 34. cum duab. seqq. supr. ad leg. Aquil.* Ideo autem tam in hac lege quàm in aliis plerisque fit mentio aditæ hereditatis, quoniam aditio hereditatis est condicio sine qua non posset valere legatum. Cùm non adita hereditate legata corruere necesse sit, & cætera omnia quæ testamento continentur *l. ex quam 14. C. de fideic. l. si nemo infr. de testam. tutel. l. si nemo 181. de regul. iur.*

9. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

CErti condictio competit ex omni causa [a], ex omni obligatione, ex qua certum petitur [b]: siue ex certo contractu petatur [c], siue ex incerto [d], licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo præsens sit obligatio: ceterùm si in diem [e] sit, vel sub conditionem obligatio: ante diem, vel condicionem non potero agere.

Ad l. Certi condictio 9.

Putant nostri esse hanc legem de certi condictione generali, quæ differat à condictionibus certi specialibus ex mutuo, aut ex stipulatione vel aliis similibus. Sed hanc sententiam refutauimus *in error. 3. decad.* 83. *de error. pragmat.* vnde peti volumus quæ alioquin hîc tractanda essent. Vnica enim certi condictio est per quam semper certum petitur siue ex certo siue ex incerto contractu, vt hæc lex ait, sed ex causa aliqua speciali, siue mutui siue stipulationis, siue alia huiusmodi qualibet. Eóque sensu potest dici condictio certi generalis, quia specialibus causis singulis conuenit non quasi sit aliqua condictio certi specialis quæ differat à certi condictione generali aut quasi hæc certi condictio generalis separatim, & per se exerceri possit nulla speciali causa adiecta, aut denique, quasi etiam triticariam contineat, & condictionem sine causa, quoties per eas actiones certum petitur puta fundus aut Stichus *leg. cùm fundus 31. in princip. infr. hoc tit.* Nam etsi triticaria datur ad rem certam, ita tamen datur ne pecunia petatur, *infr. de condict. tritic.* Condictio autem certi datur quidem etiam pro fundo vel Sticho, sed ita vt per eam non tam fundus vel Stichus quàm pecunia certáque speciei petitæ æstimatio petatur, itaque nunquam possunt triticaria & condictio certi concurrere vt à nobis pluribus comprobatum est *dict. error. 3. in fin. decad. 83. & seqq.*

a *Ex omni causa & ex omni obligatione.* Non sunt ista synonima & quæ inculcationem verborum contineant, vt quidam apud Accursium crediderunt sed ita distinguenda vt causam dixerit Vlpianus pro contractu vel quasi, aut maleficio vel quasi aut alia re qualibet ex qua nascatur obligatio. Obligationem verò pro effectu illius causæ, quomodo bene ac melius quàm alij idem noster interpretatur Accursius. Nascuntur enim obligationes omnes ex supradictis causis aliisque variis causarum figuris *l. 1. in princip. infr. de oblig. & act.* sicut ex obligationib. ipsis nascuntur actiones personales *l. licet 42. §. ea obligatio supr. de procurat. & Instit. de verb. oblig. in princip.* Valde autē torquet se Accursius, ac post eum cæteri in quærenda ratione, Cur hæc certi condictio generalis inducta sit cùm speciales sufficiant. Nimirum supponunt esse quasdam certi condictiones speciales, quæ reipsa & numero differant à generali, quod nos iam refutauimus. Et certè vel ob hoc maximè credere interpretes debuerunt, aut nullam esse certi condictionem generalem, aut nullas esse speciales, cùm non sine causa & necessitate multiplicandæ sint actiones, vt neque apud philosophos entia. Respondet tamen Accursius aliquos esse casus in quib. certi cōdictio specialis nulla cōpetere potest. Tres autem adfert. Primum illum si stipuler decem aut quid aliud certum. Secūdum si stipuler factum aliquod & petam id quod interest quod non sum stipulatus. Tertium si specialis condictio sit famosa, nolim tamen ego aduersarium puta fratrē meum infamare & pecuniā nihilominùs velim petere sed malè in omnib. Nam qui certum stipulatur perinde habet condictionē certi ex stipulatione, atq; is qui mutuam pecuniam dedit habet condictionem certi ex mutuo *l. si quis certum 24. infr. hoc tit. & Instit. de verbor. oblig. in princip.* Qui verò factū aliquod stipulatur, vtique incertū stipulatur *l. vbi autem 75. §. qui id quod infr. de verb. obligat.* proinde certi cōdictione agere nō potest per quā nihil nisi certum petitur. Multo minùs ad id quod interest quod semper æquè incertū est *l. vlt. infr. de prætor. stipul. iunct. l. si quis ab alio 13. §. vlt. infra de re iudic. l. quatenus 24. de regul. iur. de quo egi pluribus in error. 4. decad. 83. de error. pragmat.* Denique specialis cōdictio certi famosa nulla est, quæ generalē facere possit necessariā: si qua enim esset famosa, ea maximè esset quæ ex famosa causa penderet cuiusmodi est condictio furtiua: quā tamen constat famosam non esse *l. cessat 36. de oblig. & action.* Idem Accursius quærit, vtrū hæc certi condictio pereat tāto tempore quanto perit actio in cuius locum datur puta redhibitoria. Et ait perire tanquam quæ eius actionis in cuius vicem subrogatur naturam induat & repræsentet *argum. leg. si eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution. leg. in duobus 28. §. exceptio infr. tit. prox.* Sed non puto. Datur enim redhibitoria ad factū, id est ad redhibendum *l. redhiberi 21. in princip.* ac proinde vt modò diximus ad rem incertā *d. §. qui id quod* ideóq. cū incerti cōdictione

non potest concurrere. Et certè absurdum est dicere certi condictionem aliquam esse quæ tempore pereat cùm sit actio ciuilis, vt & cæteræ condictiones omnes siue certi sint siue incerti, actiones autem omnes ciuiles sint perpetuæ *Instit. de perpet. & temper. action.* Sanè quoties condictio hæc competit & exercetur, concurrentem aliam actionem, quæcunque illa sit consumit *d. §. exceptio.* Idem Accursius quærit an hæc certi condictio, si competat ex qua alia causa quæ per inficiationem crescat, puta ex causa legis Aquiliæ, vt subiicitur in hac lege, an detur illa etiam in duplum: Et respondet rectè, non dari: quia in hanc actionem aliæ veniunt, si modo per eas certum petatur, sed cum sua natura, non etiam cum suo incremento, vt loquitur *Vlp. in l. litem veniunt 20. §. cùm prædiximus supr. de hered. petit.* aut quomodo Accursius, in ea forma & statu quem habet actio primordialiter, non ex superueniente casu *l. vt tantum 14. in princip. vbi dixi supr. de seru. corrupt.*

b *Ex qua certum petitur.* RAT. DVB. Petitionis nomine actio in rem & vindicatio significatur *l. actio 28. iunct. l. actionis 25. infr. de oblig. & act. l. pecuniæ 178. §. actionis de verb. signific.* Atqui nemo potest rem suam condicere, nisi à fure *l. vlt. supr. vsufr. quem caueat.* Ergo condictio certi non potest illa esse per quam certum petitur. DEC. Peti dicitur etiam quod per actionem personalem petitur *l. amplius 15. infr. rat. rem habet. l. vinum 22. infr. hoc tit.* De personali autem obligatione Vlpianum hîc tractare ex eo apparet quod subiicit,

c *Siue ex certo contractu petatur, siue ex incerto.* Ex contractibus enim siue certi siue incerti sint, non nisi personales obligationes nasci possunt, non etiam reales quæ ex præsenti tantùm possessione nascuntur *l. non aliàs 24. §. sed etsi postulatur supr. de iudic. §. 1. Instit. de action.* Neque tamen existimandum est ex quocunque contractu siue certo siue incerto competere hanc condictionem, nisi etiam illud concurrat vt agatur ad rem dandam quæ sit certa. Condictiones enim omnes ita dantur, vt per eas intendat actor sibi dari oportere rem aliquam, id est eius dominium in se transferri *§. appellamus 15. iunct. §. præced. Instit. de action. l. vbi autem 75. § vlt. infr. de verb. oblig.* Ideóque nec Accursius negat condictionem non esse si quis vel depositi vel commodati, vel pignoratitia, vel alia huiusmodi actione experiatur ad rem suam reposcendam, nisi dolus eius qui conuenitur furtum facientis inducat condictionem furtiuam. *l. si quis inficiatus 13. §. 1. deposit.* quæ sola datur etiam domino *l. 1. infr. de condict. furt.* Proinde si agam contra te ad rem aliquam tradendam, quam mihi vendideris, licèt certam, puta Stichum aut fundum Cornelianum non agam hac condictione certi, quia licèt res certa sit, quam debes tradere, hoc ipsum tamen vt debeas tradere, facti est, *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* facti verò omnia incerta sunt quatenus facienda quamuis vbi facta sunt certa sint *d. l. vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig.* Nempe quia ex futuro pendent euentu, qui semper incertus est *l. quod debetur. 51. infr. de pecul.* In eóque noster errat Accursius qui hunc locum sic intelligit quasi competat certi condictio quoties ex contractu aliquo certum petitur, dari, inquit, vel tradi, velut in actione ex empto *leg. ex empto 11. infr. de action. empt.* Quasi verò cùm agitur ad faciendum, petatur quid certum: ac non potiùs incertum, scilicet id quod intersit vt suprà diximus *ex leg. si quis ab alio 13. in fin. infr. de re iudic. l. vltim. infr. de prætor. stipulat. iunct. leg. 2. §. incertam eod. §. vltim. Instit. de verb. oblig.* Aut quasi separanda sit obligatio puri facti, vt *fossam facere* & similia ab obligatione tradendi, quomodo idem Accursius loquitur & distinguit. Tam enim facti est tradere quàm fodere, & in vtraque obligatione si non fiat id, quod conuenit, succedit obligatio, & præstatio eius quod interest *dict. leg. si quis l. l. stipulationes non diuiduntur 72. leg. quoties 81. de verbor. oblig.* Accursium fefellit, quod certum peti credidit, cùm agitur ad tradendam rem certam, itémque locum esse condictioni certi tum quoque cùm agitur ad id quod interest. Quod vtrumque iam refutauimus, & pluribus *in error. 4. decad. 83. de error. pragmat. ex l. vltim. supr. si quis in ius vocat. non ier. l. liber homo 118. §. vltim. infr. de verb. oblig.* Quamuis Accursius tentet id quod interest prima quidem facie incertum esse, sed per subtilitatem iudicis in sententia fieri posteà certum *ex l. vnic. Cod. de sentent. quæ pro eo quod inter. profer.* Non animaduertens, quicquid per hanc certi condictionem petitur, certum esse oportere ab initio, & eo tempore quo petitur, nec sufficere quòd per iudicem inferenda sententia certificari posteà possit, quasi hoc ipsum ab initio certum sit ratione spei infallibilis, vt Accursius noster loquitur: quod certè ridiculum est, vt constat *ex d l. liber homo 118. §. vltim. de verb. oblig.* in cuius specie nec quicquam est quod per sententiam certificari possit aut debeat, cùm certa quantitas in stipulationem deducta esset: sed præstanda tamen alij quàm ipsi stipulatori, propter quod non poterat stipulator ad aliud quàm ad factum agere vt ea ipsa pecunia per promissorem alij præstaretur. Nec sanè taxatio facienda per iudicem efficere potest, quominùs id quod taxandum est, sit ab initio incertum *dict. leg. vltim. infr. de prætor stipulat. l. si quando 6. infr. vt legat. caus. caueat. l. si traditio 4. Cod de action empt. l. pen § 1. supr de iurisd.*

d *Siue ex incerto.* RAT. DVB. Ex contractibus nascuntur obligationes, sicut ex obligationibus actiones. Non ergo videtur fieri posse, vt ex contractu incerto nascatur obligatio, & condictio certi. DEC. Condictionem certi parit non forma & substantia contractus, sed materia, nec ad eam aliud requiritur, quàm vt res quæ ex contractu debetur, sit certa, potest autem esse certa, quamuis debita sit ex contractu incerto, id est qui certum nomen non habeat sed qui sit innominatus, sic enim explico quod hîc dicitur de contractu incerto. Alioqui non posset contractus dici incertus, ex quo certum deberetur, sicut nec certus ex quo incertum. quomodo stipulationes certas ab incertis ex diuersitate materiæ distinguit Caius in *l. stipulationum 74. iunct. l. seq infr. de verb. oblig.* Aliud igitur est de condictione certi tractare: aliud verò de contractu certo: quemadmodum nec quicquam vetat ex contractu etiam certo & nominato nasci condictionem incerti, si fortè ex eo, vel factum vel quid incorporale quod in iure consistat, vel id quod interest vel denique aliud quid incertum debeatur.

e *Cat certum sit in diem.* RAT. DVB. Quod in diem debetur, iam debetur priùs etiam quàm dies venerit, si modò dies sit certa, id est, quam venturam esse certum sit. Cedit enim dies statim licèt

eèt nondum venerit *l. cedere diem 213. de verb. signific.* ideóque potest debitor interim soluere, inuito etiam creditore, & soluendo liberari, quia totum medium tempus liberum ei ad soluendum esse intelligitur *l. quod certa die 70. infr. de solut.* quod secus est in debito condicionali, quippe cuius dies neque cessit neque venit antequàm existat condicio *d. l. cedere diem l. stipulatio ista 38. §. inter incerta infr. de verb. obligat.* Debuit ergo Vlp. distinguere hîc debitum in diem à debito sub cōdicione, non eandem vtriusque rationem facere. Dec. Est quidem differentia inter debitum in diem & condicionale quantum ad natiuitatem obligationis, vt modò diximus, sed non quantum ad petitionem debiti benè & cum effectu instituendam. Non enim magis exigi potest quod debetur in diem certam quæ nondum venerit, quàm quod sub condicione *d. l. cedere diem l. qui hoc anno 42. l. liber homo 118. §. 1. de verb. obligat.* quamuis quod in diem debetur possit interim solui, vt diximus. non etiam quod sub condicione, cùm non possit contingere liberatio nisi solutione eius quod debetur, priúsque sit natura & tempore, vt quid debitum sit quàm vt solui possit. Quæ ratio & sententia *est d. §. inter incertam* vbi cùm agitur de incerta die, hoc ipso agitur de condicione, siquidem dies incertus facit condicionem non tantùm in testamentis *l. dies incertus 75. de condic. & demonstr.* sed etiam in contractibus *l. sub condicione 16. § 1. cum duab. seqq. infr. de condict. indeb.* sed & differentia in eo est inter debitum in diem certam & condicionale, quòd creditor in diem certam potest statim agere ipso iure, quamuis malè agat & non rectè, adeò vt olim causa caderet tanquam plus petens tempore *§. plus autem Instit. de action.* creditor autem condicionalis licet sit interim creditor ita vt possit transmittere ius ad here *de l. is cui 42. de oblig. & act. §. ex condicionali Inst. de verb. obl.* agere tamen nullo modo interim potest, cùm actio omnis personalis præsupponat obligationem. *§. 1. Instit. de action. l. licet 42. §. ea obligatio supra de procurat.* Itaque si agat, non tam malè agere dicendus est quàm nihil agere *vt in l. vnic. in fin. supr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* Proinde nec causa cadebat olim quasi plus petens, nec actionem nondum competentem, sed ex condicionis duntaxat euentu competituram, consumebat. Præsentem igitur obligationem esse oportet, id est, neque die neque condicione suspensam, vt certi condictio locum habere cum effectu possit. Idémque in qualibet alia actione iuris est, quamuis aliàs præsens obligatio dicatur etiam cuius exactio per diei adiectionem differtur *leg. centesimis 46. de verbor. obligat.* Non enim pendet dies qui non potest non venire licet nondum venerit: Condicionis est pendêre & suspendere *leg. pecuniam 16. in fin. infr. hoc tit.* Quod autem pendet, non pro eo habendum est acsi iam sit *l. is damnum dat 169. §. 1. de regul. iur.*

1 ¶ Competit hæc actio etiam ex legati causa: & ex lege Aquilia [a], sed & ex causa furtiua [b] per hanc actionem condicitur. sed & si ex senatusconsulto [c] agetur, competit hæc actio: veluti si is, cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet.

Ad §. 1. Competit.

Rat. dvb. Legati dominium transit rectà via à testatore in legatarium quasi numquam factum heredis *l. legatum ita 80. de legat. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* Nempe cùm legatum erat olim per vindicationem, non etiam si per damnationem, vt & Vlp. & Caius in Instit. scribūt. hodie verò post sublatas legatorum formulas antiquas & differentias quocunque modo legatum sit, cùm pro legatis omnibus dederit Iustinianus vindicationem, quæ non alij quàm domino datur *l. 1. & 2. C. commun. de legat. iunct. l. in rem 3. supr. de rei vindic.* sicut & in cæteris omnibus dedit Iustinianus omni generi legatorum eam naturā, quæ olim erat optima, nisi quòd legatum voluit semper accipi per manus heredis, vt constat ex legati diffinitione posita *in §. 1. Instit. de legat.* alioqui locum esse interdicto, *Quod legatorum l. 1. §. quærò ex causa infr. quod legator.* Atqui nemo potest rem suam condicere nisi à fure *leg. vlt. in fin. supr. V su quem. caueat. §. sic itaque Instit. de action.* Ergo non potest ex causa legati condictio certi competere non magis quàm cum vindicatione concurrere. Dec. Necessariò hic locus intelligendus est secundum iuris veteris rationem de legato speciei per damnationem relicto. Aut vt interpretatur Accursius, de rei alienæ legato. Non enim res legata eo minus dari potest, eiúsque dominium in legatarium transferri, quòd sit aliena, cùm ad hoc sit obligatus heres vt eam redimat à domino si modò velit ille iusto precio eam vendere *leg. non dubium 4. §. vlt. de legat. 3. l. seruum filij 44. §. vlt. de legat. leg alienus 61. in fin. ad leg. Falc.* Aut denique de legato quantitatis, vt addit idem Accursius, quia cùm in genere consistat, non potest vllum dominium in legatarium transferri ante solutionem, quam semper in specie fieri necesse est, quo demum tempore dominium transfertur *l. si quis seruum 8. §. vlt. & l. seq. de legat. 2.* Cui consequens est, vt cùm hodie pro quocumque legati genere competat legatario vindicatio speciei legatæ, si modò testator rem suam legauerit, non possit iam competere certi condictio pro specie legata quæ fuerit testatoris, non magis si per damnationem aut per sinendi modum legata sint quàm si per vindicationem, ne alioqui concurrat condictio cum vindicatione aduersus iuris regulam. Erit ergo huius §. sententia hodie restringenda ad legatū rei alienæ, vel quantitatis certæ, quamuis in genere relictæ, cùm perinde sit certa quantitas, quæ per modum generis relicta est quàm quæ per modum speciei. Non enim vt certi condictio locum habere possit, necesse est rem quæ petitur, fuisse aliquando meam, sed sufficit vt mea non sit, fieri verò mea possit & debeat *l. videamus 38. §. si actionem infr. de vsur. iunct. l. si quis certum 24. infr. hoc tit.* Vlpiani temporibus nō erat bona hæc restrictio, cùm pro legato speciei etiā quæ fuisset testatoris, competere posset certi condictio si modò ea species per damnationem legata fuisset. In eóque noster errauit Accursius ignoratione iuris veteris circa differētias legatorum quas Caij & Vlpiani Institutionibus debemus. Illud sanè ex hoc §. bene infert idem Accursius, posse condictionem certi competere ex quasi contractu: cùm non nisi ex quasi contractu heres obligetur legatariis, quòd adeundo hereditatem quasi cum is

contrahat l. *si quis 5. §. heres quoque infr. de oblig. & act.* iunct. *l. 3. § vlt. & l. seq. quib. ex caus. in poss. eat.*

a *Et ex lege Aquilia.* Rat. dub. Ex lege Aquilia detur actio in occisorē quanti plurimi res fuit eo anno retrorsum computato *l. ait lex 21. supr. ad l. Aquil.* propter quam causam dicitur actio illa pœnalis §. *his autem verbis Instit. ead. tit.* vbi ex hoc infertur non dari eam contra heredem. Atqui condictio certi nullo modo pœnalis est sed merè rei persecutoria, vt sunt cæteræ cōdictiones omnes quæ ideo dantur semper in heredem in solidum, adeò vt nec furtiua condictio excipiatur ab hac regula quamuis detur ex delicto id est ex furto *l. in condictione 9. infr. de condict. furt.* Ergo ex causa legis Aquiliæ competere certi cōdictio non potest. Dec. Condictio certi competit ex quacunque causa nec minùs ex maleficio vel quasi quàm ex contractu vel quasi, dummodò certum sit id quod petitur, vt initio huius legis scriptum est. Atqui etiam ex lege Aquilia certum petitur, siue occisus homo petatur à debitore ipso qui occiderit (perinde enim peti potest, & debet ac si adhuc viueret *l. si seruum 91. in princip. & §. vlt. infr. de verb. oblig.*) siue ad veram æstimationem agatur, quæ fuit mortis tempore, sumpto mortis nomine ἐν πλάτει vt loquitur *Vlp. in l. 3. infr. de condict. triticar.* Semper enim certum precium est, quod est verum, quódque ad certum tempus refertur *l. in lege Falcidia 62. in fi. infr. ad leg. Falcid.* Ergo etiam ex causa legis Aquiliæ certi condictio potest competere: sed longè aliter quàm actio ipsa legis Aquiliæ. Illa enim pœnalis est, quia persequitur quanti plurimi res fuit eo anno retrorsum computato, & præterea crescit per inficiationem *leg. 4. Cod. de leg. Aquil.* Hæc autem certi condictio nunquam pœnalis est nec per inficiationem crescit, vt iam suprà diximus *ex l. item veniunt 20. §. cùm prædiximus supr. de hered. petit.* scripsi latiùs *in Error. 3. Decad. 84. de error. pragmat.* Accursius non satis clarè hoc explicat. Illud certè malè addit, condictionem hanc esse temporalem cùm redditur loco ædilitiarum, idque nos iam suprà refutauimus.

b *Sed & ex causa furtiua.* Rat. dub. Condictio furtiua nunquam concurrit cum alia vlla condictione. Habet enim propriam & separatam naturam à cæteris omnibus. In eo præsertim quod datur soli domino aduersus non dominum. Cæteræ autem omnes non domino aduersus dominum *l. 1. infr. de condict. furt. d. l. vltim. supr. vsufr. quemadm. caueat.* Ergo non potest certi condictio ex causa furtiua competere. Dec. Condictionem certi ex causa furtiua cùm dicimus, non duplicem condictionem intelligimus, vnam quæ sit condictio certi, alteram quæ sit condictio furtiua: Sed vnicam duntaxat quæ & certi est si per eam certum petatur, & furtiua cùm ex causa furtiua detur. Quemadmodum & condictio triticaria esset etiam condictio furtiua, si quis rem furtiuam ipsam cōdiceret non ipsius æstimationem *l. 1. §. vltim. & l. seq. infr. de condict. tritic.* Ex quo intelligimus tanto magis verum esse quod in præcedentibus docuimus condictionem certi generalem nullam esse quæ re vera sit distincta à specialibus, sed quæ tamen non aliter in iudicium deduci potest quàm si singulis & specialibus suis causis applicetur, à quibus propriam ac specialem naturam accipiat, propter quam incipiat dici condictio certi furtiua, vel ex mutuo, vel ex stipulatione, vel ex legato, vel ex lege Aquilia, vel ex alia denique qualibet causa. Idque probatur etiam optimè ex §. *quoniam autem infr. hac lege.*

c *Sed etsi ex senatusconsulto.* Rat. dub. Restituta hereditate fideicommissaria *ex S.C. Trebelliano*, nihilominùs heres manet is qui restituit §. *restituta Instit. de fideic. hered.* Quisquis enim semel heres fuit semper heres perseuerat *leg. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus supr. de minor. l. ei qui soluendo 68. infr. de hered. inst.* Heres autem quatenus heres est, succedit in iura defuncti omnia, & in eum transeunt omnes hereditariæ actiones tam actiuæ quàm passiuæ *leg. vlt. & tot tit. C. de heredit. act.* Ergo certi condictio quæ defuncto competiit, & post eum heredi non alij quàm heredi ipsi competere potest etiam post factam hereditatis restitutionem. Dec. Post restitutam hereditatem *ex S.C. Trebelliano*, actiones omnes quæ defuncto & in defunctum competebant, & quæ ex lege 12. tabul. trāslatæ fuerant à defuncto in heredem, transeunt potestate Senatusconsulti ab herede in fideicommissarium, siue ciuiles illæ fuerint siue prætoriæ siue ædilitiæ, non quidem directæ, quippe quæ ab heredis persona separari non possunt, sed vtiles *l. 1. & 2. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano infr. ad S.C. Trebell.* Quæ res facit vt si heres post restitutionem hereditatis directis actionibus experiri velet, repellendus sit exceptione restitutæ hereditatis *d. § qui ex Trebelliano.* Neque enim eundem debitorem eadem actione duobus cum effectu teneri æquum esset, vni directa, alij verò vtili *leg. si pecum 77. de legat. 1.* Citra restitutionem nullæ actione hereditariæ competunt fideicommissario, nisi, inquit Accurs. in tribus illis casibus, de quibus *in l. penult. C. ad S.C. Trebell.*

2 ¶ Siue autem suo nomine quis obligatus sit, siue alieno: per hanc actionem rectè conuenitur.

Ad §. 2. Siue autem.

Rat. dub. Quisquis agit cōdictione certi, aut etiam alia condictione qualibet, intendit aduersarium ipsum dare sibi oportere §. *appellamus Instit. de action.* Ergo non alius hac condictione potest conueniri quàm qui ipse dare debet id est dominium transferre §. *sic itaque ead. l. vbi autem 75. §. vlt. de verbor. oblig.* Non potest enim fieri vt duo eandem rem dare eiúsque dominium transferre possint aut debeant, vnus suo nomine, alius alieno, non magis quàm vt duo sint eiusdem rei domini in solidum *l. 5. §. si duobus vehiculum infr. Commod.* Dec. Tam potest dare, ac dominium trāsferre is qui alieno nomine obligatus est ad dandum, quàm qui suo, cùm si non sit dominus, possit tamen domium sibi à domino acquirere, vt *in l. non dubium 16. §. vlt. de legat. 3.* aut aliter facere, vt dominium quoquomodò efficiatur stipulatoris *d. l. vbi autem §. vlt.* Nihil ergo interest an suo nomine quis dare debeat an alieno puta fideiussorio vt *in l. 4. inf. de solut.* Sic eim malo hūc locum intelligere quàm cum Accurs. de eo, qui ex contractu defuncti conueniatur. Hic enim proprio nomine debet, quod defūctus debit non

alieno

cet nondum venerit *l. cedere diem 213. de verb. signific.* ideóque potest debitor interim soluere, inuito etiam creditore & soluendo liberari, quia totum medium tempus liberum ei ad soluendum esse intelligitur *l. quod certa die 70. infr. de solut.* quod secus est in debito condicionali, quippe cuius dies neque cessit neque venit antequàm existat condicio *d. l. cedere diem l. stipulatio ista 38. §. inter incerta infr. de verb. obligat.* Debuit ergo Vlpianus distinguere hîc debitum in diem à debito sub condicione non eandem vtriusque rationem facere. DEC. Est quidem differentia inter debitum in diem & condicionale quantum ad natiuitatem obligationis, vt modò diximus, sed non quantum ad petitionem debiti benè & cum effectu instituendam. Non enim magis exigi potest quod debetur in diem certam quæ nondum venerit, quàm quod sub condicione *d. l. cedere diem l. qui hoc anno 42. l. liber homo 118. §. 1. de verb. obligat.* quamuis quod in diem debetur possit interim solui vt diximus, non etiam quod sub condicione, cùm non possit contingere liberatio nisi solutione eius quod debetur priusquã sit natura & tempore vt quid debitum sit quàm vt solui possit: Quæ ratio & sentẽtia *est d. §. inter* incertam vbi cum agitur de incerta die hoc ipso agitur de conditione, siquidem dies incertus facit condicionem non tantum in testamentis *l. dies incertus 75 de condic. & demonstr.* sed etiam in contractibus *l. sub condicione 16. §. 1. cum duab. seqq. infr. de condict. indeb.* sed & differentia in eo est inter debitum in diem certam & condicionale quod creditor in diem certam potest statim agere ipso iure quamuis male agat & non rectè adeo vt olim causa caderet tanquam plus petens tempore *§. plus autem Instit. de action.* Creditor autem conditionalis licet sit interim creditor ita vt possit transmittere ius *ad heredem l. is cui 42. de oblig. & act. § ex condicionali Inst. de verb. obl.* agere tamen nullo modo interim potest, cum actio omnis personalis præsupponat obligationem *§. 1. Instit. de action. l. licet 42. §. ea obligatio supra de procurat.* Itaque si agat non tam malè agere dicendus est quam nihil agere *vt in l. vnic. in fin. supr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* Proinde nec causa cadebat olim quasi plus petens nec actionem nondum competentem sed ex condicionis duntaxat euentu competituram, consumebat. Præsentem igitur obligationem esse oportet id est, neque die neque condicione suspensam vt certi condictio locum habere cum effectu possit. Idémque in qualibet alia actione iuris est. Quamuis aliàs præsens obligatio dicatur etiam cuius exactio per diei adiectioné differtur *l. centesimis 46. de verb. oblig.* Non enim pendet dies qui non potest non venire licet nondum venerit: Condicionis est pendêre & suspendere *l. pecuniam 36. in fin. infr. hoc tit.* Quod autem pendet non pro eo habendum est ac si iam sit *l. is damnum dat 169. §. 1. de regul. iur.*

1 ¶ Competit hæc actio etiam ex legati causa: & ex lege Aquilia [a], sed & ex causa furtiua [b] per hanc actionem condicitur. sed & si ex senatusconsulto [c] agetur, competit hæc actio: veluti si is, cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet.

Ad §. 1. Competit.

Rat. dub. Legati dominium transit rectà via à testatore in legatarium quasi numquam factum heredis *l. legatum ita 80. de legat. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* Nempe cum legatum erat olim per vindicationem non etiam si per damnationé & vt Vlpianus & Caius in *Instit. scribunt.* Hodie verò post sublatas legatorum formulas antiquas & differentias quocunque modo legatum sit. Cum pro legatis omnibus dederit Iustinianus vindicationem quæ non alij quàm domino datur *l. 1. & 2. C. commun. de legat. iunct. l. in rem 23. supr. de rei vindic.* sicut & in cæteris omnibus dedit Iustinianus omni generi legatorum eam naturam, quæ olim erat optima, nisi quod legatum noluit semper accipi per manus heredis vt constat ex legati diffinitione posita *in §. 1. Instit. de legat.* alioqui locum esse interdicto, *Quod legatorum l. §. 1. quì verò ex causa infr. quod legator.* Atqui nemo potest rem suam condicere nisi à fure *l. vlt. in fin. supr. Vsufr. quem. caueat. §. sic itaque Instit. de action.* Ergo non potest ex causa legati condictio certi competere, non magis quàm cum vindicatione concurrere. DEC. Necessariò hic locus intelligendus est secundum iuris veteris rationem de legato speciei per damnationem relicto. Aut vt interpretatur Accursius de rei alienæ legato. Nõ enim res legata eo minus dari potest eiusque dominium in legatarium transferri, quod sit aliena, cùm ad hoc sit obligatus heres vt eam redimat à domino si modo velit ille iusto precio eam vendere *l. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3. l. seruum filij 44. §. vlt. de legat. 1. alienus 61. in fin. ad l. ad l. Falc.* Aut denique de legato quantitatis vt addit idem Accursius, quia cùm in genere consistat non potest vllum dominium in legatarium transferri ante solutionem quam semper in specie fieri necesse est, quo demũ tempore dominium transfertur *l. si quis seruum 8 § vlt. & l. seq. de legat. 2.* Cui consequens est vt cùm hodie pro quocumque legati genere competat legatario vindicatio speciei legatæ si modo testator rem suam legauerit non possit iam competere certi condictio pro specie legata quæ fuerit testatoris, non magis si per donationem aut per sinendi modum legata sint quàm si per vindicationem, ne alioqui concurrat condictio cum vindicatione aduersus iuris regulam. Erit ergo huius §. sententia hodie restringenda ad legatum rei alienę, vel quantitatis certę, quamuis in genere relictæ cùm perinde sit certa quantitas, quæ per modum generis relicta est quàm quæ per modum speciei. Non enim vt certi condictio locum habere possit necesse est rem quæ petitur fuisse aliquando mea, sed sufficit vt mea non sit, fieri verò mea possit & debeat *l. videamus 38. §. si actionem infr. de vsur. iunct. l. si quis certum 24. infr. hoc tit.* Vlpiani temporibus non erat bona hæc restrictio, cùm pro legato speciei etiam quę fuisset testatoris competere posset certi condictio si modo ea species per damnationem legata fuisset. In eóque noster errauit Accursius ignoratione iuris veteris circa differentias legatorum quas Caij & Vlpiani Institutionibus debemus. Illud sanè ex hoc §. bene infert idem Accursius, posse condictionem certi competere ex quasi contractu: cùm non nisi ex quasi contractu heres obligetur legatariis quòd adeundo hereditatem quasi cum iis cõtrahat *l. si quis 5. §. heres quoque infr. de oblig.*

& act. iunct. l. 3. § vlt. & l. seq quib. ex cauſ. in poſſ. eat.

a *Et ex lege Aquilia.* RAT. DVB. Ex lege Aquilia datur actio in occiſor quanti plurimi res fuit eo anno retrorſum computato *l. ait lex 21. ſupr. ad leg. Aquil.* propter quam cauſam dicitur actio illa pœnalis § *his autem verbis Inſtit. eod. tit.* vbi ex hoc infertur non dari eam contra heredem: Atqui condictio certi nullo modo pœnalis eſt ſed mere rei perſecutoria vt ſunt cæteræ condictiones omnes quæ ideo dantur ſemper in heredem in ſolidum, adeò vt res furtiua condictio excipiatur ab hac regula quamuis detur ex delicto id eſt ex furto *l. in condictione 9. infr. de condict. furt.* Ergo ex cauſa legis Aquiliæ competere certi condictio non poteſt. DEC. Condictio certi competit ex quacunque cauſa nec minùs ex maleficio vel quaſi quàm ex contractu vel quaſi, dummodò certum ſit id quod petitur vt initio huius legis ſcriptum eſt. Atqui etiam ex lege Aquilia certum petitur ſiue occiſus homo petatur à debitore ipſo qui occiderit (perinde enim peti poteſt, & debet ac ſi adhuc viueret *l. ſi ſeruum 91. in princip. & § vlt. infr. de verb. oblig.*) ſiue ad veram æſtimationem agatur quæ fuit mortis tempore, ſumpto mortis nomine ἐν πλάτει vt loquitur *Vlp. in l. 3. infr. de condict. triticar.* Semper enim certum precium eſt, quod eſt verum, quódque ad certum tempus refertur *l. in lege Falcidia 62. in fi. infr. ad leg. Falcid.* Ergo etiam ex cauſa legis Aquiliæ certi condictio poteſt competere: ſed longè aliter quàm actio ipſa legis Aquiliæ certi condictio poteſt competere: ſed longè aliter quàm actio ipſa legis Aquiliæ. Illa enim pœnalis eſt quia perſequitur quanti plurimi res fuit eo anno retrorſum computato, & prætetea creſcit per inficiationem *l. 4. Cod. de leg. Aquil.* Hæc autem certè condictio nunquam pœnalis eſt nec per inficiationem creſcit, vt iam ſuprà diximus *ex l. item veniunt 20 § cùm prædiximus ſupr. de hered. petit. ſcripſi latiùs in Error. 3 Decad. 84. de error. pragmat.* Accurſius non ſatis clarè hoc explicat. Illud certè malè addit, condictionem hanc eſſe temporalem cùm redditur loco ædilitiarum, idque nos iam ſuprà refutauimus.

b *Sed & ex cauſa furtiua.* RAT. DVB. Condictio furtiua nunquam concurrit cum alia vlla condictione. Habet enim propriam & ſeparatam naturam à cæteris omnibus. In eo præſertim quod datur ſoli domino aduerſus non dominum. Cæteræ autem omnes non domino aduerſus dominum *l. 1. infr. de condict. furt. d. l. vltim. ſupr. vſufr. quemadm. caueat.* Ergo non poteſt certi condictio ex cauſa furtiua competere. DEC. Condictionem certi ex cauſa furtiua cùm dicimus non duplicem condictionem intelligimus, vnam quæ ſit condictio certi, alteram quæ ſit condictio furtiua. Sed vnicam duntaxat quæ & certi eſt ſi per eam certum petatur, & furtiua cùm ex cauſa furtiua detur: Quemadmodum & condictio triticaria eſſet etiam condictio furtiua, ſi quis rem furtiuã ipſam condiceret non ipſius æſtimationem *l. 1. § vltim. & l. ſeq. infr. de condict. tritic.* Ex quo intelligimus tanto magis verum eſſe quod in præcedentibus docuimus condictionem certi generalem nullam eſſe quæ re vera ſit diſtincta à ſpecialibus, ſed qua tamen non aliter in iudicium deduci poteſt quàm ſi ſingulis & ſpecialibus ſuis cauſis applicetur, à quibus propriam ac ſpecialem naturam accipiat, propter quam incipiat dici condictio certi furtiua, vel ex mutuo, vel ex ſtipulatione, vel ex legato, vel ex lege Aquilia, vel ex alia deniquequalibet cauſa. Idque probatur etiam optimè ex § quoniam autem *infr. hac lege.*

c *Sed et ſi ex ſenatuſconſulto.* RAT. DVB. Reſtituta hereditate fideicommiſſaria *ex S.C. Trebelliano*, nihilominùs heres manet is qui reſtituit *§ reſtituta Inſtit. de fideic. hered.* Quiſquis enim ſemel heres fuit ſemper heres perſeuerat *l. ait Prætor 7. § ſed quod Papinianus ſupr. De minor l. ei qui ſoluendo 68. infr. De hered. inſt.* Heres autem quatenus heres eſt, ſuccedit in iura defuncti omnia, & in eum tranſeunt omnes hereditariæ actiones tam actiuæ quàm paſſiuæ *l. vlt. & tot. tit. C. de heredit. act.* Ergo certi condictio quæ defuncto competiit ei poſt eum heredi non alij quàm heredi ipſi competere poteſt etiam poſt factam hereditatis reſtitutionem. DEC. Poſt reſtitutam hereditatem *ex S.C Trebelliano*, actiones omnes quæ defuncto & in defunctum competebant, & quæ *ex lege 12. tabul.* tranſlatæ fuerant à defuncto in heredem, tranſeunt poteſtate Senatuſconſulti ab herede in fideicommiſſarium, ſiue ciuiles illæ fuerint ſiue prætoriæ ſiue ædilitiæ, non quidem directæ, quippe quæ ab heredis perſona ſeparari non poſſunt, ſed vtiles *l. 1. & 2. l. ita tamen 27. §* qui ex Trebelliano *infr. ad S.C. Trebell.* Quæ res facit vt ſi heres poſt reſtitutionem hereditatis directis actionibus experiri velet, repellendus ſit exceptione reſtitutæ hereditatis *d. §* qui ex Trebelliano. Neque enim eundem debitorem eadem actione duobus cum effectu teneri æquum eſſet vni directa, alij verò vtili *l. ſi pecunia 77. de legat. 1.* Citra reſtitutionem nullæ actiones hereditariæ competunt fideicommiſſario. Niſi, inquit Accurſ. in tribus illis caſibus, de quibus *in l. penult. C. ad S.C. Trebell.*

2 ¶ Siue autem ſuo nomine quis obligatus ſit, ſiue alieno: per hanc actionem rectè conuenitur.

Ad § 2. Siue autem.

RAT. DVB. Quiſquis agit condictione certi, aut etiam alia condictione qualibet, intendit aduerſarium ipſum dare ſibi oportere § *appellamus Inſtit. de action.* Ergo non alius hac condictione poteſt conueniri quàm qui ipſe dare debet id eſt dominium transferre § *ſic itaque ead l. vbi autem 75. § vlt. De verbor oblig* Non poteſt enim fieri vt duo eandem rem dare eúſque dominium transferre poſſint aut debeant, vnus ſuo nomine, alius alieno, Non magis quàm vt duo ſint eiuſdem rei domini in ſolidum *l. 5 § ſi duobus vehiculum infr. Commod.* DEC. Tam poteſt dare, ac dominium transferre is qui alieno nomine obligatus eſt ad dandum, quàm qui ſuo, cùm ſi non ſit dominus, poſſit tamen dominium ſibi à domino acquirere, vt *in l non dubium 14. § vlt. De legat. 3*, aut aliter facere, vt dominium quoquomodo efficiatur ſtipulatoris *d. l vbi autem § vlt.* Nihil ergo intereſt an ſuo nomine quis dare debeat, an alieno puta fideiuſſorio vt *in l. 4. infr. de ſolut.* Sic enim malo hunc locum intelligere quàm cum Accurſio de eo, qui ex contractu defuncti conueniatur. Hic enim proprio nomine debet, quod defunctus debuit non

alieno

alieno licèt debitum non ab ipsius, sed à defuncti persona cœperit. Interdum tamen etiam alieno nomine conueniri dicitur, qui tanquam heres ex defuncti facto conuenitur. Vt in exemplo quod adfert Accursius ex *l. furti 6. §. si quis alieno supr. de his qui notant infam.*

3 ¶ Quoniam igitur ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, siue re fuerit contractus factus, siue verbis, siue coniunctim referendæ sunt nobis quædam species, quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad petitionem eorum sufficiat [a].

Ad §. 3. Quoniam igitur.

Incipit Vlpianus species quasdam tractare & persequi De condictione certi, An in iis speciebus competat. Quæ quæstiones ex eo nascuntur quod initio huius legis dictum est Certi condictionem competere ex omni causa & obligatione & ex omni contractu, siue certo siue incerto: Addit nunc *siue re fuerit contractus factus siue verbis, siue coniunctim*, id est, re pariter & verbis vt Modestinus loquitur *in l. obligamur 52. infr. de verb. obligat.* vbi hoc ipsum sic explicat *cùm res interrogationi intercedit* ita tamen vt non duo contractus sint, sed vnus. Nihil enim vetat cõtractum vnum & re & verbis fieri, licèt contrà sentire Accursius videatur, quamuis alterutrum sufficiat ad contrahendam obligationem *d. l. obligamur & l. 4. in princip. infr. Pro socio.* vbi non coniunctim, sed diuisim accipienda sunt verba illa *societatem coire & re & verbis* non autem de societate verbis contracta, re interueniente quomodo interpretatur Accursius.

a *An hæc actio ad petitionem eorum sufficiat.* Probant manifestè hæc verba id quod inculcauimus toties in præcedentibus condictionem certi generalem nunquam posse exerceri, quin specialis aliqua causa inducatur & exprimatur, quod in omnibus personalibus actionibus iuris est *l. & an eadem 11. §. actiones infr. de except. rei iudic.* Nec quòd specialis causa exprimatur facere nouam speciem actionis quæ dici debeat condictio specialis à generali distincta. Nec enim de alia quàm generali de qua hucusque actum est possunt hæc verba accipi, *an hæc actio.* Et tamen in speciebus quæ mox proponentur ait Vlpianus eam sufficere ad petitionem. Non ergo admittit duas certi condictiones quarum vna sit generalis, & altera specialis sed vnica tantùm quæ ad emergentes species accommodata in singulis locum habeat, & ad petitionem sufficiat.

4 ¶ Numeraui tibi decem, & hæc alij stipulatus sum. nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus interuenientibus: vno, qui re factus est, id est numeratione, alio, qui verbis, id est inutiliter, quoniam alij stipulari non potui: & puto posse.

Ad §. 4. Numeraui.

RAT. DVB. Cùm quis mutuam dat pecuniam & stipulatur, siue ante siue post numerationem stipuletur non est existimandum nasci aliquam ex numeratione actionem, quæ deinde per stipulationem nouetur, quia id agitur inter contrahentes, vt sola stipulatio teneat. Et magis implendæ stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri ne videatur interposita stipulatio sine causa vt *in l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* quàm vt ex numeratione nascatur condictio *l. cùm enim 7. iunct. §. vlt. legis praeced. infr. De nouat.* Ergo etiamsi stipulatio inutiliter interposita sit puta quod is qui mutuam pecuniam dedit stipulatus sit eam alij reddi cùm nihil ipsius stipulantis interesset, idque contra iuris regulam de qua *in l. stipulatio ista 38 §. alteri infr. De verb. oblig.* dicendum tamen est non eo magis ex numeratione nasci posse & competere condictionem certi ne actus operetur vltra intentionem agentis. Nec enim omnis numeratio parit hanc condictionem, sed ea tantum quæ fit eo animo vt accipiens obligetur *l. non omnis 19. infr. hoc tit.* Quemadmodum nec omnis traditio transfert dominium sed ea tantùm quæ fit animo transferendi dominij *l. vlt. supr. Vsufr. quem caueat.* DEC. Vnus quidem contractus esse intelligitur, isque non mutui, sed stipulationis si modò stipulatio interponatur incontinenti ante vel post numerationem: Sed hoc ita demùm si stipulatio valeat & teneat. Non enim stipulationis nomen meretur ea stipulatio quæ non valet quia nulla est vt *in hoc §.* Vlpianus scribit. Nec iuris interpretatio illa sumi potest, vt implendæ tantùm stipulationis gratia intelligatur facta numeratio, cùm non ideo magis valeat stipulatio quàm si impleta non esset. Et verò quomodo impleri obsecro potest stipulatio quæ nulla est? Siquidem verissimum & perpetuum est quod vulgo iactatur non entis nullas esse qualitates *l. si partem 19. in princip. supr. quem. seruit. amitt. l. penul. vers. quare si nulla infr. hoc tit.* Consequens igitur est vt numeratio quæ prodesse non potest ad implendam stipulationem prosit ad certi condictionem quasi ex mutuo inducendam: Vt duo contractus esse videantur. Vnus mutui, isque vtilis, alius verò stipulationis sed inutilis quorum alterum qui vtilis est vitiari per inutilem non oportet *l. placuit 29. infr. De vsur. l. 1. §. pen. infr. De verb. obligat.* Alioqui lucraretur debitor ex aliena iactura, & impunè pecuniam sibi creditam retineret si creditor non magis posset eam reposcere per condictionem certi quàm per inualidam stipulationem. Quod non tantum à naturali æquitate abhorreret, sed etiam à mente & voluntate contrahentium quæ illa proculdubio fit vt mutuam accipiens pecuniam obligaretur omnimodo ad eam reddendam siue ex mutuo siue ex stipulatione. Et ex stipulatione quidem maximè si fieri posset id est si valeret stipulatio si minùs, ex mutuo: Ex stipulatione ciuiliter *§. de constituta Instit. de action.* Ex mutuo verò, quod per numerationem contrahitur,

naturaliter. Est enim numeratio naturalis modus contrahendi mutui, quod eam ob causam naturale appellatur à nostris interpretibus, ad differentiam mutui ciuilis quod per solam confessionem contrahitur si modo præterierit tempus intra quod potuit excipi de non numerata pecunia, De quo diximus *ad l. 2. §. appellata & §. vlt. supr.* Quomodo etiam solemus dicere solutionem esse modum naturalem tollendæ obligationis, ad differentiam acceptilationis quæ non nisi ciuilis & imaginaria solutio est *l. prout* 80. *Instit. De solut. §. 1. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* Eóque respicere videtur Paulus *in l. si ita stipulatus* 126. §. *Chrysogonus infr. De verbor oblig.* vbi eandem quæstionem tractans quam hîc Vlpianus, an ex numeratione is qui contraxit pecuniam creditam petere possit, Ait, quoties mutuam pecuniam dantes eandem stipulamur, non equidem duas obligationes nasci, sed vnam tantùm verborum. Si tamen præcedat numeratio & sequatur stipulatio non esse dicendum recessum esse à naturali obligatione. Naturalem enim obligationem intelligit non eam quæ ita dicatur ad differentiam obligationis ciuilis, & quæ retentionem & exceptionem tantùm pariat non etiam actionem *l. naturales* 10. *infr. de obligat & action.* nec rursus eam quæ sit naturalis simul & ciuilis (nam & eiusmodi est ea quæ nascitur ex stipulatione cùm stipulatio omnis habeat in se pactum ex quo licèt nudo nasceretur naturalis obligatio *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *naturalis de solut.*) sed quæ ex naturali actu, id est ex numeratione nascitur, ad differentiam obligationis quam parit stipulatio: Nascitur enim illa ex actu ciuili. Sensus ergo est, Cùm numeratur pecunia credita, nasci ex ea numeratione condictionem, quæ per stipulationem postea interpositam inutiliter, non potest tolli, quia nec nouaretur si nouationi aliquis in hac specie locus esse posset, quandoquidem non potest nouare stipulatio, quæ non tenet saltem naturaliter *l. 1. infr. de nouat.* Cùm autem alteri quis stipulatur, adeò inutilis est stipulatio, vt neque naturalem pariat obligationem, *d. l. stipulatio ista* 38. §. *alteri & d. §. Chrysogonus.* Non solùm quòd inutilis stipulatio non valeat in vim pacti *l. an inutilis* 8 *de acceptil.* Sed etiam quia nec alteri pacisci quisquam potest non magis quàm stipulari *l. si tibi* 17. §. *si pactus l. si vnus* 27. §. *ante omnia supr. de pact.* Adeò autem verum est non tolli condictionem quæ ex numeratione quæsita fuit, per stipulationem in fauorem alterius inutiliter interpositam vt etiamsi vtiliter interposita sit, præualere tamen stipulatio debeat numerationi. Vt puta si seruus communis meus & tuus ex peculio quod ad te solum pertinebat mutuam pecuniam dederit. Obligationem enim tibi soli adquiret ex numeratione. Quod si eandem mihi soli nominatim stipulatus fuerit, valebit quidem stipulatio, quia non extraneo stipulatus est, sed domino in cuius erat potestate: sed tamen non ideò debitorem à te liberabit, sed vterque nostrum habebit actionem: ego ex stipulatu quia mihi soli nominatim stipulatus est, tu verò ex numeratione quòd pecunia tua non mea numerata sit, sed debitor tamen me doli mali exceptione summouere poterit. Quia cùm non sit æquum vt eiusdem pecuniæ nomine teneatur in solidum duobus qui non sunt correi credendi, æquius est præferri eum cuius fuit pecunia quàm cui seruus ex alterius pecunia nominatim stipulatus est, ne in serui potestate sit deteriorem facere condicionem domini & ei adimere actionem quam ex numeratione ipsi quæsiuerat. Quæ sententia & ratio est *l. 1. §. si seruus communis infr. De stipulat. seruor. iunct. l. melior centesimo trigesimo tertio. De regul. iur.* Non ergo in hac quæstione illa tantùm distinctio adhibenda est, An stipulatio valeat necne, sed illa etiam, vtrum illi ipsi, cuius pecunia est, quæri possit actio ex stipulatu, an alij: Vt si illi ipsi cuius fuit pecunia, nulla quæratur ex numeratione condictio, si modò incontinenti stipulatio interposita sit siue ante siue post numerationem. Si verò alij, quamuis vtiliter, nec iure reluctante, præualeat numeratio ad pariendam condictionem siue incontinenti, siue ex interuallo stipulatio interposita proponatur. Nam quod in specie *dict. §. Chrysogonus vers. planè* proponit Paulus præcessisse numerationem, & secutam esse stipulationem, non eò pertinet quasi aliud dicendum putauerit: si stipulatio præcederet & numeratio sequeretur: sed quoniam eo casu multo minùs dubitari posset, quin per stipulationem etiam vtilem recessum esset ab obligatione & condictione non nisi postea quæsita per naturalem actum numerationis. Prius enim quæsitam esse obligationem oportet quàm vt ab ea recedi possit. Ex numeratione autem facienda nulla quæritur obligatio sed ex ea tantùm quæ iam facta sit. Planè cùm valet stipulatio etsi nihil interest an præcedat an sequatur numerationem. Interest tamen si sequatur, an incontinenti sequatur, an ex interuallo. Non enim potest videri vnicus contractus obligationis verborum, si stipulatio sequatur ex interuallo, sed stipulationem eo casu vel inutiliter interponi necesse est, vel animo nouandæ condictionis: cui tamen distinctioni locus nullus est si præcedat stipulatio quamuis ex interuallo. Secuta enim quandocunque numeratio, semper fit vtiliter etiam citra nouationem, scilicet implendæ stipulationis gratia quæ alioqui maneret facta sine causa, nec proinde actionem parere posset nisi inutilem & inefficacem ac doli mali exceptione summouendam, vt in casu *l. contra 6. De senatusconsf. Maced.* vbi scriptum est quod ad rem maximè nostram pertinet, Si à patrefamilias stipulatus sis, credas autem filiofamilias facto, senatusconsulti Macedoniani potestatem exercendam, quia inquit Scæuola, expleta est numeratione substantia obligationis. Interest sanè cùm valet stipulatio an interposita sit in eius ipsius vtilitatem cuius fuit pecunia vt *in dict. l. cùm enim septima de nouat. an in alterius vt in dict. l. prima. §. si seruus communis. De stipulatione seruorum.* Priore casu distinguendum est an stipulatio secuta sit in continenti an ex interuallo vt *in dict. l. cùm enim.* Posteriore verò nihil interest. Omni enim casu stipulatione in alterius fauorem interposita, duo contractus sunt ambo quidem vtiles ad producendam actionem, sed quorum alter, obligationis scilicet verborum, neque nouare condictionem potest aut quasi nouare *vt in specie l. obligationem ferè quadragesima quarta §. vltimo infr. De verborum obligationib.* neque facere quin potior in agendo causa esse debeat illius cuius pecunia fuit, & exceptione repelli is debeat qui agit ex stipulatione siue præcedat stipulatio siue sequatur: Et siue ex continenti sequatur siue ex interuallo. Quod enim

non

non transfertur in causam nouationis iure pristino peti semper potest *lege quarta paragrapho vltimo infrà De vsuris.*

5 ¶ Idem erit, si à pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, cui tutore (auctore) credidi. nam & tunc manebit mihi condictio ex numeratione.

Ad §. 5. Idem erit si à pupillo.

RAT. DVB. Pupillus qui alij stipulanti promittit aliquid sine tutoris authoritate, licèt non obligetur ciuiliter, obligatur tamen naturaliter, ideóque fideiussorem suæ obligationis dare potest *l. si pupillus trigesim. quint. suprà De recept. Qui arbitr. recep. l. Marcellus vigesim. quint. infr. De fideiuss. l. Stichum aut Pamphilam nonagesima quint. §. naturalis infr. De solut.* Hoc verò sufficit, vt prioris obligationis etiam ciuilis qua pupillus tenebatur, fiat nouatio, & consequenter prior obligatio tollatur *lege prima in fine De nouat. §. prætereà Institut. quibus modis tollit. obligation.* vbi hoc amplius dicitur, idem probandum esse si posterior obligatio nulla sit: Quod tamen intelligendum est de obligatione quæ nulla quidem sit ciuiliter, sed nihilominus teneat naturaliter. Ne alioqui obstet *dict. l. prima in fine. De nouat.* quo loco eadem omnino species tractatur de pupillo qui sine tutoris authoritate promiserit aliquid per stipulationem. Nisi quod obseruandum est subesse mendum in illis verbis *veluti si id quod tu Titio debes.* Legendum enim est *id quod tibi Titius debeat* quemadmodum initio eius §. scriptum est *quod tibi Seius debebat.* Neque enim potes nouando tuam obligationem tollere, stipulando ab alio id quod tu ipse debeas. Ea namque ratione acquiris quidem tibi creditorem, sed non liberaris, qui tamen liberareris facta nouatione *dicto §.* præterea in illis verbis *Nam & prior debitor liberatur* in tertiam personam, non in primam conceptis. Porrò si tenet stipulatio naturaliter etiam cùm quis à pupillo sine authoritate tutoris stipulatus est, quod alius debet, multo magis tenere illa debet, quam quis interposuit stipulando sine tutoris authoritate à pupillo quod ipse pupillus tutore authore debeat, vt eo modo pupillus à ciuili obligatione liberetur, & naturaliter duntaxat obligatus esse incipiat. Est enim id longe vtilius pupillo, cùm ita futurum sit, vt ex posteriore obligatione conueniri non possit, quomodo poterat ex priore conueniri. Etsi video Accursium in ea esse opinione, vt putet pupillum etiam ciuiliter obligari, & ex promissione sua conueniri posse, quam sine tutoris authoritate fecerit si modo iustam causam habuerit promittendi, puta si fortè pecuniam debebat ei pro quo spoponderit: Exemplo eius, quod de domino scriptum est ex contractu serui obligato *in lege in personam trigesima §. qui pecuniam suprà De pact.* Quod tamen non probo, & ex hoc ipso §. quem interpretamur, manifestè refellitur. Quando enim iustiorem causam habere potest pupillus promittendi per stipulationem sine tutoris authoritate etiam animo nouandi, quàm cùm id promittit quod ille ipse debebat anteà ciuiliter eidem stipulatori? An fortè minùs fauorabilis est is qui à pupillo stipulatur idipsum quod ei pupillus debet ciuiliter & naturaliter, quàm qui stipulatur, quod alij debeat pupillus? Nec bona comparatio est domini qui conuenitur ex serui sui contractu, & pupilli qui ex propria sua promissione facta sine authoritate tutoris. Nam contra iuris ciuilis regulas facit, qui à pupillo sine tutoris authoritate stipulatur, alitérve cum eo paciscitur *lege contra vigesima octaua. suprà eodem titul. De pact.* Non etiam seruus qui pro domino à quo peculium habebat & ex causa peculiari aliquid promisit sine domini sui voluntate: Quæ species est *dict. §. qui pecuniam.* DEC. Non omnis stipulatio post aliam obligationem interposita facit nouationem, sed ea demum, quæ vel animo nouandi fit, quod Vlpianus hîc non ponit, nec ponendum est: Vel noua aliqua persona interueniente, vt *in dict. §. prætereà Institut. quibus modis tollit. obligat.* quod in hac specie non contingit. Mirum igitur non est durare condictionem, quæ ex numeratione pecuniæ pupillo ex authoritate tutoris creditæ nata fuerat: quia quod in causam nouationis non transfertur iure pristino peti potest vt *diximus ad §. præcedentem ex l. quarta in fin. infrà. De vsur.* Non nego fieri posse nouationem à pupillo etiam in hac specie sine tutoris authoritate, multo magis quàm si pupillus promitteret sine tutore id quod alius debet. Fit enim hoc casu pupillus locupletior cùm obligationem ciuilem perimit, ex qua poterat conueniri, eámque transfert in naturalem tantùm, quæ actionem parere nullam potest. Estque hic casus vnus extra quem vix alius reperiri possit, in quo pupillus promittendo fiat locupletior vt docui ad *dict. l. contrà vigesima octaua suprà De pact.* Sed dico non tractari casum hunc ab Vlpiano sed illum potiùs, in quo nec si inter alios ageretur, nouatio tamen vlla fieret, id est cùm incontinenti ante aut post creditam pecuniam stipulatio interponitur aliter quàm *in §. sequent.* quæ si teneret ciuiliter ad producendam actionem, non alium effectum haberet numeratio, quàm vt stipulationis implendæ gratia videretur facta esse, quasi ab initio non nisi vno contractu negotióque gesto, vt *in l. cùm enim septim. iunct. §. vltimo legè praceden. infrà De nouat. l. si ita stipulatus centesima vigesim. sext. §. Chrisogonus versicul. superest infrà. De verborum obligation.* At cùm stipulatio non valet ciuiliter, sicuti non potest dici vnicus esse contractus stipulationis, ne alioqui nullus omnino sit, & pecunia pupillo benè credita penes eum remaneat, nec eius nomine conueniri ipse vnquam possit, ita fatendum est non facere stipulationem quominùs ex numeratione

nascatur ciuilis obligatio, & ex ciuili obligatione condictio, perinde acsi nulla esset interposita stipulatio, quæ nec naturaliter hoc casu tenet: quia cùm pupillus accipiendo mutuam pecuniam tutore authore iam obligatus fuerit & naturaliter & ciuiliter non potuit subiecta stipulatio aliam obligationem naturalem priori naturali: quod nec nisi frustra fieret ac sine effectu. Frustra verò multiplicandæ non sunt obligationes eiusdem naturæ, & generis, quarum posterior nihil omnino addat priori. Nihil autem addere posset naturalis obligatio, si qua per stipulationem contraheretur, ei quam pupillus iam contraxisset, mutuam accipiendo sine tutoris authoritate pecuniam, quia licet nec mutuum accipiendo pupillus sine tutore obligetur iure naturali *lege penultima infrà De obligationib. & action.* non magis quàm qui stipulanti promisit, *lege quod pupillus quadragesima prima infrà De condict. indeb.* Obligatur tamen naturaliter, habétque ea obligatio effectus omnes, quos à iure ciuili habent obligationes cæteræ naturales vt pariant retentionem, exceptionem, compensationem, deductionem, *lege si pupillus vigesima prima infrà ad legem Falcidiam lege cùm illud vigesima quinta §. heres meus. infr. quand. dies legat. ced. lege Stichum aut Pamphilum nonagesima quinta §. aditio infrà De solution.* Nempe quia nihil facit contra iuris ciuilis regulas qui pupillo sine tutoris authoritate mutuam credit pecuniam. Quomodo facit is qui ab eo stipulatur sine authoritate tutoris vt scripsi pluribus *ad d. l. contra.*

6 ¶ Idem quæri potest, & si, quod tibi numeraui, sub impossibili condicione stipuler, cùm enim nulla sit stipulatio, manebit condictio.

Ad §. 6. Idem quæri potest.

RAT. DVB. Imputare sibi debet is, qui pecuniam suam dedit mutuam & numerauit, cur stipulationem adiicere voluerit, & quidem nullam ac inutilem id est sub impossibili condicione conceptam. Scire enim debuit interposita stipulatione incontinenti ante vel post numerationem, non duas contrahi obligationes sed vnicam verborum, quæ si non valeat, consequens videtur, vt nulla nasci debeat obligatio: Neque verò nouum est vt debiti sui iacturam faciat creditor, quoties aliquid est, quod ei possit imputari, vt puta si quis id quod ei debet Titius, stipuletur nouandi animo à pupillo sine tutoris authoritate. Nam & Titius qui prior fuit debitor liberatur, & pupillus non obligatur, quia nulla stipulatio est §. *prætereà Instit. quibus modis tollit. obligat.* Non enim videtur quis damnum sentire quod ex culpa sua sentiat *vulg. l. quod quis centesima tertia. De regul. iur.* An non autem in culpa est creditor, qui pecuniam quam credidit, stipulatur sibi reddi sub impossibili condicione? cùm sciat impossibilis condicionis adiectione vitiari stipulationem *l. non solum trigesima prima infr. De obligation. & action. l. impossibilis septim. De verbor. obligat.* quasi nec animus sit acquirendæ hoc casu & contrahendæ vllius obligationis *l. quarta §. primo infr. De statu lib.* Dicendum igitur hoc casu nullam creditori ex numeratione actionem competere, neque condictionem, quia non id actum est *l. cùm enim sept. infr. De nouat. iunct. l. non omnis decima nona hoc titul.* Neque ex stipulatione, quoniam stipulatio nulla est. Voluit enim hoc casu stipulator quod non potuit, & potuit quod non voluit: quo casu nullum ius quæritur *l. multum interest octau. Codic. si quis alter. vel sibi l. quoties 9. in princip. infr. De hered. instit.* DEC. Numquam æquum est locupletari quem cum alterius iactura *l. iure natura ducentesim. sext. De regul. iur. l. non hoc natura 14. De condict. indeb.* Locupletaretur autem cum aliena iactura is, qui mutuam pecuniam accepit si nulla ex numeratione nasceretur condictio prætextu stipulationis perperam interpositæ, ex qua similiter nulla nasci actio possit. Etsi enim id inter eos agebatur, vt ex stipulatione potiùs quàm ex numeratione actio nasceretur, non tamen id quoque actum videri potest, vt nullam actionem haberet creditor qui & pecuniam suam numerasset, & eam sibi reddi inutiliter stipulatus esset. Non magis quàm vt debitor eam pecuniam lucraretur: Cùm si actum illud fuisset, non dari mutua pecunia debuisset sed donari. Longéque alia ratio illius est, qui amisit debitorem nouando vtilem & efficacem obligationem per stipulationem inutilem. Intercedit enim eo casu legitimus modus tollendæ obligationis. Id est nouatio: quæ tamen nec aliter valet quàm si posterior stipulatio teneat saltem naturaliter *l. prima in fin. infr. De nouat.* Quod non potest contingere cùm stipulatio sub impossibili condicione concepta est, eiusmodi namque stipulatio adeò est inutilis, vt non magis naturaliter, quàm ciuiliter teneat. Cùm iuri naturali non minùs consentaneum sit quàm ciuili, vt impossibilium nulla penitus sit obligatio *l. impossibilium 185. De regul. iur. siue de naturali impossibilitate intelligas siue de ciuili, lege filius 15. infrà de condictione institut.*

7 ¶ Sed & si ei numerauero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler: puto pupillo eum comparandum: quoniam & stipulando sibi adquirit*.

Ad §.

Ad §.7. sed si ei numerauero.

RAT. DVB. Is cui bonis interdictum est tanquam prodigo in hoc differt à pupillo, quod promittendo stipulanti nullomodo obligatur, ne quidem naturaliter, id óq; nec fideiussorē dare potest: *l. is cui bonis 6 infr. de verb. oblig.* Pupillus verò promittendo etiam sine tutoris authoritate, obligatur tamen naturaliter *l. 9. in fin. infr. de nouat.* quam iis non iure naturali *l. quod pupillus 41. inf. de condict. indeb. ideóque fideiussorem dare potest l. si pupillus 35 sup. de recept. qui arbitr. recept. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut. l. si pupillus 127. inf. de verb. oblig.* Prodigus enim furioso magis quàm pupillo comparandus est, cum similiter pro furioso qui aliquid promiserit, fideiussor accipi non possit *l. si à reo 70. §. si à furioso infr. de fideiuss.* vbi ratio redditur quia non solum stipulatio nulla intercessisse, sed nec vllum negotium gestum esse intelligitur. Quibus verbis Caius cuius ea lex est, aliam insinuat differentiam quæ est inter pupillum & furiosum. Pupillus enim omne negotium gerit vtiliter tutore authore. Furiosus verò nihil omnino ne quidem autore curatore, sed curator ipse omnia gerere debet nomine furiosi. quia certum est ætatem allaturam esse iudicium pupillo, non item resipiscentiam furioso *l. in negotiis 5. de regul. iur.* Ideóque curator furiosi non tam bonis datur quàm personę, quod in curatore minoris diuersum est, qui bonis datur non personæ *l. 1. & tot. tit. de curat. furios. & aliis extra minor. danda l. vlt. C. eod.* hic similiter & curator datus prodigo cui bonis interdictum est, personæ prodigi magis quam bonis datus intelligitur quia prodigus quantum ad bona exitum facit furioso *l. his qui 12. §. vlt. De tutor. & curat. dat. ab his.* Non igitur bona comparatio est pupilli & prodigi. DEC. Bona comparatio est in eo, quod hic tractat Vlpianus, vt non magis conueniri possit prodigus ex sua promissione quàm pupillus ex stipulatione interposita sine tutoris authoritate, imo tanto minus quod ne quidem naturaliter prodigus ex ea promissione obligatur *d. l. is cui bonis*, cùm tamen pupillus vt diximus obligetur naturali obligatione sed quæ inefficax sit ad agendum. Non enim negotium gerere pupillus sine tutore prohibetur sed se obligare *l. pupillus 5. infr. de author. tutor. l. contra 28 sup. de pact.* Perinde igitur dicendum est, si prodigus cui ante interdictionem pecunia numerata fuerat, mox post interdictionem stipulanti creditori promiserit, non esse impedimento eam stipulationem quæ nulla est, quominus salua sit creditori condictio, quæ nata fuerat ex numeratione: quam ponimus factā fuisse ex interuallo ante stipulationem, cum ponat Vlpianus factam esse ante interdictionem, secutam verò stipulationem non nisi post interdictionem. Nam si numeratio quoque post interdictionem facta fuisset, non magis potuisset ex ea nasci condictio, quàm ex stipulatione vlla actio.

a *Quoniam & stipulando sibi acquirit.* RATIO est paullo remotior, & quodammodo extra rem: sed quam tamen cum Accursio possis commodè sic intelligere, vt bona sit comparatio pupilli & prodigi in eo, quod dictum est neutrum ex stipulatione obligari, quoniam & in eo similes sunt, quòd stipulando possunt sibi acquirere *l. obligar. 9. infr. de author. tutor.* Ad differentiam scilicet furiosi qui nec acquirere sibi per stipulationem potest. Nullum enim omnino negotium gerere potest *d. §. si à furioso* id est, ne quidem sibi vtile. At pupillus & prodigus possunt dum ne damnosum: quamuis in negotio damnoso prodigus similior sit furioso quàm pupillo vt suprà diximus.

8 ¶Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos [a] absente te & ignorante: Aristo scribit adquiri tibi condictionem. Iulianus quoque de hoc interrogatus lib. 10. scribit veram esse Aristonis sententiam: nec dubitari, quin si meam pecuniam, tuo nomine, voluntate tua dedero [b], tibi adquiratur obligatio: cum cottidie credituri pecuniam mutuam, ab alio poscamus, vt nostro nomine creditor (meus &) futuro debitori nostro.

Ad §. 8. si nummos meos.

RAT. DVB. Per liberam personam neque actio neque aliud quicquam alij quæri potest excepta causa possessionis *l. 1. C. per quas person. nob. acquir. l. solutum 11. §. per liberam infr. de pignor. act.* Obligationes enim omnes ad hoc comparatæ sunt, vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest. Vt autem alij quæratur actio nihil interest mea *l. stipulatio ista 38. §. alteri infr. de verbor. obligat. l. quæcunque 11. de oblig. & action.* Ergo si nummos meos Titio mutuo dedero, licet tuo nomine, & velut tuos, non magis tibi potest quæri condictio certi ex hac numeratione, quàm si essem tibi stipulatus: quo tamen casu iam supra diximus futurum vt nulla tibi ex mea stipulatione quæreretur § *numeraui 5 supr.* Imo tanto minus, quanto infirmius est pactum etiam incontinenti appositum quàm stipulatio ad producendam ciuilem obligationem & actionem *vt in l. quod Seius 12. sup. de religios. l. seruus ea lege infr. de seru. export. l. 1. C. de vsur. l. auia 6. C. de iur. dot.* Quænam enim maior vis esse potest pacti incontinenti appositi etiam post contractum bonæ fidei, quàm vt stipulationis veluti cuiusdam iure censeatur? *l. iuris gentium 7. §. quinimò supr. de pact. l. quia tantundem 7. supr. de negot. gest. l. lecta 40. versic. dicebam infr. hoc tit.* Quamquam in mutuo difficilius est quàm in stipulatione vt ei insit pactum etiam incontinenti appositum quia licet vterque contractus stricti iuris sit. Mutuum tamen neque consensu neque verbis contentum est vt stipulatio, sed re potissimum & traditione contrahitur *l. rogasti 11. §. si tibi infr. hoc tit. l. si tibi 17. sup. de pact. l. cùm vltra 9. C. de non numer. pec.* Tantum abest vt verum esse possit quod hic notat Accursius plus operari pactum incontinenti adiectum in mutuo quàm stipulationem, quòd pactum suis & mutui viribus nitatur, stipulatio autem non nisi suis. Quasi vero non etiam contractus viribus adiuuetur stipulatio iis casibus quibus pactum quoque adiuuaretur. An non enim verum est, non aliter contracturum fuisse illum, qui incontinenti post contractum adhibuit stipulationem? Quæ vnica ratio est propter quam pactum incontinenti adiectum in contractibus & traditionibus rerum parit etiam

actionem *l. in traditionibus* 48. *sup. de pact.* Et verò cùm mutuum ex eo dictum sit, quod fiat de meo tuum *l. 2. § appellata sup.* Nemo dixerit nummos quos credidi velut tuos & tuo nomine fuisse vnquã tuos. Cùm dominium nec amittatur, nec in alium transferatur, nisi certis & legitimis modis inter quos non est nuda domini voluntas *l. si quis vi* 17. *§. differentia inf. de acquir. poss.* Absurdum autem videtur ex mutuo nasci condictionem alij quàm ei qui ipse mutuum contraxerit. Augetur vero dubitatio ex eo, quo l Vlpianus cum Atilione ponit me meos nummos velut tuos ex tuo nomine numerasse, absente te & ignorante. Est enim multo difficilius vt absente & ignorante per alium quæratur actio extra causam filiorumfamilias acquirentium parentibus, aut seruorum acquirentium dominis, & extra causam legatorum & fideicommissorum quæ nullo etiam hominis facto interueniente ignorantibus quoque acquiruntur *l. cùm pater* 77 *§ surdo delegat. 2. l. filiusfamilias* 16. *§. 1. inf. Qui testam. facer. poss.* DEC. Singularia quędam recepta sunt circa pecuniam creditam, & inter cætera vt possit quis obligari ex mutuo etiam ei, cuius nummos non acceperit, si modò per fictionem breuis manus possint videri eius fuisse, cui condictio quæritur *l. singularia* 15. *inf. hoc tit.* In proposita verò specie hoc cõtingit. Nam cùm meos nummos do mutuos Titio velut tuos, & tuo nomine, perinde haberi debet ac si eos tibi primùm credidissem, tu deinde Titio, quo casu nemo dubitaret quin & tu mihi obligatus esses & Titius tibi. Plerunque enim contingit vtilitatis publicę causa & expediendarum rerum gratia quomodo Caius loquitur *in 6. si ad pupillum* 11. *inf. De author. tutor. vt celeritate coniungendarum actionum vna occultetur l. 5. § sed si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor.* quod breui manu fieri ait Vlpianus noster *in l. licet* 43. *§ 1. De iur. dot.* Maximè autẽ in mutuo, cuius sicuti frequentissimus maximéque necessarius vsus est in cõmerciis hominũ: ita plerisque singularibus illis fuit adiuuandus vt tanto faciliores essent ad contrahendum mutuum hominum voluntates *d. l. singularia.* Idque est quod Vlpianus hoc loco insinuat, cùm subiicit quotidie accidere vt creditori mutuam pecuniam ab alio poscamus vt eam nostro nomine credat futuro debitori nostro. Quod enim fit quotidie licet reluctante aliquomodo iuris ratione facilè tamen permittitur, & transit in ius commune propter vtilitatem publicam *l. certè* 6. *§ vlt. infr. de precar. l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur inf. de pignor. iunct. l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poss. l. vlt. C. de fideiuss.* Fit igitur hoc tam vi pacti incontinenti post mutuum appositi, vt malè tentat Accursius, quàm vi & potestate ipsius contractus mutui, hoc est numerationis per me factæ tuo nomine. Eadem ratio facit vt si pecuniam meam Titio crediderim tuo nomine, eamque mihi reddi stipuler etiam incontinenti, non possim tamen mihi acquirere efficacem actionem ex stipulatione non magis quàm condictionem certi ex mutuo. Nam quod contra scriptum est in *l. cum enim* 7. *inf. de nouat.* potiorem esse causam stipulationis quàm numerationis, ad eum casum pertinet quo is qui sibi pecuniam reddi stipulatus est suo etiam nomine eam numerauerit. Quid? Nihilne igitur faciet stipulatio? Ita videtur sentire Accursius, Ratione illa quod actionem ei quæsitam cuius nomine pecuniam numeraui, posteà illi adimere nõ potuerim ne quidem incontinenti *arg. l. mandato* 60. *l. procurator totorum* 63. *supr. de procurat.* Meliùs ad rem facit *l. Granius* 71. *§. penult. inf. de fideiuss. l. vlt. sup. De pact.* Ego tamen contra puto, Ex eiusmodi stipulatione acquiri mihi actionem & condictionem certi ex stipulatione, sed inefficacem, quia doli mali exceptione repelli potero à debitore, quem non est æquum eiusdem pecuniæ nomine duobus in solidum esse obligatum, mihi ex stipulatione, Titio autem cuius nomine pecuniam meam credidi ex mutuo & numeratione. Exemplo eius quod scriptum est *in l. 1. § si seruus communis* 2. *inf. de stipulat. seruor.* de seruo communi meo & tuo, qui pecuniam tuam alij creditam mihi soli reddi stipulatus est de quo scripsi *ad § numeraui sup.* Sed si è contrario pecuniam meam & meo nomine creditam stipuler tibi reddi, licèt stipulatio incontinenti apposita sit, dicendum tamen est nihil actum ea stipulatione, quoniam alteri stipulari non potui *d. § numeraui.* Obseruandum tamen est, etiamsi ius vetus ita comparatum esset vt ei cuius nomine suam pecuniam quis alij credidisset, acquireretur condictio etiam sine cessione, si tamen ex ea causa pignus datum esset necessariam fuisse cessionem ad transferenda iura hypothecarum tanquam quæ non tam per numerationem quæsita fuissent vt condictio, quàm vi & potestate conuentionis quæ inter alios facta aliis nec prodesse debet nec nocere *l. si vnus* 27. *§. pacta quæ turpem vers. ante omnia sup. de pact.* Quod Iustinianus immutauit *in l. 2. C. per quas person. nob. acquir.* non tamen satis bene obseruata diuersitatis ratione illa, quam attulimus inter condictionem & hypothecariam. Etsi videtur noua hæc Iustiniani constitutio non pertinere ad eum casum qui *in hoc §.* tractatur si nummos meos velit tuos crediderim tuo nomine absente te & ignorante, sed ad illum potiùs quo absentis nummos quis crediderit eiusdem absentis nomine tanquam ipsius procurator, de quo etiam *in l. si absentis* 4. *C. si cert. pet.* Nam & de procuratore nominatim Iustinianus tractat illis verbis *quæ procuratori data vel supposita sunt* & suæ innouationis non aliam rationem adfert quàm quòd si procuratori necessitas legibus imposita est cedere actionem domino contractus vt *in l. possessio* 49. *§. vlt. infr. de acquir. poss.* consequens sit vt quo casu ab initio in personali actione, & condictione superuacua est cessio procuratoris, simili modo contractus dominus etiam sine cessione habere debeat hypothecariam. Nec sanè potest negari quin fauorabilior sit ille, qui & contractus dominus est, & dominus fuit pecuniæ creditæ, quàm qui solius contractus ideò dominus est quod eius nomine pecunia numerata sit à domino pecunię. Hic enim vnicum duntaxat ius habet, ille duplex. Quẽadmodum & illud exploratum est longè fauorabiliorem eum esse, qui per procuratorem pecuniam suam credidit, quàm sit ille cuius nomine ab alio eóque domino pecunia numerata est. Quid enim refert an quis manu sua pecuniam suam numerat, an per manum sui procuratoris? Quare nec vlla mutui ratihabitione hîc opus est cùm præcesserit mandatum: quę tamen necessaria est in specie *d. l. si absentis*, itémque in casu huius §. ne alioqui non modo absenti & ignorãti sed etiam inuito per alium condictio acquiratur: quod non nisi in persona domini receptum est, cuius nomine seruus vel stipulatus sit vel mutuum dederit, alitérve contraxerit *l. etiam inuitis* 32. *inf. de acq. rer. domin. l. seruus vetante* 62. *de verb. oblig.* Non quasi condictio quæ nascitur ex numeratione sit in pendenti, quousque absentis & ignorãtis cuius nomine facta est, secuta sit ratihabitio [sta-

tim

tim namque & ipso iure acquiritur sola numerationis ita factæ potestate] Sed quia si is, cuius nomine facta numeratio est, actionem sibi quæsitam admittere nolit, & exercere, quæ inuito ei vt diximus acquiri non potest, consequēs necessario est vt actionem habere debeat is ipse qui pecuniam, adeóque suam numerauit, non quidem directam quę iā alij ipso iure quæsita est, & quam acquirere sibi noluit cùm alterius nomine numerauerit, sed vtilem quæ nec ipsi denegaretur si alterius absentis & ignorantis nec ratum habere volentis pecuniam eiusdem domini nomine credidisset *d.l.si absentis.* Omnimodo igitur actio directa acquiritur ei cuius nomine pecunia numerata est, i.d est etiamsi cōtractum suo nomine gestum nolit habere ratum: quamuis eam inuitus exercere non cogatur: Et purè, nō sub condicione illa affirmatiua si ratihabitio sequatur, adeóque nec sub illa negatiua, nisi ratū habere noluerit, quę perinde actum suspenderet quasi condicionalem quamuis minus condicionalem *l. fideicōmissa* 11. §. *sic fideicommissum delegat.* 3. aut potius faceret resolubilem sub condicione vt ita dixerim ex *l.* 2. *inf. de in diem addict. l.* 1. *de leg commiss.* Planè vtilis nec acquiritur statim ei qui pecuniā, quamuis suam numerauit, nec aliter quàm sub illa condicione, si is cuius nomine numerata pecunia est, ratam eam habere nolit *d.l.si absentis l.* 1. *C. de oblig. & action.*

a *Velut tuos.* Intellige cum Accursio, dum ne per facti errorem hoc fiat. Nam si nummos meos quos alij numero vt faciam mutuos credā esse tuos cùm re vera sint mei, nulla ex eiusmodi numeratione nascetur condictio, neque tibi quamuis tuo nomine crediti sint, quia non sunt facti accipientis, cùm nec animus in me fuerit transferendi in alium dominij, nec fuerim fortasse nummos crediturus si meos esse sciuissem: Neque mihi, *quia* nec cogitaui de acquirenda *mihi* actione, non magis quàm de transferendo dominio nummorum meorum quos putabam meos nō esse: Nec quòd eos ego ipse tradiderim ad rem facit. Non enim omnis traditio etiam à domino facta transfert dominium, sed ea tantùm quæ fit animo transferendi dominij *l. vlt. sup. Vsufr. quem. caueat.* nec quisquam errans in facto rem suam amittit vt maximè alij eam tradat *l. si procur. meus* 35. *inf. de acq. rer domin. l.* 3. § *subtilius inf. de condict. caus. dat.* Quid ergo? An is qui nummos accepit impunè retinebit vt si volet esse perfidus nulla actione conueniri possit? Imò qui eos numerauit nec ideo dominus esse desiit vindicare illos poterit tanquam suos si extent. Sed si consumpti sint, tùm demum condicet, sed ea cōditione quæ non tam ex numeratione nascatur, quàm ex consumptione vt in *l. rogasti* 11. §. *vlt. & legib. seq. inf. hoc ti.* & quæ vtilis meo iudicio dicenda est potiùs quàm directa, cùm ex postfacto & ex accidenti nascatur, non ex contractu. Quamquā illud etiam non malè dici meo iudicio potest, Vtilem condictionem dandam ei cuius nomine pecunia numerata est, si modò eam numerationem suo nomine factam habere ratam velit, malítque dominus qui pecuniam suam numerauit habere hunc obligatum actione negotiorum gestorum ad restitutionem pecuniæ quàm extantes adhuc nummos suos vindicare. Nam si iure domini vindicare eos velit, quomodo potest si extent? dubitādum non est quin præferri debeat non domino cōdicere volēti.

b *Si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero.* RAT. DVB. Etiamsi absente & ignorante te nummos meos velut tuos alij credidero & numerauero, tibi tamen condictio acquiritur vt proximè dictum est ex Aristone cuius sententiam non minùs probauit Iulianus quàm Vlpianus. Frustra ergo Iulianus hîc adiecit verba illa *voluntate tua.* Atque ita noster putat Accursius ea abundare & subaudiendum maximè, quasi nihil intersit an dederim volente te & ignorante. Sed mihi probabilius videtur ideo addita esse à Iuliano vt effectum rei potiùs quàm potestatem iuris demonstrarent. Etsi enim vtroque casu siue volente, siue ignorante te nummos credidero tuo nomine cōdictio tibi quæritur, si tamen ratam habere nolis numerationem, nullius vtilitatis est illa condictio, sed mihi qui numeraui dāda est non quidem directa sed vtilis vt supra docuimus ex *d.l.si absentis* 4. *C. si cert. pet.* Volūtatem igitur tuam interuenire semper necesse est aut ab initio, aut ex postfacto non vt condictio tibi acquiratur ipso iure sed vt soli tibi, & quidem cum effectu & vtilitate. Alioqui non impediet tua directa quominùs acquiratur mihi vtilis.

9 ¶ Deposui apud te decem: postea permisi tibi vti. Nerua, Proculus etiam antequam moueatur, condicere, quasi mutua, tibi hæc posse aiunt, & est verum: vt & Marcello videtur. animo enim cœpit possidere. ergo transit periculum[a] ad eum qui mutuam rogauit, & poterit ei condici.

Ad §. vlt. Deposui.

RAT. DVB. Absurdum est dicere pecuniam ex quocunque contractu nuda voluntate fieri posse creditam, tametsi pecunia penes eum sit qui illam habere vult ex causa mutui, Cùm mutuum non nudo consensu sed re & traditione ac numeratione contrahatur *l. qui negotia* 34. *inf mandat.* Ergo si deposuerim apud te decē, posteà verò id est ex interuallo permiserim tibi iis vti, non ideo dicendum est fieri ea mutua priusquàm ea de suo loco per te moueantur. Præsertim cùm priusquàm moueantur, non alio iure possint videri esse apud te quàm quo ab initio fuerunt, id est ex causa depositi. Ex qua causa certum est non solum dominium non transferri, sed neque possessionem *l. licèt* 17. *inf. deposit.* Sanè cùm per te mouentur, vt iis iam vtaris quasi mutuis, noua hæc possessio est, quæ nouam causam habet nimirum mutui. Neque enim nouum est mutare quem [illegible] causam possessionis nouo titulo superueniente *l. non solùm* 33. §. *quod vulgo infr. de vsucap.* Malè igitur Nerua & Proculus dixerunt posse me hęc decem tibi condicere, priùs etiam quàm moueantur. Neque verò mutua fieri aliter possunt quàm si de meis fiant tua *l.* 2. § *appellata supr.* Dominium autem quod meum fuit, non nisi per mediam possessionem transferri in te potest *l. per procuratorem* 8. *C. de acquir. poss.* Nec rursum possessio nisi per actum aliquem corporalem siue tactu id fiat siue oculis *l.* 1. §. *pen. l. quod meo* 18. §. *si venditorem inf. eod. ill. tit. l. eius rei* 46. *& seq. sup. de rei vindic.* Quam ob causam ponit Accursius pecuniam depositam præ entem fuisse, & in cōspectu contrahentium vt hanc obiectionem, effugiat. Maximè verò, quia, vt inquit ille, nemo potest solo animo incipere possidere *l. quemadmodum* 3. *infr. de acquir. poss.* DEC. Mutuum est quoties pecunia de

mea fit tua dummodo ea mente vt mihi tantundem restituas id est quod sit eiusdem generis bonitatis & qualitatis *d.l. 2. in prin. & 9. appellata vbi dixi sup. hoc tit.* Atqui in casu proposito pecunia quę fuit mea, quandiu mansit in causa depositi facta est tua statim atque permisi tibi ea vti: Nec enim poteras ea vti citra furtum quandiu manebat deposita. Et cùm antea esses obligatus, vt eadem ipsa corpora nummorum redderes quæ fuerant deposita, [non enim potest deponi pecunia, nec proinde deberi ex causa depositi nisi per modum speciei] iam non teneris nisi vt reddas tantundem: quæ res egreditur notissimos depositi terminos, vt Papinianus loquitur in *l. Lucius 24. inf. deposit.* Quisquis autem obligatus tantùm est vt restituat tantundem, hoc ipso fit dominus proprietatis, tum quoque cùm in ea re vsumfructum ab initio solum habuit, vt *in l. si vini 7. & pass. sup. de vsufr. rer. quæ vsu consum.* Nec ad rem pertinet quod nec nuda voluntate nec sine possessione dominia vel amittantur vel transferantur. Neutrum enim horum contingit in hac specie in qua dominium acquiritur depositario non quidem per traditionem, quę nec est necessaria, cùm res tradenda iam penes eum est cui tradi alioquin deberet *§. interdum Instit. de rer. diuis. l. qua ratione 9. §. interdum inf. de acq. rer. domin.* sed tamen per mediam possessionem, quam tu depositarius cœpisti animo tibi acquirere statim atque à me impetrasti, vt ea pecunia tibi liceret vti: quamuis nondum eam contrectaueris vt ea quasi facta tua vtereris. Satis enim est quod patior eam pecuniam esse apud te, vt que tibi liceat eam pro arbitrio & quasi tuam cùm voles nō solùm contrectare [quæ res te à furti tantùm crimine liberaret] sed etiam expendere. Potest enim quis incipere animo solo eam rem possidere quam penes se iam habeat, licèt non sit illa in cōspectu dummodò nouus superuenerit titulus qui iustam causam præbeat nouæ possessionis *d.l. non solum 31. §. 1. de vsucap.* In quo certè deceptus est Accursius. Id enim est quod Vlpianus hîc scribit, *Animo enim cœpit possidere.* Nec tamen dici potest quod idem Accursius tentat speciale ac singulare esse in mutuo, vt quamuis pecunia quæ datur mutua non sit in conspectu eius tamē possessio acquiri possit & per possessionem dominium *argum. l. singularia 15. inf. hoc tit.* Ratio enim illa quam adfert Vlpianus, quòd depositarius cœperit animo possidere petita est vt apparet ex iure communi non ex singulari: Quod & Africanus apertè docet *in d.l. qui negotia 34. inf. mandat.* vbi postquàm dixit non esse recipiendum vt ex quolibet contractu mutuum nuda voluntate fiat, subiicit simile non esse, quòd si pecuniam apud te depositam conuenerit, vt creditam habeas, fiat credita; Respondet enim ita esse *quia tunc nummi qui mei erant tui fiunt.* Ad aliam verò obiectionem quæ ex eo sumi poterat, quod si à debitore meo iussetim te pecuniam accipere ea pariter credita fiat. Respōdet *id benignè receptum esse.* Vt intelligamus priore casu non æquè benignè receptum aliquid esse contra iuris communis regulas, sed ex mera iuris ratione. Et certè singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam, quo modo Vlpianus loquitur *in d.l. singularia,* sed non omnia quo modo sentire videntur plerique interpretum, qui vt euoluant se ex omnibus ferè difficultatibus, quę non paucę occurrunt in hoc tractatu de mutuo, passim confugiunt *ad d.l. singularia,* sicut & imperiti plerique *ad l. non omnium 20. sup. de legib.*

a *Ergo transit periculum.* RAT. DVB. & DEC. eadem quæ ad sententiam præcedentem. Ideo enim videbatur non transire periculum ad eum, qui mutuam pecuniā rogauit, quia nec videbatur esse mutuum sed depositum. Non solet autem periculum ad depositarium pertinere si non sit in dolo *l. 5. §. nunc videndum infr. commod. l. contractus 23. infr. de reg. iur.* Idcirco autem pertinet quia post permissionem vtendi datam depositario iam non est depositum sed mutuum & qui erat depositarius factus est proprietarius, vt diximus. Periculū igitur ad eum pertinere consequens est tanquam ad dominum *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pign. act.* Præsertim cum sit facilius vt periculum casus fortuiti, quàm vt dominium in aliquem transferatur. Sufficit enim vt non nisi per eum stet quominus fiat dominus, quamuis nondum sit: vt cernere est in emptore qui licèt non fiat dominus ante traditionem, adeóque nec traditione secuta quousque precium soluerit *§. vendita Inst. de rer. diuis. l. quod vendidi 19. l. vt res 53. infr. De contr. emp.* periculo tamen obstringitur ex die perfectæ venditionis, quæ nudo consensu perficitur *§ cum autem Instit. de empt. & vendit. l. necessario 8. & pass. inf. de peric. & commod. rei vendit.* Nempe quia in ipsius potestate est precium quandocunque soluere, & soluto precio agere ex empto contra venditorem ad rē tradendam, atque ita vel eum in mora constituere vel adigere illum ad traditionem, atque ita dominium nancisci. Cùm tamen non sit in potestate vēditoris quamuis maneat dominus vt rem quam vnì vendidit rursum vēdat alteri, vt se eximat periculo, nec si eam tradat, nisi velit etiam fidem de precio habere quod certè maioris periculi est quàm vt imputari possit venditori cur id non fecerit. Similiter igitur & in proposito dicendum est periculum ad depositarium qui mutuam pecuniam rogauit, & cui permissum est ea vti, omnimodo pertinere. Non ob id solùm, quod contracto ea ratione mutuo factus sit dominus, ideóque certi condictione ex mutuo non vindicatione aut depositi actione teneatur. Sed etiam quod ita posito iure vt neque possessionem neque dominium pecuniæ depositæ prius haberet depositarius quàm mouisset eam & tetigisset, in ipsius tamen potestate est mouere ac tangere quandocunque velit. Non autem perinde est in facultate & arbitrio illius qui depositario permisit vti pecunia, vt eum prohibeat postquàm permisit. Cōtractus enim omnes qui ab initio sunt volūtatis, ex postfacto sunt necessitatis *l. sicut 5. C. de obli. & action. sic in l. qui negotia 34. vers. his argument. inf. mandat. Condici ei poterit* scilicet condictione certi ex mutuo. Noli enim dicere cum Accursio *certi condictione generali & speciali* quasi sit duplex certi condictio, generalis vna & specialis altera, quod certè non magis verum esse potest, quam vt vna eadémque numero & generalis sit & specialis. Vnica enim est quæ ideo generalis dicitur quia ad plurimas species accommodatur, sed quæ tamen exerceri non potest, quin ad certam speciem restricta sit & accōmodata. Scire siquidem actor debet, ex qua causa velit certi condicere, eámque causam in libello exprimere *l. & an eadem 14. § actiones inf. de excep. rei iudic.* Nec licere ei debet in tanta actione, id est, tam generali vagari vt circa actionē de dolo Paulus ratiocinatur *in l. item exigit 16 sup. De dolo.* Nos in superioribus iam sæpius diximus.

10. Idem

10. IDEM libro 2. ad Edictum.

QVòd si ab initio, cum deponerem, vti tibi, si voles permisero: creditam non esse antequàm mota sit, quoniam debitu iri non est certum [a].

Ad l. Quòd si ab initio 10.

RAT. DVB. Facilius est ab initio contrahi mutuum, quàm vt ex deposito, quod contractum ab initio fuerit fiat posteà mutuum. *l. qui negotia* 34 *inf. mandat.* Ergo quę res potest ex postfacto conuertere depositũ in mutuum multo magis facere potest & debet vt ab initio sit mutuum. Atqui si primùm deposuerim apud te decem, posteà verò ex internallo permiserim tibi iis vti, sola illa permissio vtẽdi facit ex deposito mutuum, vt dictum est *in §. vlt. legis praecedentis.* Ergo si ab initio cùm deponerem apud te decem, permisero tibi iis vti si voles, dicendum est mutuum me contraxisse non depositum: vt solent in cæteris ferè omnibus maioris esse momenti ea quæ ab initio fiunt quàm quæ ex postfacto *l. iuris gentium 7. §. quinimò, l. traditionibus* 48 *sup. De pact. l. initio 5. C. de pact. int. empt. & vendit.* Nec obstare videntur verba illa permissioni addita *si voles*, siue quòd etiamsi non essent addita, subintelligi tamẽ deberent, cùm non sit cogendus vllo casu depositarius vti ea pecunia si nolit, condiciones autem quæ tacitè insunt nihil soleant operari *l. aliquando* 107. *inf. de condic. & demonst.* siue quòd non alius eorum verborum sensus nec maior effectus esse possit, cùm ex postfacto addita sunt quàm cùm ab initio. Atq; ita glossatores nonnulli quos Accursius refert, existimarũt nihil referre, an verba hæc *si voles*, addita sint ab initio ex postfacto, sed tantùm esse distinguendum an addita sint, necne. DEC. Initium cõtractus semper spectandum est, maximè cùm de nomine ac natura contractus dubitatur *l. si procuratorem* 8. *in pr. inf. mandat. l. 1. §. si seruus 30. depos. l. nõ tantùm* 12. *inf. De SC. Maced.* sicuti in delictis solemus dicere propositum & voluntatem distinguere maleficia *l. qui iniuriae* 53. *in pr. inf. de furt.* Atqui ponimus contractum de quo tractamus incepisse à deposito. Sic enim Vlpianus loquitur, *Quòd si ab initio cùm deponerem*: depositum igitur ab initio fuit, non mutuũ: nec rursum potuit fieri per rerum naturam vt eodem instanti & depositum esset, & ex deposito fieret mutuum. Id enim ex quo aliud fit, præexistere necesse est, secũdum philosophos. Ob eámque causam ponit Vlp. addita fuisse verba illa *si voles*, quoniam alioqui sine illa condicione non posset depositum ita contrahi, vt depositarius pecunia deposita vti posset. Esset enim pactio contraria ipsi contractui naturæque & essentiæ depositi, ex quo idem ipsum corpus quod depositum est & in specie reddi oportet, non tantundem in genere *l. Lucius* 24. *inf. deposit* sicuti è contrario naturæ mutui repugnat vt idem reddatur, sed tantundem reddi oportet *l. 2. in pr. sup. hoc tit.* Quod cùm euenit, vt pactio in aliquo cõtractu apposita repugnet contractui, necesse est vel contractum perire & in alium contractũ transformari, vt maior pactionis quàm contractus ratio habeatur, vt *in l. vbi ita donatur* 25. *inf. de mort. caus. don. vel pactionem reiici*, vt contractus retineatur vt in *l. cùm precario* 11. *in prin. inf. de precar.* De cuius tamen interpretatione & emendatione videnda sunt quę scripsimus *in Error. 3 decad. 77. De error. pragmat.* Sic igitur & cõtracto ita deposito ab initio, vt posset depositarius vti pecunia deposita dicendum esset, vel neutrum contractum valere quasi constitutum ex pugnantibus *l. vbi pugnantia* 188. *de reg. iur.* vel ab initio solum esse depositum, vel deniq; solum mutuũ, non autem depositum, posteà conuersum in mutuum: quomodo certè conuertitur cùm ab initio nudum & simplex depositum fuit posteà verò, & ex internallo permissum est depositario vti pecunia. At cùm permissioni vtendi pecunia depositâ ab initio concessæ adiecta est condicio illa *si voles*, idipsum contingit quod si depositum simpliciter ab initio contractum esset, deinde ex postfacto permissum depositario vti pecunia deposita vt sc. ab initio nihil nisi merum depositum sit, sed quod tamen ex postfacto conuertatur in mutuũ: Tunc nimirum, cùm depositarius facto ipso declarauerit velle se vti ea pecunia, quod sicuti nõ nisi ex internallo & post contractum iam depositum facere potest, ita nec melius quàm mouẽdo pecuniam vt lex ait, non vt Accurs. interpretatur vtendo voluntariè pecunia. Etsi enim non vtatur statim, sufficit tamen ad conuertendum depositum in mutuum vt pecuniam moueat, quam alioqui mouere in sacculo nempe signato depositam, & contrectare citra furtum non posset. Plus dico, etiamsi depositarius eam pecuniam nondum moueat si ita non verbis declarauerit velle se eam mouere & contingere, statim fieri pecuniam mutuam quæ prius fuerat deposita. Nõ enim vsus pecuniæ depositæ ille est qui depositum conuertit in mutuum sed impetrata potestas & declarata voluntas vtendi, quam vtramq; semper præcedere necesse est vt licitus vsus sequi possit *d. §. vlt. legis proximè praecedentis.* Et verò quid interest an verbis an factis voluntas declaretur? *l. non tantùm* 5. *inf. Rat. rem haber.* Prima igitur declaratio voluntatis sufficiet, vt & in specie *l. si ita legatum* 65. §. 1. *de legat.* 1. Nec ad rem pertinet quod obiicit Accursius condicionem illã *si voles* esse nimis extensiuam, & admittere voluntatis mutationem *l. filij* 6. §. 1. *inf. ad SC. Tertyll.* quam non admitterent hæc verba *si volueris l. si stipulatus fuerim* 76. *l. si quis stipulatus* 112. *de verb. oblig.* Vnde infert Accursius futurum vt mutuum esse sępius inciperet, & sępius desineret, mutata sępiùs per depositarium voluntate: quod ille absurdum esse ait. Semel enim declarata per depositarium voluntate statim verum est, permissum ei esse vti pecunia, quæ permissio illa est cuius solius potestate fit vt depositum conuertatur in mutuum, non etiam voluntas depositarij. licèt voluntatem illam interuenire necesse sit tanquam condicionem sine qua non, vt depositi conuersio in mutuum fiat. Permissio autem illa non variatur, quamuis mutata & variata depositarij volũtate: nec rursus nouum est, vt verba illa *si voles* expressim adiecta multum operentur etiam illo casu, quo alioqui tacitè subintelligerentur *d. l. si ita legatum* 65. §. 1. *de legat.* 1. *l. nonnumquam* 52. *De condic. & demonst.* Illud certè Accurs. benè notat differre casum huius legis ab illo de quo in *§. vlt.* legis præcedẽtis quòd ibi præcesserit depositarij voluntas, qui mutuam pecuniã rogauerat post cõtractum depositum ante quàm is qui deposuerat ei permisisset vti pecunia: nec proinde necesse erat aliquam subsequi nouam depositarij voluntatem cùm prior alia præcessisset. In specie autem huius legis subsequi voluntatẽ necesse est, quam alia nulla præcessit nec præcedere potuit, cùm permissio

vtendi data sit in deposito ipso contrahendo. Non ergo distinguendum est, an permissio vtendi data sit sub hac cōditione *si voles*, an *sub illa si volueris*, quomodo Accursius distinguit, nec rursus an condicio illa *si voles* aut *si volueris* adiecta sit, an nulla, vt alij distinguebant: Sed tantùm an ab initio an ex postfacto permissum sit depositario vti pecunia, vt primo casu non sit mutuum, nisi adiectis verbis illis *si voles* & secuta vtendi voluntate in persona depositarij. Posteriore verò casu non sit necesse adijci in permissione condicionem illam *si voles* vt depositum conuertatur in mutuum: sed quę tamen si adiecta fuerit, voluntatem nouam subsequi necesse est vt condicio impleatur: cùm id euidenter actum sit hoc casu vt non nisi sub condicione depositum in mutuum conuertatur. Et ita hæc quæstio tota satis alioquin obscura explicanda est.

a *Quoniam debitum iri non est certum* Sensus est quoniam mutuum contractum non esse certū est. Nam quādiu depositum manet nihil depositarius debet, cùm res deposita nō possit deberi ei qui iam dominus eius est *l. nemo rem suam 82. inf. de verb. oblig* quoniā ideo nobis aliquid debetur, vt nostrum fieri possit, nostrum autem magis fieri potest id quod nostrum est *l. non vt ex pluribus 159. de reg. iur. §. sic itaque Inst. de action. iunct. l. stipulatio ista 38. § alteri de verb. obl.* At cùm depositum conuertitur in mutuum, exinde certum est debitum iri, ex quo depositi in mutuum facta conuersio est. Noli autem sic explicare cum Accursio *quia non est certum an vtatur*, sed quomodo explicauimus, quia non est certum an futurum sit vt depositarius ea pecunia deposita vti volet.

II. IDEM libro 16. ad Edictum.

ROgasti me, vt tibi pecuniam crederem. ego cùm non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, vt eam venderes, & nummis vtereris, si vēdideris, puto mutuam pecuniam factam, quod si lancem, vel massam sine tua culpa, perdideris [a] priùs quàm venderes: vtrum mihi, an tibi perierit, quæstionis est. mihi videtur Neruę distinctio verissima existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, necne: vt, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alij dedissem vendendā: quod si non fui proposito hoc, vt venderem, sed hæc causa fuit vendendi, vt tu vtereris: tibi eam perisse: & maximè si sine vsuris credidi.

Ad l. Rogasti II.

RAT. DVB. Cùm rogasti me vt tibi pecuniam crederem, & ego qui non habebam, lancem tibi dedi vel massam auri vt eam venderes & nummis vtereris, verum est pecuniam illam nunquam fuisse meā, cùm ab emptore qui dominus eius erat nunquam fuerit mihi tradita sed tibi. Ergo non potuit de mea fieri tua, & consequenter nec mutua. Valet enim argumētum ab etymologia negatiuè *l. 2. §. appellata vbi diximus sup. hoc tit.* Et ita concludit Africanus *in l. qui negotia 34. vers. his argumentum inf. mandat.* vbi postquā dixit non esse recipiendum vt ex quolibet contractu nuda voluntate fiat mutuum, subiungit, his argumentum esse eum qui cùm mutuam pecuniā dare vellet argentum vendendum dedisset, nihilomagis enim eum creditam pecuniam periturū, quamuis pecunia ex argento redacta periculo eius futura sit qui argētum accepisset. Nec admitti potest interpretatio Accursij comminiscentis in illa specie datum fuisse argentum vendendum ea lege vt pecunia quę ex venditione redigeretur ad eum cuius argentum fuerat, afferretur, non vt ea vteretur is qui argentum vendendū dederat. Nam præter id quod apud Africanum nulla verba sunt ex quib. tale quid coniici possit, apparet manifestè Africanum de eo loqui, de quo hîc Vlpian. qui cùm mutuam pecuniam dare vellet argentum vendendum dederat, ac proinde nō ad alium finem quàm vt is qui argentū vendendum acceperat, pecunia ex eo redacta & quidem tanquam credita vteretur. Sed & constat Africanum id agere vt ostendat non posse ex quolibet contractu tam facilè mutuum fieri nuda voluntate: & consequenter non tam respicere ad voluntatem eius qui mutuam pecuniam dare rogatus est, quàm ad iuris rationem: non quasi non exigat in eo qui rogatur mutuam dare pecuniam vt voluntatem habeat dandi mutuam, sed quia nō putat voluntatem illam sufficere quasi reluctante iuris ratione, nisi etiam illud concurrat vt pecunia de mea fiat tua.

DEC. Singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam & inter cætera si Vlpiano credimus cuius est hæc lex, vt quamuis pecunia quam tibi voluerim credere nunquam fuerit mea, non eo minùs tamen fiat credita si modo per fictionem breuis manus possit videri pecunia primum ad me, deinde à me ad te peruenisse *l singularia 15. inf.* vbi hæc ipsa extat eiusdem Vlpiani sententia licet in alia specie, in qua sicuti fatendum est, cum Iacobo Cuiacio dissensisse Vlpianum ab Africano vt ad eum locum dicemus. Ita & in specie huius legis idipsum sanè admittendum est, de quo iam scripsi aliquid ad *l. certi condictio 9. § si nummos sup.* Si enim is qui argentum emit, quod ego tibi vendendum dederam vt pecunia vtereris, precciū mihi enumerasset, atque ita precij pecunia mea facta fuisset, deinde tibi ego illam numerassem vt credita fieret, quis dubitaret quin credita eo modo facta fuisset? Quidni ergo vtilitatis publicæ & commerciorum gratia pro facto haberi poterit quod ex vtriusque nostrûm voluntate, nec reluctante iuris ratione fieri potuit, & debuit: sc. breui manu vt *in l. licet 42. §. 1. inf. de iur. dot l. 3. §. sed si debitorem de don. int. vir. & vxor.* & circuitus vitandi gratia *l. dominus 53. inf de condic. indeb.* Illud sanè omnimodo exigimus vt qui mutuam pecuniam à me accepturus argentum vendendum accepit & vendidit, etiam ab emptore pecuniam acceperit. Alioqui mutuum esse non poterit, sed cōtractus quidam innominatus, ex quo non alia nasci actio potest quàm Præscriptis verbis *l. rogasti 19. inf. de præscr. verb.* quę eiusdem quoq; Vlpiani est. Et in hoc benè Accursius.

a *Quòd si lancem vel massam auri sine culpa tua perdideris.* RAT. DVB. Periculum casus fortuiti non ad alium pertinere solet, quàm ad dominum *l. quæ fortuitis 6. & l. pignus 9. C. de pignor. act.* Atqui cùm lancem, vel massam auri dedi tibi vendendam vt pecunia

quasi

quasi credita vteteris, & lancem illam vel massam auri perdidisti priusquam eam venderes, verum est me dominum eius mansisse, siue venalem illam habuerim siue non venalem. Nam & dominus manerem etiamsi iam esset res vendita dum ne tradita §. *vendita Instit. de rer. diuis.* adeoque etiam re tradita si modò precium mihi nondum esset numeratum, aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19 de contr. empt.* Ergo indistinctè dicendum est periculum ad me, non ad te pertinere: Præsertim cùm in perdenda re nulla tua culpa interuenerit ne quidem leuissima vt dixi *ad l. si quis 4. sup.* Aut si moueri quis ex eo velit, quod te rogante vendendam rem dederim, dicendum est indistinctè periculum ad te non ad me pertinere: quæ Labeonis & Pomponij sententia fuit ab Vlpiano nostro relata & vt videtur probata *in l. si gratuitam 17. §. 1. de præscrip. verb. iunct. d. l. si quis 4. in fi. sup. & Africani in d. l. qui negotia vers. his argumentum esse in fi. inf. mandat.* Non adhibita distinctione illa quam Nerua adhibebat, vtrum rem venalē habuerim, necne. Nec enim quod rem venalem habuerim, facit, vt eò minùs verum sit me roganti tibi argentum vendendum dedisse vt pecuniam ex precio redactam mutuam haberes. Dec. Æquum est periculum semper ad eum pertinere qui periculo causam dedit. Vnde est, quod solemus dicere, quoties culpa præcessit casum ad eum pertinere periculum qui in culpa fuit *l. si vendita 11. inf. de peric. & commod. rei vendit. l. 3. §. 1. sup. de offic. præfect. vigil. l. si ex plagis 52. § in cliuo Capitolino sup. ad leg. Aquil.* Atqui tū quoque cum argentum vel aurum tibi datum vendendum periit sine vlla culpa tua, verùm tamē non est, non æquè fuisse periturum si tibi non dedissem vēdendum. Nec enim hæ res ex earum numero sunt quæ facto suo perire possunt quomodo homines, & animalia cætera quæ quocunque loco & tempore mori possunt. Cùm ergo rogatus tuus periculo causæ dederit, æquius est periculum ad te pertinere quamuis dominus nō sis, quàm ad me qui sum dominus, quod conuenit cum Labeone Pomponio & Africano in locis supradictis. Si tamen lancem illam argenteam vel massam auri venalem habui, cessat hæc æquitas, quoniam alij perinde ac tibi dedissem vendendam, atque ita ęquè apud alium siue eodem siue alio casu perire potuisset. Quid ergo referre potest ad transferendum in te periculum rei meæ an tibi an alij dederim vendendam? Mihi ergo vtroque casu perire debet, non tibi, si vt diximus nulla culpa tua interuenerit. Nisi fortè appareat propter te periisse, id est eo casu qui licèt citra vllā culpam tuam, ob personam tamen tuam cōtigerit, nec æquè fuerit euenturus aut alius quisquam similis, si alij rem dedissem vendendam. Non dico propter inimicitias quas alius tecum exerceat [nam & hoc culpę adnumeratur *l. si merces 25. §. culpæ autem inf. locat.*] sed qua alia de causa. Nec enim hoc casu locū haberet ratio qua mouetur Vlpianus his verbis *quemadmodum si alij dedissem vendendam.* Sed extra casum huius exceptionis æquissima & verissima est Neruæ distinctio existimantis multum interesse an lancem hāc vel massam venalem habuerim, necne: vt si venalem habui, mihi perierit quasi non minus mea quàm tua gratia contractus hic intercesserit vt benè ratiocinatur Accursius ex *l. si vt certo 5. §. nunc videndum inf. Commod.* Si verò non fuit hoc meum propositum vt venderem, sed hæc causa fuit vendendi vt tu vtereris, tibi perierit non mihi. Et maximè inquit Vlpianus, si sine vsuris credidi quoniam hoc casu negari non potest, quin negotium tua tātùm gratia gestū sit non etiam mea. Nec tantùm hoc vno casu distingui solet an venalis res fuerit necne sed etiam aliis quibusdā vt in *l. 1. C de rer. permut. l. nisi si venalem 19. supr. de rei vindic. l. quòd si hæres 10. inf. de impens. in reb. dotal. facto.* Planè si ego ipse te rogauerim vt lancem argenteam vel massam auri à me acciperes vendendam, vt vel eandem mihi adferres aut eius precium, dicimus periculum ad me indistinctè pertinere non solùm tanquam ad dominum, sed etiam tanquam ad eum, cuius solius negotium gestū fuerit *d. l. si gratuitam 17. §. 1. de præscr. verb.* Est igitur adhibenda Neruæ distinctio, an res venalis fuerit necne, illo tantùm casu quo tu me rogaueris mutuam pecuniam & ego dederim tibi rem vendendam vt pecunia vtereris. Et secundum hanc distinctionem accipi debent supradictæ leges Vlpiani & Africani quæ indistinctè volunt periculum spectare ad debitorem vt leges aliç ex aliis solent & debent recipere interpretationē *l. vni. C. de inoff. dotib.*

b *Et maximè si sine vsuris credidi.* Huius versiculi euidens ratio est, quia cùm sine vsuris credidi, sum ego longè fauorabilior, quia non nisi tua gratia contractus celebratus sit. Alioqui si sub vsuris credidero, non tam erit mutuum quod gratuitum esse debet, quàm fœnus cuius causa semper est odiosa, & fœneratores odiosi adeoque infames si improbum & illicitum fœnus exerceant, id est si vsurarum vsuras exigant *l. improbum 20. C. ex quib. caus. irrog. infam.* Nec enim fœnus omne est improbum & illicitum, quamuis omne sit odiosum. Quia tamen omne fœnus mutuum est [nomen enim mutui, nomen generis est, fœnus speciei] non distinguemus an mutuum sit gratuitum an vsurarium in hac quęstione, sed omni casu adhibebimus Neruæ distinctionem: An venalis res fuerit necne, vt si venalis fuerit periculum pertineat ad creditorem quamuis & rogatus fuerit mutuam dare pecuniam & sine vsuris crediderit: si verò venalis non fuerit periculum pertineat ad debitorem qui mutuam pecuniam rogauit, quamuis creditor sit fœneratitius, nec nisi sub vsuris pecuniam crediderit.

1 ¶ Si tibi dedero decem sic, vt nouem debeas: Proculus ait, & rectè, non amplius te ipso iure debere, quàm nouem. Sed si decem dedero, vt vndecim debeas: putat Proculus, amplius quàm decem, condici non posse.

Ad §. 1. si tibi dedero.

Rat. dvb. Pacta incontinenti apposita etiam post contractum stricti iuris insunt contractui vt ex iis detur actio vel ex stipulatione ipsa si incontinenti post stipulationem adiecta sint vt *in l. lecta 40. vers. dicebam inf. hoc tit.* Vel saltē præscriptis verbis in alio quolibet contractu stricto *l. si gratuitam 17 §. 1. l. Titius 24. l. vltim. & pass. infr. de præscrip. verb l. rebus 6. l. vltim. Cod. de rer. permut. l. cùm res 22. Cod. de donat.* Multo igitur magis si in ipso contractu mutui & in ipsa numeratione pecuniæ. Nam in traditionibus

rerum quodcunque pactum appositum sit id valere certum est *l in traditionibus 48. supr. de pact.* Ne alioqui decipiatur creditor, qui non aliter fuerat crediturus *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. l. & fundo 19. supr. de seruit l venditor 13. supr. Commun. præd.* Ergo quemadmodum si tibi credidero decem sic vt nouem tantùm debeas non ampliùs quàm decem ipso iure debebis, vt hîc ex Proculo Vlpianus scribit. Ita si è contrario dedero tibi decem sic, vt vndecim debeas, dicendum est vndecim te debere & totidem posse me abs te condicere eiusdem pacti potestate quia nec aliter fueram tibi pecuniam crediturus, nec licere tibi debet vt accepta mea pecunia me decipias. Pacta enim omnia seruanda sunt, quę nec contra leges sunt nec contra bonos mores *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor supr. de pact. l. si creditor 7. § vlt. infr. de distract. pignor.* Tale autem esse pactum hoc de quo tractamus ex eo apparet quod si credidero tibi decem sic vt vndecim debeas, deq; ea re stipulatio interposita sit, nemo dubitat quin vndecim petere condictione certi ex stipulatione possim, quoniam vsuræ quælibet dûmodò licitæ sint in stipulationem deductæ sint, proculdubio debentur *d. l. Titius 24. de præscr. verb. l. 3. C. de vsur.* quæ tamen non deberentur si stipulatio esset interposita vel côtra leges vel contra bonos mores *l. generaliter 26. & seq l stipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig l. 4. C. de inutil stipulat.* Dec. Multũ interest an pactũ etiam quod neque contra leges sit neque contra bonos mores, adiiciatur incontinenti post contractum bonę fidei, an incôtinenti post contractũ stricti iuris qui re & traditione perficiatur vt mutuũ donatio. Et ex contractibus innominatis do vt des, & do vt facias. Nam pacta quæ incontinenti post côtractum bonæ fidei interponuntur, non tantùm insunt côtractui hactenus vt pariant actionem aliquam ad id quod pacto côprehensum est, sed etiã insunt actioni ipsi bonę fidei, ita vt eam forment, id est hâc illi dent formam vt ad ea côperat non tãtùm quæ ex illius côtractus natura pręstari debent, sed ad id etiã vt fiat id quod in pactione deductũ est *d. l. iuris gentium 7. §. quinimò supr. de pact.* quamuis ea res actionẽ Pręscriptis verbis non excludat *l. 1. C. de pact. int. empt. & vendit.* At pacta incontinenti apposita post contractũ stricti iuris insunt quidem contractui hactenus, vt pariant actionem, sed non vt informent actionem ex contractu descendentẽ nisi cùm de stipulatione agitur vt *in d. l. lecta*, aut pariant actionẽ nouam Pręscriptis verbis, manca scilicet vi & potestate actionis strictæ, quæ quoniam stricta est non potest extendi ad id quod pacto comprehensum est. Ideóque nimirum solemus dicere Pacta incontinenti apposita inesse iudiciis bonæ fidei *d. §. quinimò de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eod.* ad differentiã scilicet iudicio, ũ stricti iuris, vt latiùs à nobis ostensum est *ad d. § quinimò* Sed tamẽ excipiendũ est in côtractu mutui pactũ de vsura aliqua præstanda; quale hoc est de quo agimus, cum conuenit, vt qui decem mutua accepit, reddat vndecim. Nam vndecimus ille nũmus neque condici potest condictione certi ex mutuo quia cum mutuũ perficiatur numeratione non potest nasci côdictio vltra id, quod numeratũ est *l. si tibi 17. supr. de pact. vbi dixi l cùm vltra 9. C. de non numer. pecun.* Neque peti per actionem præscriptis verbis, quoniam odiũ vsurarũ facit vt ex pacto quãuis incontinenti apposito nũquam deberi possint sed tantùm ex stipulatione *d. l. 3 C. de vsur. d. l. Titius 24. de præscr. verb.* Eadem enim ratio facit vt nec pœna ex nudo pacto peti possit quãuis apposito incôtinenti post contractũ bonæ fidei *l. seruum 7. inf. de seru. export.* Quod & aliis quibusdã casibus obtinet vt *in l. quòd si locus 11 vbi dixi supr. de religios. & sumpt. funer.* Nec magis puto, quod tamen Cuiacius existimat & Accursius hîc sentire videtur, nũmum illũ vndecimũ posse hodie peti ex donatione, postquàm placuit Iustiniano vt etiam nudo pacto fieri possit donatio *l. sancimus 35. § vlt. C de donat.* Quis enim mutuã pecuniã accipit, vt donet? vt disputaui *ad d. l si tibi.* Quid ergo si crediderim tibi centum eo pacto incontinenti addito, vt pro me aliquid facias puta pingas tabulam, aut pro me Romã eas. An ex hoc pacto dabitur actio? Dabitur vtique, vt ego quidem arbitror. Non condictio, quoniã actio stricta est vt diximus. Sed præscriptis verbis, quoniã verum est hoc pactũ dedisse causam contractui Nec aliter fuerã tibi pecuniam crediturus Accursius tamen negat, quasi pactũ hoc in vsurarũ fraudem adiectum videri debeat; & alia constituenda sit hac parte ratio mutui, alia cæterorum contractuum, quoniam in mutuo quicquid excedit sortem vsura est & fœnus: Adeò vt nec adhibenda sit distinctio, An creditor solitus sit fœnerari. quæ in aliis contractibus plerumque adhibetur *l. qui semisses 13. §. vlt. infr. de vsur.* Sed non placent hæ rationes. Non enim vsuræ omnes iure ciuili prohibitæ sunt sed eæ tantùm, quæ excedunt legitimum modum vsurarum. Ideóque dicimus non valere pactiones, quæ fiũt in fraudem legitimarum vsurarum *l pecuniæ 9. §. 1. l placuit 29. infr. de vsur.* Nec rursus vsura iure ciuili potest consistere nisi in pecunia. In quo maximè differt ius ciuile à Pontificio. Ex quo quicquid excedit sortem vsura est, & fœnus, etiamsi vel minima sit salutatio. Vt puta si quis pecuniã alteri credat ea mente vt ab occurrente quandocunque debitore primus salutetur. Itaque illicita sunt iure pontificio huiusmodi pacta omnia, quæ tamen iure ciuili valere nemo negauerit.

2 ¶ Si fugitiuus seruus numos tibi crediderit: an condicere tibi dominus possit, quæritur: & quidem si seruus meus, cui concessa est peculij administratio crediderit tibi: erit mutua, fugitiuus autem, vel alius seruus, contra voluntatem domini credendo, non facit accipientis, quid ergo? vindicari nummi possunt, si extant: aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi, quod si sine dolo malo consumpsisti, condici tibi poterunt.

Ad §. vlt. Si fugitiuus.

Rat. dub. Seruus meus licèt pecuniæ meæ dominus non sit, si tamen ei concessa sit peculij administratio & is pecuniã peculiarẽ credat, facit eã mutuam Id enim vtilitatis causa receptũ est fauore dominorũ, vt tãto faciliùs & cômodiùs per seruos contrahere & fœnus exercere possint. Sicut & quolibet alio contractus genere potest seruus de re peculiari disponere, & domino acquirere ex persona domini. Etiã stipulãdo *Tot. tit. de stipul. seruor.* quãuis stipulatio sit iuris ciuilis *§. de constituta instit. de action.* cuius tamẽ omnino sũt incapaces serui *l. quod attinet 32. de reg. iur.* Atqui seruus licet fugitiuus fiat, nô tamẽ liberat se à domi-

dominio & potestate domini, & quamuis furtum sui faciat, quantum potest *l.1.C.de seru fugit.* non tamen suam possessionem magis interuertere potest, quàm aliarum rerum domini *l.rem quæ nobis 15.in fin. de acquir. vel amitt.poss.* Ergo perinde facit mutuam pecuniam domini peculiarem quàm credito postquàm fugitiuus est, atque si fugitiuus non esset. Dec. Quod seruus peculiares nummos credendo facit eos mutuos nō ex alio proficiscitur, quàm quia ex domini voluntate eos credere intelligitur, cùm ei dominus administrationem peculij concesserit. Neque enim peculiū datur sine administrandi peculij potestate. Generaliter enim quicquid ex domini voluntate fit à domino ipso factū videri debet *l.certi 9.§.si nūmos* vbi diximus supr. Atqui voluntas illa domini finita esse creditur statim atque seruus fit fugitiuus, quia libera peculij administratio non magis permanere potest in seruo fugitiuo quàm in subrepto aut in eo de quo nesciat dominus an viuat an sit mortuus *l.libera 48.infr de pecul.* Non ergo potest credendo nūmos domini quāuis peculiares facere illos accipientis, quia eos credere intelligitur non tantùm non ex domini volūtate quod sufficeret, sed quod magis est contra domini voluntatem, quandoquidē prior voluntas hoc ipso quod seruus fugit, habetur pro reuocata. Proinde non facit eos mutuos cùm mutuū non possit contrahi quin nūmi fiant accipientis, licèt nō sit æquè semper necesse vt sint dātis *d.§.si nūmos & hac lege in princip.& l singularia 15.infr.* Obscurè tamē valde videtur quod scriptū est in *l.fugitiu.9.infr.de fugit.* si fugitiuus seru⁹ meus cùm pro libero se gereret nūmos meos mihi subreptos tibi crediderit, obligari te mihi. Quo enim iure potes obligari, quin mei nūmi ex meis tui fiāt? Sed dicendū est intelligi debere legem illā de eo casu quo nūmi à fugitiuo crediti sint *consumpti*: Quo casu Vlpianus quoque hîc fatetur cōdictionē cōpetere: quæ cùm sit actio personalis præsupponit sine dubio personalē obligationem, quasi cōciliato mutuo per consumptionē vt hîc Accursius loquitur. Cæterùm si nummi extant, vindicari possunt & debent, tanquam quorum dominium penes me manserit. Vindicare enim quilibet potest id quod suū possit dicere *l. Quintus 27.§.argento infr.de aur.& argent. leg.* Quòd si is qui à fugitiuo nummos accepit, eos dolo malo possidere desierit, ad exhibendum agi cū eo poterit. Qua demùm actione tenetur ille, qui aut possidet aut dolo malo desiit possidere *l. si ad exhibendum 8.& pass.supr.ad exhib l.1.§. vlt.infr. de fuga. iunct.* Sed & si nummos meos adhuc extantes condicere malim quàm vindicare, puto mihi hoc permittendum, non quasi in hoc casu contra te qui fur non es & à fugitiuo meos nummos accepisti bona fide, quasi ab homine libero, cùm is se pro libero gereret, possit condictio cum vindicatione concurrere, contra regulam *l. vlt. supr. Vsufr. quem caueat.* Sed quia cùm nummos à fugitiuo meo subreptos & creditos condico alia condictione quàm furtiua [nec enim fiunt furtiui quandiu penes seruum fugitiuum remanēt, quia nec eorū possessio interuertitur *d. l. rem quæ nobis*] hoc ipso ratam habere videor numerationē ab eo factam, vt non iam contra meam voluntatem, sed ex mea voluntate nummos meos credidisse videatur. Sed hoc casu non erit mihi permittendū eosdem nummos vindicare, vbi eos semel condicere voluero: Obligaris ergo mihi accipiendo mutuos nummos à seruo meo fugitiuo si velim te obligari, quandiu scilicet nummi extant, quamuis possem eos vindicare si mallem: Cæterum si iam consumpti sint dicendum est, omnimodo te obligari, & cessante vindicatione quæ locū habere amplius non potest condictioni locum esse. Si tamen eum liberum existimans, ei solueris placet liberari te à me etiam inuito *d. l. fugitiuus,* vbi ratio redditur, quia hoc casu nummi mei facti sunt & quasi mihi solutum intelligitur, ideoque subiicit Pōponius aliud esse, si seruus meus fugitiuus iusserit tibi vt alij eius nomine solueres aut solutionem alij eius nomine factā ratam habuerit: quoniam his casibus nō perinde mihi solutū videri potest, quod alij quàm seruo meo solutum est: Cùm per seruum ipsum fugitiuum non tantùm possessio, sed etiam dominium acquiratur *l. 1. §. per seruum qui in fuga sit & d. l. rem quæ nobis 15. de acquir. poss.*

12. POMPONIVS libro 6. ex Plautio.

SI à furioso, cùm eum cōpotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis, eáque in rem tuam versa fuerit: condictionem furioso adquiri Iulianus ait. nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex hisdem etiam furioso adquiri. Item si is, qui seruo [a] crediderat, furere cœperit, deinde seruus in rem domini id verterit: condici furiosi nomine posse. Et si alienam pecuniam [b] credendi causa quis dederit, deinde furere cœperit, & consumpta sit ea pecunia: condictionem furioso adquiri.

Ad l. si à furioso 12.

Rat. dub. Furiosi nullus consensus esse potest nullaque volūtas *l.1.§.furiosum infr.de oblig.& action. l.in negotijs 5.de regul.iur.* ideóq; absentis loco esse dicitur *in l.vbi non voce 124.§.furiosus eod.* Nisi quod interdū deterioris cōditionis etiam est, quàm absens, in iis scilicet quæ ratihabitionē desiderant, cùm in eo animus desit vt ratū habere nō possit *l.2.§.1 supr. de procurat.* Atqui voluntas tradentis eā quoque rem quæsit sua, omninò necessaria est ad trāsferendum dominium *l.in omnibus rebus 55.infr.de oblig.& action.l. vlt.supr.vsufr.quem caueat l.non omnis 19.infr.hoc tit.* dominium porrò translatum esse oportet priusquàm cōdictioni locus esse possit, cùm nemo rē suā condicat nisi à fure *d.l.vlt.supr.vsufr.quem caueat.§.sic itaq; instit.de action.* Nullo igitur modo nullóq; casu fieri potest, vt furioso etiā qui pecuniā suā credidit, detur cōdictio siue eū mentis cōpotē esse putaueris, siue furiosum esse scieris: quia quod eum mentis suæ compotē esse putasti, bonam fidem tibi potest tribuere *l.2.§ si à furioso infr.Pro emptor.* sed animū, intellectū & voluntatē furioso dare non potest. Rursum cur distinguam⁹ an pecunia furiosi versa sit in rem tuā necne cùm siue ex numeratione nascatur condictio siue q̄ verius est, ex cōsūptione secuta, æquè verū sit & numeratā & cōsumptā fuisse pecuniam

quam à furioso accepisti. DEC. Sicuti furiosus obligatur non tantùm naturaliter sed etiam ciuiliter, vt possit efficaciter conueniri, quotiescunq; ex re actio venit *l furiosus 46 infr. de obl. & act.* Ita & multo magis dicendum est condictionem & aliam actionem quamlibet quæ ex re ipsa nascatur furioso acquiri posse. Nempe quoniam eo casu nec scietia nec voluntas requiritur in eo qui ex re ipsa vel obligat vel obligatur. Ex quibus autem causis etiam ignorantibus nobis acquiri possunt actiones, ex iisdem furioso quoque acquiri eas posse certum est: *l filiusfamilias 16. § Marcellus inf qui test. facer. poss. § sui autem heredes Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* Ne propter furorem deterioris conditionis sint furiosi quàm ignorantes cùm nihil adiiciat furor ad ignorantiam, nisi vt furiosus tum quoque cùm præsens est pro ignorante habeatur, vt nec ea quę videt sciat, quemadmodum de pupillo scriptum est in *l. 1. C. de fals. monet.* quamuis in plerisque melior sit cōdicio pupilli quàm furiosi *d. l. 1. § furiosum & seq de obl. & action. d. l. 5. de reg. iur* Atqui condictio certi ex mutuo acquiritur etiā ignoranti quoties quis alienam pecuniam credidit, aut suam quidem, sed cuius alienandæ potestatem non habuit si is qui mutuam accepit, eam consumpserit *l. prox. l. nō omnis 19. § si pupillus inf. hoc tit. l. si quis pro eo 56. § si nummos inf. de fideiuss. l. pater filia 81. infr. de iur. dot.* Idem ergo etiam in furioso dicendum est. Eiusque sententiæ alia exempla adferuntur ex eodē Pomponio cuius hæc lex est, licet ex alio libro sumpta, nempe ex libro singulari regularum *in l. si à furioso 24. vbi* eadem quæ hîc sententia & veluti regula proponitur *inf de obl & act.* Quare nō possum intelligere cur Ioannes dandam noluerit hoc casu vtilem tantùm condictionem ex mutuo non etiam directam, aut cur Azo neque directam, neque vtilē specialem ex mutuo concedat, sed tantùm condictionem certi quam vocat generalem aut cōdictionem sine causa ex *l si & me 32. inf. hoc tit.* Quidni enim detur directa ex mutuo, cùm verum sit, & mutuam acceptam esse pecuniam ac proinde pecuniam furiosi consumptam ab eo qui accepit non esse penes eū sine causa cùm sit ex causa mutui, quod licet ab initio non valuerit, ex postfacto tamē per consumptionem conualuit: Et pecuniam furiosi, quamuis non ex eius cōsensu qui nullus fuit nec esse potuit, tamen facto ipsius ad eum peruenisse qui mutuam pecuniam rogauit? Quam rationem adfert Vlpianus dandæ condictionis pupillo, qui mutuam pecuniam suam credidit sine authoritate tutoris *in d. l. non omnis § si pupillus.* In quo differt casus *d. § si pupillus* & huius legis à specie, quę proponitur *in d. l. si & me,* vbi errauerat debitor in persona creditoris cuius erat pecunia cùm eam stipulatus esset à debitore vnius, tanquam à debitore alterius, vt proinde mutuum nullum contractum dici posset neque ab initio per numerationem neque ex postfacto per consumptionem. Quoniam ea demum pecunia fit mutua per consumptionem quæ facta fuisset mutua per numerationem si is qui numerauit, alienandæ pecuniæ potestatem habuisset in *l. si filiusfamilias 14. inf.* Vt in exemplis huius legis, *& d. § si pupillus & l. si à furioso 24. de obl. & action.* Ideoque dicitur nasci hęc condictio ex causa numerationis *in d. l. si quis pro eo 56 § si nummos inf. de fideiuss.* quia nihil prodesset consumptio si non præcederet causa numerationis, & quidem talis ex qua actio esse potuisset si dominiū ad accipiētem transisset vt loquitur *Vlp. in d. l si filiusfamilias 14. inf.* Atqui in specie *d. l. si & me,* is cuius intelligitur fuisse pecunia quæ ad debitorem per delegationem peruenit, poterat transferre dominium suæ pecuniæ per numerationem, aut quod effectu idem est per delegationem, quæ hîc numerationis loco est si debitor in persona creditoris non errasset, neque fuisset necessaria consumptio ad hoc vt mutuum conualesceret. Et quod mutuum ab initio non valuit, non contigit defectu potestatis aut voluntatis in persona creditoris, sed propter debitoris errorem circa personā sui creditoris cùm alij obligari vellet quàm ei cuius erat pecunia, quippe quam alterius esse putabat quàm cuius esset. Nihil igitur hîc facere consumptio potest ad inducendam siue directam, siue vtilem certi cōdictionem ex mutuo, & ideo ad aliam condictionis speciem decurrendū est, quę generaliorem causam habeat quàm habere debeat condictio certi ex mutuo, illam nimirū quæ à Celso ibi traditur, quòd pecunia mea ad te peruenit, & quidem quod ad me pertinet eo animo vt tu mihi obligareris, licet ex parte tua consensus nullus interuenerit, quia alij obligari voluisti non mihi. Eā igitur mihi abs te reddi bonum & ęquum est. Quib. verbis, cùm ratio & æquitas quædam naturalis potius quàm ciuilis significetur, non aliam puto esse speciem illam condictionis, quàm quæ iuris gentiū esse dicitur à Marciano in *l. rerum 25. inf Rer. amot.* vbi ait Iure gentium cōdici nec posse ab his qui non ex iusta causa eas possident. Aliud enim longè est habere quid sine causa, quo casu comparata est cōdictio quæ ob id dicitur sine causa. Aliud verò habere quid ex nō iusta causa: Causa siquidem non iusta causa tamen est, licèt non iusta Et alia etiam iure ciuili condictio est quæ dicitur sine causa, alia verò quæ ob turpem vel iniustā causam vt ex diuersitate Titulorum apparet. & ex *l vlt. inf. de condict. sine caus.*

a *Item si is qui seruo.* RAT. DVB. Cùm numeratio pecunię creditæ furorem præcessit, non potest furor superueniens impedire ne ex numeratione condictio nascatur, sicuti nec furor superueniens dirimit nuptias iam contractas *l. patre furioso 8. supra de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Præsertim cùm ex numeratione translatum sit dominium in accipientē id est in serui accipientis dominum, cui scilicet per seruum & dominium & possessio statim acquiritur, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consistat *l placet 79. inf. de acq. hered.* Cùm igitur is qui seruo alieno pecuniam credidit, postea furere cœpit, nihil obstare videtur, quominus statim nascatur condictio, nec expectandum est vt seruus eam pecuniam vtiliter cōsumpserit & in rem domini sui verterit. DEC. Melior cōdicio nostra fieri potest per eos quos in potestate habemus, deterior non potest *l melior 133. de reg. iur.* Itaque non quemadmodū per seruum obligatio acquiritur ipso iure domino: Ita illud quoque admitti potest, vt per seruum mutuam pecuniam accipientem dominus obligetur, nisi quatenus in peculio serui est si is peculium aliquod habeat aut si quid amplius in rem domini versum fuit *tot. tit. De pecul. & de in rem vers. infr.* Tractamus autem hîc de seruo qui peculium nullum habeat: Alioqui statim ex numeratione nasceretur condictio de peculio ex mutuo bene contracto, neque vtilis consumptio expectaretur. Vt ergo dominus hoc casu obligetur, necesse est in rem domini versam esse pecuniam quæ seruo numerata est. Quo tempore si creditor furere cœperit qui numerationis tempore non erat furiosus, non tamen faciet furor quominus condictio certi ex mutuo nascatur, qua-

tur, quatenus in rē domini versum probabitur, id est cum adiectione illa de in rem verso. Est enim non tam propria & separata actio illa, quàm qualitas & adiectio quædam alterius competentis actionis, sicut & actio de peculio. §. *preterea Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Et ita benè hîc Accursius explicat. Condici ergo furiosi nomine poterit hæc pecunia. Non ait Pomponius furiosum posse condicere, quia neque agere ipse neque aliud negotium vllum facere potest ne quidem authore curatore, sed ipsius nomine & agere & omnia facere curator debet. *l. in negotijs. De regul. iur.* quia absentis loco habetur furiosus, tum quoque cùm præsens est vt supra diximus ex *l. vbi non voce 114. §. 1. eod. titul.*

Et si alienam pecuniam. RAT. DVB. Cum aliena pecunia credita est non potest consumptio facere, vt eo magis videatur fuisse credentis, licet credendi causa & animo fuerit numerata, nec proinde vt dominium pecuniæ creditæ translatum dici possit in accipientem quod numquam fuit penes numerantem *l. traditio 20. infr. De acquir. rer. dom. in.* Ergo nec potest consumptio facere vt condictio certi ex mutuo nascatur ex huiusmodi numeratione cùm mutuum esse nequeat si non fiat de meo tuum *l. 2. §. supr.* DEC. Toties datur condictio pecuniæ ex causa mutui numeratæ & postea consumptæ quoties numerata est pecunia ex ea causa ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset *l. si filiusfamilias 4 infr.* Atqui nemo dubitat quin si credentis fuisset pecunia, vtique nata fuisset certi condictio ex mutuo statim ex ipsa numeratione. Fuisset enim pecunia facta accipientis Ergo etiamsi aliena pecunia credita sit, si tamen consumpta fuerit: dicendū est condici eam posse, & quidem condictione certi ex mutuo, perinde acsi mutuum ab initio valuisset, Directa igitur non vtili. Etsi enim consumptio non est legitimus modus acquirendi dominij, est tamen modus amittendi, cùm nemo possit se dominum dicere eius pecuniæ, quæ consumpta nec amplius in rerum natura est. Amisso itaque dominio per consumptionem nihil impedit quominus is qui numerauit eo iure censeri debeat quo censeretur si pecuniam suam numerasset cùm verum sit numeratam ab eo fuisse pecuniam quam nemo iam possit suam dicere: Et quam rursum negari non potest factam fuisse accipientis per consumptionem, cùm omnem rei vtilitatem habuerit is, qui rem consumpsit. Quid enim aliud habere potuisset etiamsi dominium statim & ab initio per numerationem in eum transiisset? Aut quis ei iam inuideat dominium hoc quod neque habere, neque sibi acquirere alius quisquam amplius possit? Merito igitur dicendum est nasci hoc casu condictionem siue vtiliter siue inutiliter pecuniam consumpserit is qui accepit. Tunc enim hæc distinctio adhibenda est, cùm agitur de ea persona quæ nec alium obligare potuerit nec seipsam aliter quàm si pecunia in rem aliquam verteretur, vt in seruo illo de quo actum est in *versic. praced.* aut in minore se obligante aut muliere pro alio intercedente *l. doli 17. infr. De nouat. l. vir vxori 17. §. 1. infr. ad SC. Velleian.* Ergo si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere cœperit & consumpta sit ea pecunia, verum est quod hîc scribit Pomponius & in *l. si à furioso de oblig. & action.* condictionem acquiri furioso. Ex quo apparet tanto manifestiùs quod suprâ diximus condictionem hanc immediatè & proximè nasci ex consūptione nō ex numeratione: quāuis nō nascatur ei cuius fuerunt nūmi sed ei qui numerauit quoniā & ipsi acquisita ab initio esset si nūmi eius fuisset, *Iunge l. prox. §. 1.* vnde Papinianus infr.

13. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

NAm & si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit: sed, consumptis eis, nascitur condictio.

Ad l. Nam & si fur 13.

RAT. DVB. Nemo ex improbitate sua consequi debet actionem *l. itaque 12. §. 1. infr. de furt.* Ergo si fur nummos quos subripuit credendi animo dederit, cùm eos non faciat accipientis, nullam condictionem habere debet, nec si consumpti sint. Nam nec alij potest acquiri actio quàm cuius interest *l. stipulatio ista 38. § alteri iunct. l. 3. §. 1 de verb. oblig.* Non autem videtur cuiusquam interesse si non intersit ex honesta causa *l. tum is 11. furt. l. 1. §. sciendum infr. Ad exhib.* Quæ ratio est propter quam fur furti agere non potest *d. l. itaque §. 1.* Neque enim ex honesta causa interest furis, quippe qui neque actione ad exhibendum neque condictione furtiua tenetur alia de causa quàm quia fur est. DEC. Condictio pecunię quam fur mutuam dedit non acquiritur furi ex eius improbitate sed ex numeratione quam ipse fecit, propterea quòd verum est eum contraxisse cum illo qui mutuam pecuniam rogauit. & facto furis, nō autem illius qui dominus fuit, peruenisse pecuniam ad accipientem. Vnde illud etiam fit, vt ea condictio dari non possit domino pecuniæ, qui neque cōtraxit, neque pecuniam numerauit. Proinde si ea furi quoque denegaretur dicendum esset manere pecuniam debere penes eum qui accepisset, atque ita fieret vt is alienam pecuniam sibi creditam impunè retineret, & ex aliena iactura locupletaretur, quod non tantùm à ciuili sed etiam à naturali ratione abhorret *l. nam hoc natura 14. infr. de condict. indeb. l. iure natura 206. de reg. iur.* Actionis ad exhibendum aut Furti longè alia ratio est. Competunt enim non ex facto agentis, sed ex sola improbitate illius qui conuenitur, & alienam rem vel subripuit, vel saltem iniustè detinet, Nec alia ratione, quàm quia intersit agentis, & quidem ex honesta causa. Mirum igitur non est huiusmodi actiones furi denegari quas non nisi ex sua improbitate haberet, nec alia de causa quàm quia fur fuisset, si permitteretur ipsi ijs experiri: Quamuis permittatur domino condicere certi etiam contra furem condictione furtiua *l. certi 9. sup.* licèt nullum quoque domini factum in eo intercedat, Nempe quia ex honesta causa ipsius interest nec æquum est furem ex delicto sua lucrari.

1 ¶ Vnde Papinianus libro 8. Quæstionum ait: Si alienos nummos tibi mutuos dedi: non antè mihi teneris, quàm eos consumpseris: quòd si per partes eos consumpseris[a] an per partes tibi condicam, quærit, & ait condicturum si admonitus alienos nummos fuisse, ideo per partem condico, quia nondum totos consumptos compereram.

Ad §. 1. Vnde Papinianus.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad versic. vltimum legis præcedentis, vbi diximus condictionem certi ex mutuo licet acquiratur ei qui contraxit & pecuniam numerauit, quamuis alienam potiùs quàm domino pecuniæ, non tamen acquiri ex numeratione, sed ex consumptione, quoties per numerationem non transiit dominiũ in accipientem. Ex quo apparet quàm otiosa sit quæstio quæ ab Accursio hîc proponitur, & quàm mala ad propositam quæstionem responsio. Quærit enim, si alienam pecuniam quam dedi tibi mutuam reddi mihi stipulatus sim & dominus eam vindicet antequàm sit consumpta, An mihi ex stipulatione tenearis? Respondet autem repelli me posse & debere exceptione doli propterea quòd eam pecuniam vindicanti domino restituere tenearis, vt proinde cùm restituis videaris eam amittere sine culpa tua: quæ res dare tibi debet doli mali exceptionem *l. 1. §. si seruus communis inf. de stipul. seruor.* Quasi verò interposita stipulatio ex causa mutui aliquas vires habere possit, cùm mutuum reuera nullum contractum est: quod vtique nemo probabiliter dixerit. Nam si verum est, vt est, quod ait Pomponius in *l. cùm enim 7. inf. de nouat. & delegat.* Cùm pecunia mutua data stipulamur non nasci obligationem ex numeratione & eam deinde per stipulationem nouari, quia id agitur vt sola stipulatio teneat, nec nisi implendæ stipulationis gratia numerationem intelligendam esse fieri. Quis putet impletam esse stipulationem per mutuum alienæ pecuniæ, quod sit inutile & ex quo non sit translatum dominium pecuniæ in accipientem? Nec certè negari potest, quin id agatur inter contrahentes hoc casu vt vnus tantùm sit contractus, & quidem obligationis verborum non duplex, sed ita tamen, vt non aliò casu nascatur condictio certi ex stipulatione quàm quo nasceretur certi condictio ex mutuo si stipulatio interposita non fuisset. Tanquam interposita stipulatione in locum condictionis, vt *in l. vlt. §. 1. inf. Rat. rem haber.* Atqui etiamsi non fuisset interposita stipulatio, Nulla tamen certi condictio ex mutuo nasceretur ex huiusmodi numeratione, quia nec valuit mutuum ab initio: Ergo neque actio vlla & condictio certi ex stipulatione nascetur ante consumptionem: quo demum tempore nasceretur condictio certi ex mutuo, si nulla fuisset interposita stipulatio. Proinde nihil est quod de doli exceptione tractari hîc possit, quippe quæ semper & in necessarium antecedens supponit natam ac competentem actionem ex stipulatione. Nec similis est hic casus illi quo interposita sit aliqua stipulatio sine causa. Quo casu dicimus necessariam esse doli exceptionem *l. 2. §. circa inf. de doli mal. except.* Id enim rationem illam habet quia cùm stipulatio aliqua simpliciter sine causa interponitur id inter contrahentes agitur vt stipulatio teneat omnimodo ipso iure: Quę res necessitatẽ inducit opponendę exceptionis doli mali; vt & in specie *d. l. 1. §. si seruus communis inf. de stipul. seruor.* At in proposito, quemadmodum id agitur vt sola stipulatio teneat ex causa mutui, vnúsque sit contractus obligationis verborum *d. l. cùm enim iunct. §. vlt. legis præced. de nouat. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus de verb. oblig.* Ita & id agitur vt ita demum teneat stipulatio, si valida & efficax fuit numeratio ad inducendam per se condictionem certi ex mutuo quod in proposita specie non contingit cum aliena pecunia credita & numerata est: Sufficit igitur hactenus valere stipulationem vt ex ea possit nasci actio eo casu & tempore quo nulla stipulatione interposita nasci posset condictio certi ex mutuo, id est secuta demum consumptione. Alioqui contractus hic qui constat ex numeratione & stipulatione dimittendus esset, vt quamuis numeratio non valeret, stipulatio tamen teneret, quod esset absurdum cùm sit vnicus contractus *l. tutor vrgentibus 47. §. 1 supr. de minor. l. nam absurdum 7. infr. de bon. liber. l. si ita stipulatio 39 in fi. de oper. libert.* Idem Accursius quærit, si alienam pecuniam quasi mutuam tibi numerauerim, neque velis eam consumere an aliqua & qua demum actione tenearis. Et postquàm tentauit neque teneri te condictione certi ex mutuo, quandiu in pendenti est consumptio *l. non omnis 19. versf. & cùm pecunia infr. hoc tit.* neque condictione sine causa, cùm pecunia hæc sit penes te ex causa, quę nondum est finita; nec detur illa condictio ratione solius possessionis, sed ita demum si coniuncta sit causa dominij. Concludit tamen perinde teneri te debere, acsi pecuniam consumpsisses, quia non nisi per te stet, quominus eam consumas ex regula *l. iure ciuili 24. de condic. & demonstr.* Nisi, inquit, hoc facias, bona fide, fortè si denunciatum tibi sit à domino ne consumas. Sed malè. Nam præter id quod is qui mutuam accipit pecuniam non statim cogitur eam consumere, nec idcirco videri potest in mala fide esse, quòd illam tardius consumat. Falsum est sufficere ad inducendam condictionem certi ex mutuo credita pecunia aliena quòd per te stet ne eam consumas. Alioqui dicendum esset ipso numerationis die nasci condictionem nulla etiam secuta consumptione, quia certum est potuisse eo ipso consumi pecuniam si is qui accepit consumere illam voluisset. Verius igitur est quod generaliter Iulianus scribit *in d. l.* non omnis, quandiu est in pendenti an id futurum sit, quod condictionem parere potest, cessare obligationem. Ac proinde eo casu quo non tam ex numeratione quàm ex consumptione pecuniæ nasci potest condictio tandiu pendere condictionem, quamdiu pendet consumptio. Nec igitur posse tibi pecuniam condici prius quàm eam consumpseris: siue causam aliquam habeas eius non consumendæ siue nullam. Nec ratio vlla est cur tibi succurri debeat, darique condictio ante consumptionem, cum pecuniæ dominium in accipientem non transtuleris quia fuit aliena *d. l. traditio 20. de acquir. rer. dom.* nec tamen eam vindicare possis quia non est tua. Interim igitur condictionem pendere necesse est vt & in aliis plerisque casibus de quibus *in d. l. non omnis & l. proinde 8. supra.*

quia

quia pendet an pecuniam sis consumpturus an dominus eam priùs vindicaturus. Quod autem pendet non pro eo est quasi sit, vt habet iuris regula *l. is damnum dat* 169. §. 1. *de regul. iur.* Neque verò ideo tenetur is qui alienam pecuniam sibi creditam consumpsit quia consumpserit, sed quia per consumptionem fecit vt verus dominus qui extantem pecuniam quasi suam poterat vindicare, dominium rei suæ amiserit, & ita in eum statum rem redigit, vt vel danda sit actio ei qui pecuniam quamuis alienam numerauit, vel relinquenda in perpetuum pecunia penes eum qui accepit, vt ex aliena iactura impunè locupletetur, quod est multo absurdius. Atqui, quod is qui mutuam accepit pecuniam eam consumere potuerit, quam tamen non consumpsit, quódque per eum steterit quominùs consumpserit siue sciuerit siue nesciuerit esse alienam, non facit vt pecuniæ dominus videri possit dominium eius amisisse quandiu adhuc reuera extat nec proinde vt pecunia quæ consumpta non est haberi debeat pro consumpta: vindicare enim illam potest dominus quandiu extat, quam consumptam vindicare non posset.

a *Quòd si per partes eos consumpseris.* RAT. DUB. Contractus omnes sui natura sunt indiuidui, quòd credendum sit eum qui in solidum ita contraxit, non fuisse pro parte contracturum *l. tutor vrgentibus* 47. §. 1. *supr. de minor. l. cùm ex causa* 139. *infr. de verb. oblig. l. si quis aliam* 46. *de solut.* Ergo tum quoque cùm quis alienam pecuniam credendi animo numerauit & ea pro parte consumpta est, dicendum est ex ea siue numeratione siue consumptione actionem & condictionem vel nullam penitus nasci debere vel pro tota quantitate. DEC. Quemadmodum cùm ex numeratione actio nascitur, quod contingit quoties dominium pecuniæ transiit in accipientem, non nascitur condictio nisi quatenus numeratum est *l. si tibi* 17. *supr. de pact. l. cùm vltra* 9. *C. de non numer. pecun.* Ita & cùm nascitur condictio ex consumptione, quod euenit in hac specie cùm fur subreptos nummos, aut aliàs alienos credidit, nulla potest nasci condictio nisi quatenus pecunia consumpta est, vt effectus causæ suæ respondeat. Nam & cùm de in rem verso agitur, non nascitur actio quatenus pecunia credita & numerata est, sed quatenus in rem versa adeóque quatenus durat versa *l. si pro patre* 10. §. *versum & pass. infr. de in rem vers.* Ergo si alienos nummos tibi mutuos dedero, sicuti non antè mihi teneris condictione quàm eos consumpseris, ita si per partes eos consumpseris consequens est, vt si per partes consumpseris, possim ego partem consumptam condicere, si admonitus alienos nummos fuisse ideo per partem condicam, quia nondum totos consumptos comperteram. Sic enim legendum est vt Florentiæ, non vt apud Accursium *si admonitus fueris* addita deinde particula *vel* ante dictionem *ideo* quasi Papinianus distinguat an admonitus fuerit is qui mutuam pecuniam accepit, ne eam consumeret, an cõsumpserit non admonitus, quod ridiculum est. Nihil enim facit admonitio sed sola consumptio, sensus igitur est posse me per partes condicere eo demùm casu quo postquàm fui admonitus alienos nummos esse, comperi nondum consumptos totos fuisse. Ideo enim de admonitione locutus est Papinianus, quem Vlpianus hìc refert, quia non priùs quærendum est de consumptione, id est, an pecunia credita consumpta sit in totum vel pro parte, nec proinde de condictione per partes danda, quàm compertum sit alienos nummos fuisse quod citra admonitionem & denunciationem alicuius fieri non potest. Non igitur eo sensu quem sibi fingit Accursius de admonito debitore vt pecuniam non consumat, sed de admonito creditore alienam esse pecuniam quam numerauit: quod si aliter resciuerit quàm per alicuius admonitionem, idem iuris erit, vt statim sciens ei debeat creditos nummos condicere per partes quatenus scilicet compererit consumptos eos fuisse. Nam quamdiu putat creditor suam se pecuniam non alienam credidisse frustra quærat, an possit pecuniam pro parte cõdicere, quam totã potest. Qui enim totum petere potest, non est prohibendus quin partẽ iudicio persequatur si velit, cùm humanius sit vt & inuitus partẽ accipere cogatur si debitor partẽ dũtaxat debiti offerat, de alia verò litigare velit vt in *l. quidã existimauerunt* 21. vbi dicemus *inf. hoc tit.* At cùm non tam ex numeratione quàm ex consumptione nascitur condictio, non videatur priùs nasci posse quàm tota pecunia consumpta esset, sicuti & cùm nascitur ex numeratione non priùs nascitur quàm tota quantitas numerata sit, ne alioqui tot inducamus condictiones quot erunt nummi crediti si in singulos nummos qui numerantur condictio aliqua nasceretur. Sed non est bona comparatio numerationis & consumptionis, quia numerationis actus indiuiduus est, consumptionis verò diuiduus. Itaq; tota Accursij ad hunc vers. glossa delenda est.

¶ 2 Si seruus communis decem crediderit: puto siue administratio seruo communi concessa est, siue non, & consumantur nũmi, in quinum competere actionem [a]. Nam & si communes tibi nummos credidero [b] centum: posse me quinquaginta condicere, lib. 8. quæstionum Papinianus scribit: etiam si singula corpora communia fuerint.

Ad §. 2. Si seruus communis.

RAT. DUB. Cùm seruus communis, cui administratio concessa erat, à dominis, communes nummos credidit, fecit statim mutuam pecuniam quia transtulit dominium in accipientem, quòd ex dominorum voluntate pecuniam numerasse & tradidisse intelligatur *l. rogasti* 12. §. *vltim. supr. hoc tit.* Ergo non est expectanda consumptio, nec adhibenda distinctio an sint consumpti nummi néc-ne. Rursus cùm nummi fuerũt communes, non videtur separatim acquiri posse condictio dominis singulis in quinque sed communiter in decem vt in locum dominij succedat condictio. DEC. Consumptione conualescit mutuum etiam quod ab initio non valuit, vt diximus in præcedentibus. Ergo si consumpti sint nummi quos seruus communis credidit communes, non est distinguendum an administratio concessa fuerit seruo an non. Quomodo tamen distinguendum esset si consumptio

secuta non fuisset, concessa enim administratione, valeret mutuum ab initio, quod ea concessa non valeret nisi propter secutam consumptionem. E contrario cùm administratio concessa est, non distinguimus an secuta sit consumptio necne quomodo distingui oporteret si administratio concessa non esset: Secuta enim consumptione valeret mutuum etiam non concessa administratione quod alioqui non valeret. Cæterùm acquiritur condictio dominis non communiter quamuis corpora nummorum communia fuerint sed pro parte, quia & partem quisque dominij in nummis habuit siue communionem in singulis nummis pro indiuiso esse quis intelligat siue in pecunia non corpora cogitet sed quantitatem vt Papinianus loquitur in *l. si is cui 94. §. 1. infr. de solut.*

a *In quinum competere actionem.* Benè *in quinum* non vt vulgo *in quinque.* In quinum enim non idem significat quod in quinque, sed vt Accursius explicat in quinque & quinque, id est ita vt singuli domini possint à debitore singula quinque condicere. Vox enim distributiua est non collectiua.

b *Nam etsi communes tibi nummos credidero.* Malè Accursius noster hunc versiculum intelligit de nummis qui sint communes mihi & tibi, non autem mihi & alij. Nam cùm loquatur Vlpianus de nummis quos tibi credidi, certum est si credam tibi centum nummos qui mihi & tibi sint communes non posse mutuum valere pro ea parte dominij quam habes in his bonis communibus, & adeò non valere vt nec consumptione secuta conualescat, quasi pro tua parte alienis nummis creditis, etsi enim alieni sunt quod ad me pertinet, attamen quod ad te spectat, non sunt alieni, cùm sint tui. Itaque cùm eos consumis, non tanquam creditos, aut tanquam alienos consumis, sed tanquam tuos: & ideò non magis æquum est te obligari ex consumptione tuæ pecuniæ, quàm ex numeratione. Intelligi ergo debet Vlpianus de nummis tibi à me creditis, qui erant communes mihi & alij: Quo casu sicuti non aliter potest mihi competere condictio pro alterius parte, cui sunt hi nummi mecum communes quàm si pro illa parte consumpti sint, ita pro mea parte frustra consumptionem requiras aut expectes, cùm per numerationem dominium translatum statim fuerit in te, ideóque statim ex numeratione quæsita mihi fuerit condictio. Neque verò versiculum hunc subiunxit Vlpianus vt de consumptione loqui pergeret quod malè sensisse videtur Accursius, sed vt ostenderet, non esse nouum quod proximè dixerat, creditis nummis communibus licèt corpora nummorum fuerint communia, non tamen acquiri communiter omnibus condictionem totius quantitatis, sed vnicuique separatim, pro ea parte dominij quam siue in corporibus ipsorum nummorum siue in quantitate pecuniæ habuit. Idem enim contingit, inquit Vlpianus, si nummos mihi & alij cōmunes tibi credidero centum. Nam possum statim quinquaginta condicere, id est, non expectata consumptione, quæ tamen expectanda esset si non nisi totos centum nummos liceret mihi condicere. Certum si quidem est non posse mihi competere condictionem pro ea parte quæ socij mei fuit quousque sit consumpta. Sed si quinquaginta tantùm condicere velim, potero statim non expectata consumptione. Ratio dubitandi non alia est, quàm quæ ab Vlpiano exprimitur, quòd singula nummorum corpora communia fuerunt. Consequens enim videbatur vt nec vnum nummum nedum quinquaginta possem ipso iure condicere, nisi pro parte, cùm non aliud possim condicere quàm id demum quod meum fuit, ergo nec nisi quatenus meum fuit: quomodo circa consumptionem argumentati sumus ad §. præcedentem, sed decidendi ratio ex eo petenda est, quòd earum rerum quæ per corporalem diuisionem corrumperentur, diuisio non per singula corpora facienda est, sed per numerum. Quemadmodum contingit etiam cùm diuisio facienda est non singulorum corporum, sed gregum puta, & armentorum mixtorum ex pecoribus tuis & meis, nempe si eorum discretio sit difficilis vt in specie *leg. vsufructuarium 62. §. 1 supr. de vsufr.* Noli tamen cum Ioanne & Accursio rationem huius versiculi petere ex discretionis difficultate, sed ex diuisionis impossibilitate, quia cùm credidi tibi nummos centum communes mihi cum Titio, non sunt corpora nummorum discernenda, cum nullus sit nummus qui totus sit Titij aut totus meus, sed essent singula corpora diuidenda si commodam diuisionem pati possent per quam eorum vsus ad eos fines, in quos pecunia comparata est, non corrumperetur Ideo autem faciliùs diuidi possunt, & debent nūmi per numerum, quoniam in iis non tam corpora spectanda sunt quàm quantitas *l. si is cui 94. §. 1. infr. de solut.* Vnde est quod etiam numerantur nonnunquam inter res incorporales *l. qui heredis 47. infr. de condict. indeb.* Numerus autem vnicus modus est diuidendæ quantitatis discretæ. Iunge *l. si pœna 19. §. vlt. eod. tit. de condict. indeb. l. si Titius 62. infr. pro socio.* Addit Accursius *l. cùm pater 77. in princip. de legat. 2.* Sed nihil ea lex ad rem nostram facit, quia non tractat de diuidenda pecunia, sed de ea quæ vni ex coheredibus per præceptionem legata sit tota ex ipsius hereditaria portione redimenda vt & in *l. deducta 58. §. acceptis infr. ad SC. Trebel.*

14. IDEM libro 29. ad Edictum.

SI filiusfamilias contra senatusconsultum mutuatus, pecuniam soluerit: patri nummos vindicanti nulla exceptio obiicietur. Sed si fuerint consumpti à creditore nummi [a]: Marcellus ait, cessare condictionem; quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt: ex qua actio esse potuisset: si dominium ad accipientem transisset: in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti [b] contra senatusconsultum crediti, magis est cessare repetitionem.

Ad l. Si filiusfamilias 14.

RAT. DVB. Non est prohibendus filius etiamsi contra Senatusconsultum Macedonianum pecuniā mutuatus sit, bonā fidem agnoscere, & quod se debere scit soluere, sicuti dicimus de tutore vltro

vltro soluente debitum pupillare in *l. quoties 9. §. sicut autem infr. de admin. tutor.* Obligatur enim naturaliter filiusfamilias creditori à quo mutuam accepit pecuniam, licèt contra Senatusconsulti authoritatem, ideóque si soluat non repetit, quamuis perpetua tutus exceptione *l. sed si 9. §. vlt. & l. seq. infr. de SC. Maced. l. qui exceptionem 40. de condict. indeb.* Ergo non est permittendum patri, vt eos nummos vindicet à creditore cui filiusfamilias soluerit, non solùm si ex pecunia castrensi, vel quasi castrensi soluerit: qui casus nullam recipit dubitationem, cùm in ea pecunia filiusfamilias pro patrefamilias habeatur *l. 2. infr. de SC. Maced.* Sed etiamsi ex peculio aduentitio adeóque profectitio, cuius habeat administrationem. Hoc enim necessariò supponendum est, vt quæstioni locus fieri possit, scilicet ex iuris veteris ratione. Nam iure nouo certum est peculij aduentitij proprietatem manere penes filium solo vsufructu ad patrem pertinente *l. cùm oportet & l. vltim. C. de bon. quæ liber.* quamuis in peculio profectitio nihil sit immutatum. D E C. Senatusconsultum Macedonianum prohibet ne filiusfamilias ex mutuo obligetur ob eas causas quæ recensentur in *l. 1. ill. tit. de SC. Maced.* Non ita vti ne dominium pecuniæ creditæ transeat in filiumfamilias, sed vt in filiumfamilias nulla creditori actio dari debeat aut vt si agat creditor, exceptione Senatusconsulti repelli possit *d. l. 1. & tot. ill. tit.* Proinde si filiusfamilias ex ea causa soluat, non potest transferre dominium pecuniæ, quia traditio nuda est, & inefficax ad transferendum dominium quoties nuda est, nec habet pro causa iustum titulum id est, iure ac legibus improbatum *l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Ergo si soluerit ex nummis quorum dominium ad patrem pertineat, quomodo pertinet omnium, qui non sint castrenses vel quasi castrenses, dicendum est non posse transferri dominium quod patris fuit non filij quamuis filius liberam peculij administrationem habuerit: nec enim videtur ei mandatum à patre vt pecuniam perderet *l. 3. §. si filiusfamilias, aut potius §. proinde infr. de SC. Maced.* id est, vt id solueret quod neque ab eo neque à patre exigi potuisset, & aduersus cuius petitionem exceptione perpetua se tueri potuisset: quasi nec videatur debere is à quo propter exceptionem nihil peti potest, *l. nihil interest 112. l. Marcellus 66. de regul. iur.* Vnde est quod nec hi quibus naturaliter tantùm debetur, creditorum loco habentur *l. creditores 10. de verb. signific.* nempe quia ex naturali obligatione illa nullam habent actionem, nec obstat quòd filiusfamilias si soluat non repetit. Hoc enim fit contra communis iuris regulam solo odio exceptionis Macedoniani, quæ licèt summa æquitate nitatur, hoc ipso tamen odiosa est, quod eam Senatus introduxit solo creditoris odio, non etiam fauore debitoris, in quo maximè differt ab exceptione Senatusconsulti Velleiani *dict. leg. qui exceptionem 40. de condict. indeb. & d. l. sed si 9. §. penult. de SC. Macedon.* Neque rursum quod dicimus filiumfamilias si soluat non repetere, ita debet accipi si soluat adhuc filiusfamilias (nec enim naturalis obligatio quæ suos omnes effectus à iure ciuili habet hunc habere potest, vt impediat repetitionem soluti ex causa iure ciuili improbata) sed ita si iam paterfamilias factus soluat, quo casu ideò non repetit, quia ratum habuisse videtur *l. item si 7. §. vltim. & dict. l. sed si 9. in princi. eod. tit. & d. l.* qui exceptioné in fine principij. Bene igitur Vlpianus hîc scribit si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus soluerit, patri nummos vindicanti, nullam exceptionem obiici posse. Alioqui deterior fieret condicio patris per filium qui meliorem tantùm eam facere potest *l. melior 131. de regul. iur.* Et certè cùm dominium nummorum quod solutionis tempore fuit patris, non transierit in accipienté, consequens est vt vindicare eos pater tanquam dominus possit *d. l. 3. §. proinde versic.* quemadmodum Iulianus *de SC. Macedon.* Nimirum si extent. Nam si consumpti sint, condicendi erunt, quia vindicari iam nó possunt. Atq. ita accipi debet quod scriptum est in *l. sed si paterfamilias 9. §. 1. eod. tit.* condictioné patri ex omni euentu cópetere. Nó quasi Vlpianus putet omni casu códitioni locum esse, sed vt significet ad extremum, & omnimodo códitioné cópetere, cessante scilicet vindicatione, vt benè Cuiacius interpretatur *lib. 14. obser. cap. 35.* Adeò auté condictio patri cópetit si consumpti sint nummi, aut vindicatio si extent, vt dubitatum etiá sit si filiusfamilias cótra Senatuscósultum mutuatus soluerit, & patri suo heres effectus vindicare númos adhuc extátes velit, an possit. Videbatur enim posse iure hereditario & tanquá heres patris qui vindicare hodie posset si viueret, sed tamen magis est vt ab huiusmodi vindicatione númorú submoueri debeat exceptione doli, cùm ipse mutuam pecuniá acceperit & soluendo, debitum bonámque fidem agnouerit, vt Vlpianus concludit in *leg. si non sortem 26. §. filiusfamilias infr. de condict. indeb.* In eóque fauorabiliorem esse causam patris, quàm filij mirum non est.

a *Sed si fuerint consumpti à creditore nummi.* R A T. D V B. Eo casu quo competere vindicatio potest nummorum si extent, solet dari condictio in vicem & locum vindicationis si consumpti sint *leg. rogasti 11. §. vltim. & leg. sequent. supr. hoc titul.* Atqui in proposita specie competeret patri vindicatio nummorum extantium, quos filiusfamilias siue ex patris, siue ex alterius pecunia etiá filiofamilias donata soluisset dum ne ea mente ab alio donata & credita fuisset vt creditori solueretur *leg. sed si paterfamilias 9. §. 1. infr. de SC. Maced.* Extra causam scilicet peculij castrensis & quasi castrensis vt proximè diximus ex *leg. 2. iunct. §. vltim. leg. 1. eod. titul.* Ergo iisdem nummis consumptis debet competere patri condictio. Atque ita Iulianum sensisse Vlpianus noster refert in *dict. leg. sed si paterfamilias §. 1. in fin.* D E C. Toties consumptio nummorum parit condictionem, quoties numeratio facta est ex ea causa ex qua nasci potuisset condictio si dominium in accipientem transisset. Atqui in proposito si nummorum, quos filiusfamilias soluit, dominium in accipientem creditorem transire potuisset, non ideo tamen habere condictionem filiusfamilias potuisset, quia naturalis obligatio condictionem soluti impediuisset *leg. quia naturalis 10. iunct. §. vltim. legis præcedentis eod. ill. titul.* quomodo Cuiacius interpretatur *lib. 14. obseruat. cap. 35.* Aut quomodo interpretari malo cum Accursio, quia si per solutionem translatum fuisset dominium in accipiétem, vt puta si solutio facta fuisset ex númis castrensib. aut quasi castrésib. nata fuisset ex solutione liberatio nó condictio, nec enim aliter nasci potest ex solutione liberatio quá si dominiú solutæ pecuniæ tráseat in accipiété, & quidé irreuocabiliter *l. si rem 20. l. si aliá 46. l. qui res 98. in princ. & §. 1. de solut.*

Regula autem iuris est, ex quibus causis solutio liberationem parit non posse ex ea nasci condictionem *l. cùm quis* 38. §.1.*& §.quid hominem eod tit. extra casum l. Neratius* 65.*de condict.indeb.* Ideò autem magis placet interpretatio Accursij quàm Cuiacij, quòd naturalis obligatio,quæ nihil habet commune cum iure ciuili,ex quo sunt actiones & condictiones omnes, non potest impedire ne condictio nascatur ipso iure, sed tãtùm facit vt elidatur ea per exceptionem, quæ semper parit retẽtionẽ:Marcelli autem argumentum ad eum casum pertinet in quo nulla possit ipso iure nasci ex numeratione condictio,etiamsi nummorum dominium translatum sit in accipientem: quod non aliter potest contingere quàm si solutio pariat liberationẽ. Scio interdũ cõtingere vt eadẽ numeratio prosit in duas causas,pariátq non modò liberationẽ, sed etiã actionẽ vt in *l.in numerationib.* 44. *de solut.* Sed vt eadẽ numeratio & solutio possit,& liberationẽ parere, & cõdictionẽ præsertim respectu eiusdẽ personę,hoc verò est quod fieri posse nego: longéq.facilius est vt neq. liberationẽ pariat neq. cõdictionẽ,vt in casu *d.l. Neratius*: quãquam hoc quoq. perrarũ est,& dignum, quod à Caio nostro relatũ fuerit in librũ illũ singularẽ de casib.,ex quo sumpta est *d.l. Neratius*,& qui totus fuit de singularib.casib. Benè igitur Marcellus cõcludebat in proposita specie nullã posse condictionẽ nummorũ cõpetere. In quo certè dissensit Marcellus à Iuliano vt aliàs plerũq.solet.Et in hoc sentio libenter cũ Cuiacio,potius quã cũ Accursio cæterísq. glossatorib. qui in his legib.cõciliãdis tãtopere ac frustrà se torserũt. Nã quod Irnerius dicebat posse quidẽ patrẽ cõdicere ex sua persona sed nõ ex persona filij, ad Marcelli sensũ accõmodari nõ potest,qui cùm denegat patri cõdictionẽ,vtiq. denegat eo ipso casu & modo quo dat patri vindicationẽ nũmorũ extantiũ.Atqui cùm nũmi extãt datur patri eorum vindicatio ex propria persona ipsius patris, qui ipsorũ dominus fuit nõ ex persona ipsius filij,cui nullo casu cõpetere potestvindicatio cùm neq. dominus ille sit neq.vnquã fuerit aut esse potuerit *l.in rẽ* 23.*de rei vindic.l.quintus* 27.§.*argento de aur.& argent.legat.iunct.l.placet* 79.*infr.de acquir.hered. l.1.infr.si à parent.quis manfit*.Ergo neq.ex patris persona condictionẽ ei dari Marcellus patitur.Ioannis autẽ distinctio licèt ab Accursio & Bartolo magis probata æquè improbabilis est. Ait enim nũmorũ quidẽ extantiũ vindicationẽ patri indistinctè dari sed si consumpti sint, distinguendum esse an bona fide consumpti sint, an mala fide, vt si bona fide, condictio nulla patri competat, si verò mala fide & tanquam furtiui, possit eos pater condicere: cùm tamen neque in hac lege distinctio vlla adhibeatur, neque in *d.l.sed si paterfamilias* §.1. alia vlla, quàm illa: verum pecunia quam extraneus filiofamilias donauit, & ex qua filiusfamilias soluit creditori donata sit ei simpliciter an hac condicione vt creditori,eam solueret, vt hoc posteriore casu dominium pecuniæ transeat in accipientem, & quidem rectà, id est, nunquam factum patris, ac proinde nec filij vel vno quidem momento *d.l. placet*. Priore verò casu patris facti sint nummi, & ideo extantes vindicare eos possit, consumptos autem condicere, Quomodo verò possunt consumpti esse mala fide, ac tanquam furtiui cùm eos simpliciter filiofamilias donauit extraneus? Quod si ita esset non nisi furtiui possent esse nummi quos filiusfamilias solueret, nisi quos ei donasset extraneus hac lege vt ex iis solueret creditori, quem tamen casum nemo dixerit in hac lege ab Vlpiano & Marcello tractari: Præter id quod neque Marcellus hîc, neq. Iulianus tractant de condictione furtiua,sed de illa, quam Cuiacius ex vetere formula vocat de benè depensis, quæ nascitur ex sola consumptione: Vt taceam nec facilè admitti posse, vt filiusfamilias furtum faciat patri, maximè verò in nummis peculiaribus, quorum cùm habeat filiusfamilias liberam administrationem quomodo fieri potest vt eos inuito patre contrectare furtúmque eorum facere videatur? Nec enim negari potest quin de iis nummis loquatur Vlpianus, quorum dominium in accipientem transiret,si non aduersus Senatusconsultum Macedonianũ mutuatus pecuniã fuisset. Alioqui quid attineret loqui de pecunia contra Senatusconsultum credita: Etsi autem Marcelli sententia videtur verior ob rationem, quæ in hac lege affertur, posset tamen quis pro Iuliano negare propositionem quã Marcellus pro vera assumit, vt toties condictio locum habere debeat consumptis nummis quorum dominium ab initio per numerationem translatum non fuit, quoties translato dominio æquè condictio aliàs e actio cõpetiisset. Et in huius propositionis locum aliam substituere, vt toties consumptis nummis condictio danda sit, quoties iisdem extantibus vindicatio danda esset: quod vtique in proposito contingeret.Nec illa rursum distinctio conciliare Marcellum cum Iuliano potest quam alij adferunt apud Accursium,an solutio facta sit à filio nomine patris an ipsius filij, vt si patris nomine facta sit condictio competat, quandoquidem pater ex eo contractu filij nullomodo tenebatur ne quidem de peculio *l.si filius* 6. *C. de SC. Maced.* nec magis naturaliter quàm ciuiliter, cùm ipse non contraxerit. Si verò nomine filij,non detur condictio, quia filius naturaliter debuit *arg. l.1.§.vltim.& l.2.infr.de pecun constit.* Nam tametsi filiusfamilias suo nomine soluerit pecuniam quam contra senatusconsultum erat mutuatus, cùm tamen ex iis nummis soluit, qui patris fuerunt, & quorum proinde dominium in accipientem transferre ignorante patre non potuit, non prohibetur pater eos vindicare si extent:nec igitur condicere si consumpti sint secundum sententiam Iuliani, sed si Marcello credimus, cessabit hoc quoque casu condictio, quia etiamsi dominium in accipientem translatum fuisset per numerationem, non actio aliqua sed liberatio ex ea solutione nata fuisset. Suauis verò certè est Bartolus qui ad hanc legem notat,difficilem eam videri scholaribus sed non esse, cùm tamen ad conciliandum Marcellum cum Iuliano nihil aliud proferat, quàm quod suprà ex Ioanne glossatore retulimus, & refutauimus.

b *Denique per errorem soluti.* Malè Cuiacius *lib.* 14. *obser. cap.* 35. hunc versiculum ita accipit vt sit conclusio syllogismi quo vtitur Marcellus vt probet contra Iulianum cessare hoc casu condictionem, quasi *denique* dixerit hîc Vlpianus cum Marcello pro *ergo*. Sic enim ille syllogismum Marcelli concipit, vt propositio hæc sit, Toties condictio datur quoties ex ea causa numeratio fit, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transiisset. Assumptio autẽ ista,atqui in proposito non ita esset, id est non nasceretur condictio ex numeratione:cõclusio verò hæc:proinde per errorem

rorem soluti contra Senatusconsultum crediti dicendum est cessare repetitionem, id est condictionem quæ ex consumptione quæsita videri poterat patri per filium. Sed pace tanti viri dixerim ineptus hic syllogismus esset. Ponit enim idē in assumptione quod in conclusione, assumítque idipsum quod omnimodo probandum est & de quo disputatur, An nimirum hoc casu condictio aliqua competat vt Iulianus existimabat. Nec rursus bona esset probatio conclusionis illius negatiuæ. Nullam condictionem hoc casu competere, si ex syllogismo nihil aliud inferre possis, nisi quod inferri vult Cuiacius, ergo condictionem indebiti cõpetere. Nam cessante quoque indebiti condictione, quæ nunquam nisi translato dominio competit, nihil vetat aliam superesse quam suprà diximus cum Cuiacio de benè depensis appellari, quæ competit etiam non translato per numerationē, dominio vi & potestate solius consumptionis. Ex eo igitur tanto magis verum apparet quod diximus, non ea ratione Marcellum negare hîc competere condictionem quod eam naturalis obligatio impediret si dominium ex numeratione translatum esset, sed quia huiusmodi solutio proficeret ad liberationem, nec proinde condictionem, aut aliam actionem vllam parere posset, eiúsque rei confirmandæ gratia benè subiicit Vlp. ex Marcello, non solùm in hac specie, cùm dominium in accipientē translatum non est, cessare condictionem de benè depensis sed etiam cùm de condictione indebiti quæritur, ac proinde cū ex numeratione dominiū translatū fuit, cessare fidem repetitionem non minùs quàm vindicationem extantis pecuniæ, nempe quia naturalis obligatio impedit condictionem indebiti, cùm nec indebitum dici possit id quod naturaliter debitum fuit, vt docuimus ex *d. l. sed si paterfamilias 9. §. vlt. & l seq. de SC. Maced.* Nisi cùm is soluit qui exceptione perpetua eáque fauorabili tutus fuit, puta Senatusconsulti Velleiani *d. l. qui exceptionem 40. de condict. indeb.* Porrò nihil interest ex qua pecunia filiusfamilias soluerit an ex castrensi, an quasi castrensi etiam in potestate manens an ex alia dummodò paterfamilias iam effectus, vt benè Accursius explicat: sed quod hîc scribitur de errore, malè Accurs. intelligit de errore iuris. Meliùs Cuiacius supradicto loco de errore facti, quoniam in eo qui per errorem iuris, aut scienter indebitum soluit nulla dubitatio est quin non possit repetere *l. error facti 9. C. ad leg. Falcid. l. cùm quis 10. C. de iur. & fact. ignor.*

15. IDEM libro 31. ad Edictum.

Singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam: obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur [a], hoc & in eadem persona recipiendum est: vt, cùm ex causa mandati pecuniam mihi debeas, & conuenerit, vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta.

Ad l. singularia 15.

RAT. DVB. Mutuum ex eo dictum est quod fiat de meo tuum. Et solet bonum esse argumentum ab etymologia negatiuè, vt si de meo non fiat tuum non sit mutuum *l. 2. §. appellata vbi diximus supra hoc tit.* Atqui siue debitorem meum iusserim tibi dare pecuniam, siue cùm ex causa mandati pecuniam mihi deberes, conuenerit inter nos vt crediti nomine eam retineas, verum est pecuniam quæ penes te est tanquam mutua, nunquam fuisse meā: Nec enim quod mihi debetur meum est, adeò vt nec quod meum est deberi mihi possit non magis quàm ex noua causa fieri meum *§. sic itaque Instit. de act. l. nemo rem suam 82. de verb. oblig. l. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* Ergo dicendum est neutro istorum casuum posse mutuum contrahi, ne alioqui paulatim eueniat, vt dicamus nuda voluntate posse ex quolibet alio contractu mutuum fieri quod ferendum non est si Africano credimus *in l. qui negotia 34. infr. mandat.* Contrahitur enim mutuum interueniente re & traditione non nuda voluntate nudóve consensu *l. 1. §. 1. infr. de oblig. & action.* DEC. In his quæ cõtra iuris rationē & iure aliquo singulari recepta sunt, nõ possumus sequi regulā iuris *l. in his 15. & seq. supr. de legib.* Atqui in contractu mutui singularia quædā recepta sunt, id est nõ contra cæterorū contractū regulas, vt malè Accursius post Ioannē & Azonē explicat, sed cõtra regulas ipsius mutui vt meliùs Bartolus cū aliis, post Cernotū vt ille nominat, Accursij. Præsertim verò cõtra hãc quæ vult in cõtrahēdo mutuo debere pecuniam fieri de mea tuā. Non enim publica vtilitas patitur vt semper necesse sit tā exactè seruari hanc iuris regulā vt nõ aliter mutuū contrahi possit quā si fiat de meo tuū, ne alioqui sæpissimè impediatur via mutui contrahēdi, quā potiùs ampliari interest publicè ob frequentē huiusmodi cõtractus necessitatē, vsúmq. commerciorū: illis nimirum casibus in quib. nihil repugnat ex parte rei quominùs pecunia quæ adhuc nõ est fiat statim mea, & rursum ex mea fiat statim tua, nisi quoniam expeditius & vtilius esse creditur vt celeritate coniungendarū inter se actionum vna breui manu occultetur, quomodo Vlp. noster loquitur in *l. 3. §. sed si debitorem infr de donat. int. vir. & vxor.* vbi tractatū casum quo maritus donandi animo iusserit debitorē suū vxori soluere: Quo casu licèt donationē validā facere illud videatur quod non à marito sed à mariti debitore mulier pecuniam acceperit, negat tamen Vlpianus ex Celso eam valere, magísque esse ait, vt & debitor liberatus sit & nummi facti sint mariti non vxoris. Nam si donatio, inquit, iure ciuili non impediretur, is rei gestæ ordo futurus esset, vt pecunia à debitore ad creditorem, deinde à creditore ad mulierem ex donatione perueniret. Quòd si pecunia debitori numerata esse intelligitur, adeóque ipsius facta fuisse, quamuis reuera numerata non sit, vt liberationem inducamus, quæ aliter induci non posset *leg. si qui alienum 60. leg. si alieni 78. l. si mihi alienum 92. de solut.* Quidni etiam dicemus mutuum contrahi posse si debitorem meum iusserim tibi pecuniam numerare, vt eam mihi ex causa mutui debeas? Aut quid tua meáve referre potest aut etiam debitoris mei vt pecuniam mihi tradat, & ego tibi an tibi soli suo meóq. simul no-

mine? Cur non breui manu fiat commodiùs & expeditius, quod longiore fieri posset, vt in *l. licèt* 43. §. 1. *de iur. dot.* Nam & aliquando manu longa traditio fieri intelligitur, vtputa si pecuniam meam in conspectu meo ponere te iubeam, aut aliam rem quamlibet cuius possessio corporaliter à nullo detineatur *l. pecuniam* 79. *de solut.* Denique superuacui circuitus isti semper euitandi sunt *vulg. l. dominus* 53. *de condict. indeb.* & expediendarum rerum gratia fiunt multa quæ alioquin fieri non deberent *l. si ad pupillum* 11. *infr. de author. & consensu tutor.* Et in hoc prudentes omnes consentiunt ne Africano quidem excepto *d. l. qui negotia* 34. *infr. mandat.* vbi fatetur hoc benignè receptum esse: quod nihil aliud est quàm iure singulari, & ob publicam vtilitatem, contra regulam illam iuris, quæ mutuum aliter contrahi non patitur, quàm si de meo tuum fiat. Nam vt in aliis negotiis celeritate coniungendarum actionum vna occultetur, non fit iure aliquo singulari, quia iuris regula nulla est, quæ repugnet, vt in specie *d. §. sed si debitorem & d. l. licèt* §. 1. *dixi ad l. certi condictio* 9. §. *si nummos supr. hoc tit.* Ex his apparet quàm parùm ad rem pertineant, quæ hîc Accursius congerit quasi specialia & singularia vel in contractu mutui ad differentiam cæterorum contractuum, vel in pecunia numerata ad differentiam aliarum rerum, etiam in quibus mutuum possit consistere. Quale illud est quòd faciliùs pecunia consumatur vt sola immixtione ex *d. l. si alieni nummi* 78. *de solut.* quamuis idem possit in frumento quoque vino & oleo alijsque rebus, in quibus mutuum consistit, æquè facilè contingere *l.* 1. §. *prætereà infr. de separat. l.* 5. *in princip. supr. de rei vindic.* Item quod pecunia ex bonis debita partem quamlibet facultatum, non etiam species *l. cùm pater* 77. *in princip. de legat.* 2. *l. deducta* 58. §. *nummis ad S C. Trebell. iunct. l. si fideicommissum* 50. §. *tractatum supr. de iudic.* Item vt tutor ex causa mutui possit se facere pupilli debitorem, adeòque si sit creditor sibi soluere, *l. quoties* 9. §. *non tantùm* 7. *iunct.* §. *si cui autem* 5. *infr. de admin. tutor.* cùm tamen non possit sibi ipsi vendere rem pupillarem *l. si in emptione* 34. §. *vltim. de contr. empt.* aut aliter in rem suam pupillo authoritatem præstare *l. pupillus* 5 *de author. tutor.* Etsi video posse tutorem etiam pupillaris rei quam à defuncto emerit, possessionem sibi tradere, in illa eleganti specie *l. fistulas* 78. §. 1. *de contr. empt.* non tamen se debitorem facere ex causa venditionis vel donationis si nulla præcesserit, non magis quàm alius quilibet *l. nuda ratio* 26. *infr. de donat.* Item vt facilius per pactum vnius alteri condictio certi acquiratur dummodò eius nomine contractum sit *l.* 2. *C. per quas person. nob. acquir. d. l. certi* 9. §. *si nummos vbi dixi supr.* Item vti nummorum creditorum pars condici possit licèt corpora nummorum fuerint communia *l. nam etsi fur* 13. §. *vlt. supr.* Denique vt vsuræ pecuniæ creditæ non nisi ex stipulatione deberi possint *l. Titius* 24. *infr. de præscript.* cùm aliarum rerum debeantur etiam ex pacto nudo *l frumenti* 17. *iunct. l.* 3. *C. de vsur.* Sed nil hæc omnia pertinent ad hanc legem quia non sunt singulari iure recepta in mutuo, neque contra proprias mutui regulas, neque rursum specialia sunt omnia in mutuo aut in pecunia credita, illud præsertim quòd de vsuris pecuniæ fœnebris vltimo loco adiectū est, cùm & alia multa sint quæ per nudum pactum etiam incontinenti apposita promitti non possunt, at per stipulationem possunt. Vt in exemplis quæ attulimus ad *l. quod si locus* 11. *supr. de religios. & sumptib. funer. ex illa lege, & l. seruus ea lege* 7. *infr. de ser. export.* Dicendum igitur est, quomodo iam explicauimus, singularia hic ab Vlpiano dici recepta esse circa pecuniam creditā quæ in contractu mutui recepta sunt ob publicam vtilitatem aduersus ipsas mutui regulas. Planè quoties negotium quod geritur tale est, vt dominium ex eo transferri oporteat, quomodo cōtingit in donatione, permutatione, solutione, aliisq. similibus *l. in ædibus* 9. §. *vlt. infr. de donat. l.* 1. *de rer. permut.* traditionem fictã non minùs quàm in mutuo interuenire necesse est vt dominium translatū esse intelligatur, sed cū hac differentia, quòd ibi præsentē rem esse oportet vt factio veritati respondeat, quia res absens tradi non posset *l. eius rei* 46. *& l. seq supr. de rei vindic. l. si sponsalib.* 58. § *infr. de iur. dot. l. qui decem* 72. §. *idem responsum in fin. de solut.* sicuti nec ab̄senti *d. l. falsus* 43. §. *si is qui indebitum infr. de furt. l. si procuratori* 79. *infr. de verb. obligat.* At pecuniam præsentem esse nil necesse est in mutuo, quia cōsistit mutuū in iis rebus, quę functionē recipiūt in suo genere, ac proinde non minùs absentes quã præsentes, quod in cæteris contractibus diuersum est in quib. agitur de traditione facienda speciei, aut si generis saltem per modum speciei vt in *l.* 3 § *vlt. & l. seq de donat. int. vir. & vxor. d. l falsus* §. 1. *de furt. l. qui id quod* 31. §. *vlt. infr. de donat.* Atque ita ego cum Accursio sentio, licèt Bartolus adhibitis vt solet distinctionibus, & subdistinctionibus quàm plurimis contrà putet.

a *Quod igitur in duab. personis recipitur.* RAT. DVB. Id quod iure singulari & contra cōmunes iuris regulas receptū est, nō debet trahi ad cōsequentias *l. quod verò* 14. *supr. de legib.* Atqui iure singulari receptū est & benignè aduersus mutui regulas, vt si tibi debitorē meū iusserim dare pecuniã mutuã, obligeris mihi ex mutuo, quãuis nummos meos nō acceperis, vt & Vlpianus hîc fatetur, & Africanus in *d l. qui negotia* 34. *infr. d. mandat.* Ergo nō ad alios casus porrigi hoc ius debet, nec receptū est, vt si ex causa mandati pecuniæ quantitatē aliquã mihi debeas, & cōuenerit inter nos vt crediti nomine eam retineas, fiat pecunia mutua, tanquã mihi abs te data, & à me rursum ad te profecta. Atq. ita cōcludit Africanus in *d l. qui negotia* dissentiens ex professo ab Vlpiano, hac vna potissimū ratione, & quia nō sit ferendū, vt ex quolibet cōtractu nuda voluntate fieri mutuū possit. Nã qui cū Accursio & Bartolo respōdent, fuisse hîc pecuniã non quidem præsentē, sed tamen extantē & paratã solutioni, ibi verò cōsumptam fuissę, prętérquã quod omnino cōmentitium, & diuinatoriū est, nec Vlpiano conuenit, nec Africano, non Vlpiano, qui hunc posteriorē casū æquiparat superiori, cū iussi debitorē meū dare tibi pecuniã: In quo casu nemo dixerit requiri vt pecunia extet, sitq. parata solutioni, cū in debitore generis nihil prorsus referat an pecunia debita extet, néne: quia nec si incēdio pecuniã suã omnē debitor amiserit, attamen liberatur *l. incendium* 11. *C. si cert petat.* Multo minùs igitur in hoc posteriore casu requirit Vlpianus extare pecuniam, cùm id quod in duabus personis receptum est, multo magis in vna eadémq. persona recipiendū esse arbitretur. Nec simile est quod affert Accursius ex *l. certi condictio* 9. §. *vlt. supr.* Ibi enim debebatur pecunia per modum speciei cùm esset deposita, & ideò poterat depositarius

rius incipere animo eam possidere, & suam facere ex mutuo pecuniam, & eadem ipsa corpora nummorũ quæ antea erant deponentis vt scripsimus ad illum, quod in pecunia ex causa mandati debita dissimile est. Non conuenit rursum Africano supradicta conciliatio. Non enim ex eo mouetur Africanus, quòd pecunia consumpta esset, quæ nec consumi potuerat, cùm in genere deberetur, Nec quòd solutioni parata nõ esset, sed ex eo solo, quod pecunia ex causa mandati debita nunquam fuisset in dominio mandãtis, vt ex crediti causa fieri posset mandatarij, quodque nuda voluntate mutuum ex alio contractu fieri non possit. Sed tamen Vlpiani sententia quæ publicè vtilior est, & à cæteris prudentibus magis probata fuisse videtur, illam decidendi rationem habet, quòd ea quæ publicè vtilia sunt, licèt iure singulari recepta sint, facilè tamen producenda sunt ad alios casus similes, id est in quibus eadem multò magis si maior æquitatis & publicæ vtilitatis causa in iis locũ habeat *l. non possunt 12. & seq. d. l. ius singulare 15. supr. de legib.* Atqui facilius est vt fictio breuis manus in vna eademque persona inducatur, quàm vt in duabus, nec minùs ad vtilitatem publicam pertinet vt mutuum cõtrahatur, si conuenerit inter nos vt pecuniam quam mihi ex causa mandati debes ex causa mutui retineas, quàm si iusserim debitorem meum tibi pecuniam mihi debitã numerare, vt ex mutui causa eam mihi debere incipias. Quidni ergo quod in illo casu receptum est, multo magis in alio recipietur? Denique fuit Africanus religiosior iuris vt loquitur Cuiacius *ad d. l. qui negotia, & scrupulosior*: Vlpianus verò audentior, & æquitatis publicæque vtilitatis hac parte amantior. Frustra ergo quis laboret diutiùs in ijs conciliandis qui & vltro dissenserunt, & tam probabiles dissentiendi causas vt alibi scripsimus, habuerunt. Videntur tamen cum Africano potiùs, quàm cùm Vlpiano sentire Impp. *in l. si ex precio 6. C. si cert. pet.* vbi negant ex precio debitam quantitatem non tam facilè in mutui causam conuerti posse: Aut potiùs cũ Vlpiano, si illis credimus qui ex eo mouentur, quod in ea specie debentur vsuræ si per stipulationem promissæ sint tanquam pecuniæ creditæ. Sed ego neque istis, neque illis assentior, qui longè aliam Imperatorum sententiam esse video, à nobis fusè explicatam *libr. 5. Coniect. cap. 10.* vbi vide. Minus obstat *l. pecuniam 79. de solut.* quæ eandem constituere videtur rationem pecuniæ & aliarum rerum. Est enim eadem quidem ratio, hactenus vt res quam mihi tradere vis, & quæ ab alio nulli corporaliter possidetur si in cõspectu meo posita sit, siue poni iusserim, siue non iusserim, dummodò ideò posita sit vt mihi tradatur, quasi manu longa mihi tradita esse intelligatur: Sed non etiam si res in conspectu posita non sit: Nec enim eo casu haberi potest pro tradita, quomodo pecunia quæ habetur etiam pro data. Nam & differentia illa est inter pecuniam & speciẽ, quod in specie cuius dominium transferri in alium necesse est, requirimus non tantùm vt præsens sit ad hoc vt pro tradita habeatur, sed etiam vt dominium penes eum sit, qui tradere vult vt habeatur pro data, siquidem dare est dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig. § sic itaque Instit. de action.* Nemo autem tradendo potest dominium transferre, quod non habet *l. traditio 20. de acquir. rer. domin.* At in pecunia credenda nec præsentiam pecuniæ, nec dominium requirimus, quoniam cùm pecunia consistat in genere, qui non est dominus huius vel illius pecuniæ, alterius tamen esse potest. Idem igitur in cæteris quoque rebus iuris est quæ in pondere, numero, & mensura consistũt. Alia species est quæ proponitur *in l. si pro mutua 8. C. si cert. pet.* & quæ propiùs accedit ad illam de qua *in l. rogasti 11. supr.* quàm ad eas de quibus in hac lege.

16. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

SI socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licèt ceteri dissenserint, quòd si communem numerauit[a], non aliàs creditam efficit, nisi ceteri quoque consentiant, suæ partis tantùm alienationem habuit.

Ad l. si socius 16.

RAT. DVB. Socius vniuersorum bonorum de quo solo benè Accursius hanc legem intelligit vt probabilem aliquam dubitationis causam habeat, communicare cogitur per actionem pro socio quicquid sibi proprio nomine acquisiuit post contractam societatem. Nam quæ contractæ societatis tempore iam acquisita sunt continuo, & ipso iure cõmunicantur *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. cùm duobus 52. §. soliũ 16. l. si societatem 73. in princip & l. seq. infr. Pro socio.* Ergo perinde haberi debet ac si communicatio illa iam facta esset, cùm parum referat an quid iam factum fuerit, an in eo sit vt statim fieri debeat. Atqui communicatione iam facta non posset vnus ex sociis totam pecuniam communem creditam facere cæteris dissentientibus sed pro ea tantùm parte dominij, quam in illa pecunia haberet *l. nemo ex sociis 68. in princip. eod. tit. l. si cui 94. de solut.* Ergo si socius propriam pecuniam mutuam dederit, non facit omnimodo pecuniam creditam sed pro parte tantùm, non modò si cæteri dissentiant sed & si non consentiant, quod minus est. Inuitus enim hac parte accipiendus est, vt & in aliis pleri sque iuris partibus, non tantùm is qui contradicit, sed etiam qui non consentit *l. filiusfamilias 8. §. inuitus supr. de procurat.* DEC. Etiam is qui vniuersorum bonorum societatem contraxit, proprium aliquid habere potest, non solùm si quod plerumque fit ab vniuersali societate aliquid exceperit, sed etiam si post contractam societatem aliquid acquisierit. Nam quod acquirit ipsius fit, non commune, licèt societatis iudicio cogatur id communicare *l. si quis societatem 74. infr. Pro socio*, quod diuersum est si societas contracta sit non totorum bonorum *l. si vnus ex sociis 67. §. 1. eod.* Interim ergo id est quandiu communicatio facta non est, manet pecunia hæc propria eius ex sociis qui eam sibi acquisiit aut stipulando, aut rem aliquam vendendo, etiam communem [nec enim pecunia redacta ex rei communis venditione communis est *d. l. si vnus §. 1. l. qui vas 48. §. vlt infr. de furt.*] ac proinde si pecuniam illam propriam crediderit,

facit eam omnimodo creditam & quidem in solidum, licèt cæteri dissentiant, Cùm nihil tam naturale sit quàm voluntatè domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res infr. de acquir. rer. domin.* nec homini ingenuo prohibenda sit rerum suarum alienatio *l. 2. infr. si à parent. quis manum. sit.* Non enim quod eam pecuniam socius hîc aliis sociis cōmunicare cogatur, facere potest, vt eo minus videri debeat interim tota eius esse *l. non ideo 66. supr. de rei vindic. l. plerunque fit 205. de regul. iur.* quamuis contra sentiat Cuiacius *lib. 23. Obser. cap. 27.* vbi hanc legem putat ideo accipiendam esse de socio qui non sit totorum bonorum, quasi hîc propriū nihil habere possit. Quod certè non ita est: non enim commune fit ipso iure quod socius communicare cogitur, & in commune redigere scilicet iudicio societatis. Planè, si quæras, An certi cōdictio, quæ ex huiusmodi contractu mutui ei soli ex sociis acquiritur, qui suam pecuniam credidit, aliis sociis communicanda sit, alia quæstio est: ad quam respondeo, cōmunicandam esse. Et quoniam subrogata est quodammodo in locum eius rei quàm si alienata non fuisset, communicari hodie oporteret *arg. l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* Et quia etiam actiones tanquam quæ in bonis nostris quoque sint, communicari debent *d. l. 3. in princip. Pro socio. l. quam Tuberonis 7. §. in peculio infr. de pecul. l. bonorum 49. de verb. signific.*

a *Quòd si communem numerauerit.* RAT. DVB. Quod commune est, negari non potest quin vniuscuiusque sit, licèt sit etiam alterius *l. illud 46. infr. De rit. nupt.* Ergo permittendum est vni ex sociis vt pecuniam communem credendo totam omnimodo faciat creditam, licèt cæteri dissentiant, saltem propter publicam cōmerciorum vtilitatem & promiscul vsus, vt loquitur Paulus *in l. si quis mancipiis 17. §. si impubes, infr. De instit. act.* propter quam alia etiam multa recepta sunt *l. quod si minor 24. §. non semper supr. De minor. l. si seruus communis 12. infr. de author. tutor.* Præsertim cùm indemnitati sociorum aduersus eum qui inuitis ipsis totam pecuniam credidit consuli possit per actionem pro socio: Vt proinde nihil ob eam causam eis absuturum esse videatur, *vulg. l. is qui actionem 15. De regul. iur.* DEC. Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare licèt totorum bonorum socij sint *l. nemo 68. infr.* pro socio, quia quod commune est, nemo ex sociis potest suum dicere nisi pro sua parte *l. 5. §. 1. & vlt. De legat. 1.* Atqui non fit mutuum nisi dominium transferatur *l. 2. §. appellata supr.* quod per alienationem efficitur *l. 1. C. de fund dotal. l. alienationis 28. De verb. signifi.* Ergo cùm socius suæ tantùm partis alienationem habeat, dicendum est, si vnus ex sociis communem pecuniam crediderit & numerauerit, non omnimodo fieri totam pecuniam creditam, sed ita demum si cæteri quoque omnes consentiant. Nec quod cæteri aduersus socium qui credidit actionem de indemnitate habere possint, ad rem facit. Nam si nemo ideò obligatur quòd ab alio postea recepturus sit si quid præstiterit *l. nemo ideo 171. De regul. iur.* Multo minùs ferendum est, vt quis rei communis partem suam ideo admittere cogatur, quòd indemnitatem postmodum à socio consecuturus sit. Interest enim cuiuslibet rem suam non amittere, potiùs, quàm amissum recuperare, sicut & non soluere potiùs quā solutum repetere *l. 3. infr. de compensat. l. si stipulatus 15. in princip. infr. De fideiuss.* Imò longè magis. Nam qui pecuniam soluit, pecuniam repetit, aut denique illud ipsum quod soluit etiamsi cōsistat in specie, ideóque nihil omnino damni patitur nisi in eo quod soluit cùm posset retinere. At qui rem suam amisisset per alienationem factam à socio, is non nisi pecuniam pro re sua iure indemnitatis consequi posset. Est enim omnis indemnitas præstanda in pecunia, per quam scilicèt omnes res æstimantur *l. si ita fideiussorem 42. eod. titul.* atque ita rem suam vendere cogeretur quod nec iusto nec iniusto precio facere quisquam cogendus est *l. nec quasi 70. supr. de rei vindic. l. non enim 9. infr. rer. amot.* Etsi in pecunia de qua sola hæc lex loquitur, ratio ista locum habere non potest, sed tantùm in rebus cæteris, siue in specie siue in pondere, ac mensura consistant. In quibus omnibus æquè verum est quod Paulus in hac lege scribit, socium quemlibet suæ tantùm partis alienationem habere. Nec sanè vnquam ferendum est vt vnus ex sociis & condiuisoribus in re communi amplius sua parte dominationem interponat *l. duo fratres 78. infr. De acquir. hered.* Nec vt cuiquam hominum ius suum per alium derrahatur *l. 2. supr De his qui sui vel alien. iur. sunt l. id quod nostrum 11. l. non debet 74. De regul. iur. l. 1. vers. vnus enim quisque infr. De success. edict.* Planè quin pro parte illius qui pecuniam communem credendi animo numerat, mutuum contrahatur, nec dubitandum est cùm pro ea parte nihil sit quod impediat alienationem etiam sociis dissentientibus siue in singulis nummis communionem pro indiuiso quis esse intelligat, siue in pecunia non tam corpora cogitet quæ indiuidua sunt quàm ipsam quantitatem quæ diuidua est *d. l. si is cui nummos 94. infr. De solut. l. nam etsi fur. 13. §. vlt.* vbi dixi *supr. hoc tit.* Nam quod dici solet in re communi & pari iure potiorem esse causam prohibentis *l. Sabinus 28. supr. commun. diuid.* ad hunc casum non pertinet ob tam facilem quantitatis diuisionem, quæ omni casu si non per singula corpora, tamen per numeros fieri commodè potest *dict. l. si is cui.*

17. VLPIANVS libro 1. Disputationum.

CVm filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit, cùm studiorum causa Romæ ageret: responsum est à Scæuola, extraordinario iudicio esse illi subueniendum.

Ad l. Cùm filiusfamilias 17.

RAT. DVB. Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habere potest nisi iniuriarum, Quod vi aut clam, Depositi, Commodati, & eas quæ in factum appellantur *l. filiusfamilias 9. l. in factum 13. infr. De oblig. & action.* Inter quas actiones non enumeratur certi condictio, quæ ex mutuo nascitur. Ergo si filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit cū Romæ ageret studiorum causa, dicendum est certi condictionem si qua ex eo mutuo nascatur, patri non filiofamilias competere, ideóque nec ordinario nec extraordinario iudicio filiofamilias subueniendum esse. Nam nec dominium pecuniæ huius

penes

penes filiumfamilias est, sed penes patrem, iure peculij profectitij, quod magis est patris quàm filij *l. patri 27. in princip. supr. de minor.* Cùm non patris nomen faciat peculium quasi castrense, vt neque castrense nec rursus causa studiorum, sed acquisitio filijfamilias militantis aut quasi militantis Reipublicæ. Condictio autem certi ex mutuo non potest nasci si mutuum nullum contractum sit, nec rursus mutuum esse si de meo non fiat tuum. Nec magis condictio certi *vtilis* quàm directa: Quicquid in contrarium senserit Ioannes ab Accursio relatus, qui existimauit directam quidem certi condictionem in hac specie patri competere, filio autem vtilem, nisi cùm pater abest, nemóque est qui patris nomine possit velitque agere vt scriptum est in *l. si longiùs 18. §. 1. supr. De iudic. vbi inter cætera*, etiam hoc exemplum ponitur de filiofamilias qui cùm Romæ studiorum causa ageret, sui viaticuli pecuniam alij credidit. Aut si quis eum Ioanne vtilem actionem filiofamilias dare velit, nil necesse est cum Scæuola inducere iudicium extraordinarium per quod filiofamilias subueniatur. Actiones enim vtiles quoque actiones sunt, & ideò iudiciorum ordine solito expediuntur & per iudices pedaneos, extraordinaria verò iudicia, non nisi cognitione prætoria *l. 1. & tot titul. infr. De var. & extraor. cognit. l. quòd si minor. 24. §. vlt. supr. De minor.* Deinde. Quoties eadem æquitas in eiusdem personæ fauorem duplex auxilium inducit, nihil vetat vtrique auxilio locum esse, hactenus saltem, vt vel hoc vel illo vti possit *l. sin autem 27. § si homo supr. De rei vindic. l. cùm filius 76. §. variis, De legat. 2.* Atqui summa æquitas facit pro filiofamilias vt & vtili actione, & extra ordinem ei subueniendum sit siue damnum aliquod & iniuriam Romæ passus sit, cùm pater abesset in prouincia: siue viaticuli sui pecuniam deposuerit, aut alicui crediderit. Priore quidem casu, ne impunita sint maleficia dum pater expectatur si fortè pater venturus non sit, vel dum venit se subtrahat is qui noxiam commisit, posteriore verò ne interim laboret egestate filius Romæ, viaticulo suo non recepto, quod ei pater ad sumptus destinauerat, vt eleganter ratiocinatur Vlpianus *in d. l. si longiùs §. 1. De iudic.* Vtrunque igitur auxilium, & ordinarium vtilis actionis, & extraordinarium cognitionis prætoriæ huic filiofamilias accommodandum est, vt per alterutrum ei subueniatur. Vt enim vtrunque siue simul & eodem tempore siue diuersis temporibus exerceat, fieri certè non potest. Hæc tamen differentia est inter duo huiusmodi auxilia quòd actionem vtilem non aliter exercere filiusfamilias potest, quàm si nemo sit, qui patris nomine agat iure *d. l. si longius §. 1.* Extraordinarium autem filio cõpetit nulla distinctione adhibita, Nempe quia vtilis actio quæ non nisi deficiente directa datur & veluti in subsidium directæ actionis, non potest exerceri quando adest qui directam exerceat: extraordinarium autem iudicium non ideò datur, quòd directum sufficiat, sed quia fauor causæ vel personæ id exigat, vt Prætor per se cognoscat de negotio nõ per iudicem datum & pedaneum *d. tit. De var. & extraord. cognit. l. 2. C. de pedan. iudic. l. vix certis ex causis 53.* vbi diximus *supr. De iudic. iunct. l. si cui libertas 50. infr. De condic. & demonstr. l. mulier 22. §. non est dubitatum infr. ad S.C. Trebell.* Non est igitur bona consecutio, vt quoniam adest aliquis qui patris nomine agat condictione directa certi ex mutuo, denegandum sit filiofamilias extraordinarium auxilium per quod & promptiùs, & commodiùs misero filiofamilias subueniatur. Quid enim si is qui patris nomine Romæ egit, & pecuniam exegit, eam posteà filio nolit reddere? An non æquè futurum est vt filiusfamilias laboret egestate, acsi directa condictio effectum nullum habuisset? Sanè si ponas patrem ipsum Romæ esse & agere, dubitationem nullam res habebit, quin extraordinarium auxilium cessare debeat, quia non potest auxilio Magistratus indigere filiusfamilias qui bonum & præsentem patrem habet. Extraordinarium igitur auxilium hîc intellige, non officium iudicis dati, cum Martino aliísque interpretibus, nec actionem vtilem quamuis hæc quoque extraordinaria sit, non tamen iudicium extraordinarium vt contra Tribonianum disputaui ad *l. actio 47. supr. De negot. gest. & lib. 4. Coniect. cap. 7.* Sed cognitionem prætoriam, aut alterius iudicis ex iis qui maiores appellantur in *l. non distinguemus 32. §. de liberali infr. De recept. Qui arbitr. recep.* Ordinarium enim erat vt Prætor ipse aliúsve Magistratus & maior Iudex non ipse cognosceret, sed iudicem pedaneum daret. Quòd si quando accidebat olim, vt per se ipse cognosceret, hunc extra ordinem id facere dicebatur *d. l. 2. C. de pedan. iudicib. l. 2. C. de ordin. iudic. l. si quis sepulchrum 12. vbi dixi supr. De religios. & sumptib. funer.* Nec tamen mirum est ab interpretibus nostris vetustioribus perceptum non fuisse, qui antiquũ illum iudiciorum Romanorum morem & ritum nõ obseruarunt. Etsi autem summa æquitas pro filiofamilias vtrumque auxilium induxit, & condictionis vtilis: & extraordinarij iudicij. Ausim tamen dicere hoc posterius quod Scæuolæ placuit non tantùm esse fauorabilius & commodius, sed etiam iuris rationi conuenientius: quia magis alienum est à ratione iuris, vt actionem vtilem filiusfamilias suo nomine in vicem directæ patri competentis, & ipso iure acquisitæ ex contractu filij *l. placet 79. De acqui. hered. l. 1. infr. si à parent. quis manum. sit*, quàm vt filiofamilias cognitionis prætoriæ auxilium accommodetur, quod nec seruo in quibusdam casibus denegatur *d. l. vix certis ex causis. & d. §. non est dubitatum.* Condictio autem certi directa ideo patri competit, si filiusfamilias sui viatici pecuniam mutuam crediderit, quoniam licèt pecunia magis sit patris, quàm filij tanquam quæ sit profectitia, vt diximus, habet tamen filiusfamilias eius alienandę potestatem à patre, qui non alia mẽte filio studiorum causa Romam proficiscenti eam dedisse videri potest quàm vt erogaret eam & alienaret, dum ne perderet *l. filiusfam. 7. infr. De donat.* nõ perdit autem qui credit nisi si quis credat perdituro, & perditurus. Hic enim donare videtur certè magis, quàm credere *d. quòd si minor 24. §. restitutio supr. De minor.* Vnde illud elegans distichũ Martialis,

Dimidium donare Lino, quàm credere totum
Qui mauult, mauult perdere dimidium.

18. IDEM libro 7. Disputationum.

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias: Iulianus scribit donationem non esse, sed, an mutua sit, videndum, & puto,

nec mutuam esse: magísque nummos accipientis non fieri [a], cùm alia opinione acceperit. Quare, si eos consumpserit: licèt condictione teneatur [b], tamen doli exceptione vti poterit: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

Ad l. Si ego 18.

RAT. DVB. In donatione magis inspicitur animus donantis quàm accipientis. Donans enim ille est qui rei suæ dominium transfert, ac proinde cuius voluntas maximè exquirenda est, quoties de dominij translatione agitur *l. qui mihi* 13. *infr. De donat.* Ergo si pecuniam tibi dedero quasi donaturus, quamuis tu eam quasi mutuam accipias, dicendum est donationem esse. Donatio enim hæc perficitur traditione. Qui autem tradit, donator est non qui accipit. DEC. In omnib. contractibus, qui dominiũ transferunt, necesse est vt concurrat affectus ex vtraque parte contrahentium, siue ea venditio siue donatio siue alia quælibet causa contrahendi fuit. Alioqui nisi vtriusque animus consentiat, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest *l. in omnibus rebus* 55. *infr. De oblig. & action.* Contractus enim omnes consensum requirunt, licèt non omnes consensu perficiantur. Quis autem consensus inter dissentientes esse potest? *l. in omnib. negotiis* 57. *eod. tit.* Ergo si quis tanquam donaturus vbi tradiderit pecuniã, quam tu quasi mutuam accipias, dicendum est donationem non esse: Eadémq. ratio facit vt nec mutuum dici possit, quia licèt tu pecuniam quasi mutuam accipias, ego tamen tibi trado quasi donaturus non quasi mutuam futuram. Neque cum Vlpiano, qui Iuliani authoritate hîc nititur, pugnat quod Iulianus ipse scribit in *l. cùm in corpus* 36. *infr. De acquir. rer. domin.* quæ tanquam huic maximè contraria opponi passim solet. Non enim ibi dicit Iulianus donationem esse, quod hîc ex Iuliano negatur, sed illud tantùm, nummos fieri accipientis: quod tamen Vlpianus hîc disertè negat iis verbis quæ sequuntur:

a *Magísque nummos accipientis non fieri.* RAT. DVB. *ex d. l. cùm in corpus* 36. *De acquir. rer. domin.* vbi Iulianus disertè scribit, si in corpus quod traditur cõsentiamus, in causis verò acquirendi dissentiamus, non ideò debere inefficacem esse traditionem. Velut, inquit, si ego credam me ex testamento obligatum esse vt fundum tibi tradam. Tu autem ex stipulatu eum tibi deberi existimes. Mox addit confirmationis gratia, *Nam etsi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire. Nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.* In quibus verbis nihil est quod magis mirer quàm quod Iulianus ait hoc constare. Sic enim loqui prudentes nostri solent, cùm de eo iure tractant, quod apud omnes fuerit certissimum, & à nemine controuersum *vt in l. inter omnes* 46. *in princip. infr. De furt.* Et tamen Vlpianus in hac lege scribit non fieri nummos accipientis: Idque tam apertè vt nulla conciliationis ratio inueniri posse videatur. Nulla mihi certè placet ex iis quæ ab Accursio & Bartolo aliisq; interpretibus adferũtur. Nam quemadmodum prior illo Accursij planè commentitia est vt Vlpianus eũ casum tractet, quo certa erat tradendi causa ex qua sola volebat tradens dominium transferre non ex alia. Ita nec Iuliani verbis conuenit, vt dicamus donationem ibi non sicut hîc per traditionem factam fuisse nec à donaturo vel à donante, sed ab eo qui iam donauerat, ac proinde ex soluẽdi magis quã nunc primum contrahendi debiti gratia, vt *in l. si tibi pecuniam* 20. *infr.* Repugnant enim verba illa Iuliani *si pecuniam numeratã tibi tradam donandi gratia*, quibus verbis proculdubio non tam facta quàm faciẽda futuráque donatio significatur. Nõ enim donãdi causa traditur quod iam donatũ est, licèt ad perficiendam donationẽ traditio adhuc sequi debeat. Vt taceam nec fieri posse vt traditionẽ præcedat donatio, nisi ponas contractam fuisse donationẽ per stipulationem, cùm Iuliani & Vlpiani temporib. non aliter quàm per traditionem aut stipulationẽ fieri posset donatio, non etiã nudo pacto, quod primus Iustinianus introduxit *in l. si quis argentum* 35. §. *vlt. C. de don.* Facta autẽ per stipulationem donatione tãto minùs possis cum Iuliano sic loqui, vt dicas donandi gratia fieri traditionem quæ nõ nisi in executionem iam factæ perfectæque donationis fiat. Itaq; quamuis non negem quod ait Bartolus, fauorabiliorem longè esse liberationẽ quàm obligationem *l. Arrianus* 41. *infr. De obl. & act.* Nego tamen faciliùs vno casu quàm alio transferri dominium, siue Vlpiano siue Iuliano malis credere. Præter id quod is qui tradendo donat, nec se liberat nec se obligat, nisi hactenus vt rem donatam auocare & repetere nunquã possit, si excipias donationẽ factã sub modo quę obligat non donatorem sed donatariũ. Veluti si donẽ tibi pecuniã vt eam posteà mihi credas, quemadmodũ in specie *d. l. si tibi pecuniam.* Nec probabilius est, quod recentiores quidã apud Iulianũ verba illa *tu eam quasi creditam accipias* sic interpretãtur acsi scriptũ esset *tu eam quasi ex crediti prioris causa tibi solutam accipias.* Cùm tamen apertissimum sit nõ alio sensu ita scripsisse Iulianũ, quã quo in hac lege Vlpianus, *Tu quasi mutuam accipias*, creditam enim & mutuã pecuniã indistinctè tanquã synonyma prudentes nostri vsurpant, cùm de mutuo tractant. Fateamur ergo id quod res est dissensisse Vlpianum à Iuliano, dissentiendiq; rationes vtrimq; magnas esse ac probabiles. Mouit illa Vlpianũ quã expressit his verbis *cũ alia opinione acceperit.* Sẽsus enim est donationẽ non perfici sola traditione quæ fiat à donatore, nisi vicissim aliquis sit qui rẽ donatã accipiat: quod plurib. tractat Cuiacius *li.* 12. *obseru. c.* 28. *ex l. absenti* 10. *De don. l. si verò* 8. §. *sed etsi mortis vers. caterũ. De bon. libert.* Non ergo sufficere qua opinione traditio facta sit, si is cui traditio facta est, alia opinione acceperit. Iulianũ autẽ illa magis ratio mouit, quę fortior mihi videtur, quod licèt in causa specifica trãsferẽdi dominij dissẽtiamus cũ tu pecuniã mihi tradis quasi donaturus, ego quasi mutuã accipio, consentimus tamẽ in ipsa translatione dominij & proprietatis, quia sicuti voluntas tua illa est vt proprietas in me trãseat, licèt ex causa donationis, ita volũtas quoq; mea est vt eadẽ proprietas in me transeat, licèt ex causa mutui. Vterque enim titulus & donationis & mutui æquè habilis est ad dominiũ transferendũ. Nã si ego quasi deponens pecuniã tibi dedero, tu quasi mutuã accipias, vt in specie §. *seq.* fatebor

bor libenter cū Vlpiano, nō solú nec depositū esse nec mutuū, sed neq; nūmos fieri tuos, cū non modò in causa traditionis dissentiamus sed etiā in trāslatione dominij. Tu enim tibi dominiū acquiri putas ex causa mutui. Ego neq; puto neq; volo. Quandoquidē trado tibi tanquam ex causa depositi ex qua certū est neq; dominiū transferri neq; possessionē *l. licèt* 17. §. 1. *infr. Depos.* sicuti neq; ex causa cōmodati *l. rei commodatæ* 8. *infr. Commod.* Nec puto Iulianum in hac specie aliter fuisse respōsurū: quē video exēpla duo proferre in quibus id agitur ex vtraq; parte vt dominiū trāsferatur: sed & obseruandū est ita loqui Iulianū vt dicat non videre se cur inefficax sit traditio. Nō ait, non videre se cur inefficax sit contractus aut donationis aut mutui, aut inefficax causa testamenti vel stipulationis. Sed cur inefficax sit traditio, quæ nō aliā ob causam fit, quā vt dominiū à tradente in accipientē transferatur. Quid enim aliud exigimus ad transferendū dominiū, quā vt in eo transferendo vterq; contrahentiū cōsentiat. Nec obstat quod nuda traditio nunquā transfert dominiū *l. nunquā nuda* 31. *eod. ti. de acq. rer. domin.* Non enim nuda dici potest quæ iustā causam habet, vt eadem lex ait, hoc est quæ ex iuris ratione & potestate sit habilis ad translationē dominij: Nec rursum deest iusta causa ob id solū quòd duplex illa sit, vna quidē in opinione tradentis, alia verò in opinione accipientis, dūmodò ambæ, vt dixi, in eo conueniant quòd iustę sint & habiles ad dominiū transferendū. Igitur *ἀντινομία* in eo est, quod Vlpianus requirit vt cōtrahentes non tantū in translatione dominij cōsentiāt sed etiā in causa trāslationis, quasi neutra sit satis iusta & sufficiens causa transferendi dominij in qua non vterq; consentiat. Iulianus verò illud tātū exigit vt contrahentes de transferendo dominio cogitent in eóq; cōsentiant, & in genere causæ iustę & habilis ad translationem dominij, licèt errent & dissentiant in causa specifica, quasi possint ambæ causæ cōiungi in genere licèt earū diuersitas & repugnantia faciat ne possint cōiungi in specie. Quāuis in cōtractibus non soleat inspici, quid vnus ex contrahentib. animo gerat si non id expresserit, nisi in ipsius præiudiciū vt hîc Bartol. tractat ex *l. si repetendi* 7. *C. de cond. ob caus. dator. l. si maiores* 25. *C. de trans.* Nā & hîc vterq; id animo agitat vt dominij translatio & acquisitio fiat, licèt vnus ex vna causa, alius verò ex alia.

b *Licèt condictione teneatur.* RAT. DVB. Condictio supponit translationē dominij. Nemo enim rē suā condicit nisi à fure *l. vlt. supr. vsufr. quē caueat. § sic itaq. Inst. de act.* Atqui negauit proximè Vlpianus nūmos accipientis factos esse. Ergo cōdictioni hoc casu locus esse non potest. Dic. Consumptione transfertur dominiū quod translatū non fuerat traditione *l. rogasti* 11. *§. vlt. & l. seq. vbi dixi supr.* Ergo quāuis nummi per traditionē facti non sint accipientis, ideóq; vindicari possint si extent, secundū Vlpiani non etiam Iuliani sententiā, si tamen consumpti sint, condicēdi sunt: quia si dominiū translatū fuisset in accipiētē ex causa mutui vt ille putabat, vtiq; condictione certi ex mutuo teneretur. Iuxta Marcelli regulā de qua in *l. si filiusf.* 14. *supr.* An ergo dabitur hoc casu cōdictio certi ex mutuo consumptis nūmis? Et nō puto, quia verū est mutuū ab initio contractū non esse. Nec proinde posse ex post facto conualescere. Tunc enim cōualescit cū ab initio fuit mutuū contractū, sed inutiliter. Cōpetet igitur condictio sine causa, cū non possit dicere is qui nūmos accepit ex qua causa eos habeat, quando neq; donatio sit neq; mutuum. Et ita benè Azo apud Accursiū, & meliùs quā Ioannes qui dabat certi condictionē generalē quasi possit illa exerceri nulla speciali causa proposita quod nos negauimus ad *l. certi cond.* 9. *supr.* Quāquā potest etiā dari ea cōdictio de qua *in l. si & me & Titium* 32. *infr.* quæ ex iure gentium datur aduersus omnes qui non ex iusta causa rē alienā possidēt. de qua in *l. rerū quidē* 25. *inf. rer. amot.* Nec tamē defēdi potest quod Accursius notat idē esse etiamsi nūmi extent nec cōsumpti sint quasi cū extant videatur vtriusq; voluntate conciliari posse donatio *arg. l. & post rem iudic.* 7. §. 1. *& vlt. supr. de trans.* Nā si ex postfacto conualescit & reconciliatur donatio vt putat Accursius, quomodo potest obsecro cōpetere donatori cōdictio aut vindicatio cū ex iusta donationis causa fecerit rem accipientis? Non enim donatio est nisi res fiat eius cui donatur *l. in ædib.* 9. *§. vl. infr. De don.* At neq; potest reconciliari donatio ex posteriore illa voluntate, quin vtriusq; voluntatē cócurrere eodē tempore necesse sit *d. l. in omnibus reb.* 55. *De obl. & act. l. vlt. supr. Comm. præd.* quod cū accidit, nouus contractus est, qui traditioni vim præbet vt possit transferre dominiū, nec proinde ideò recōciliatur prior cōtractus, sed fit nouus. Quòd si Accursius sic intellexit, vt quemadmodū cōsumptis nūmis, quos donator quasi donaturus tradidit si velit eos cōdicere, doli exceptione repellendus est, quòd eius voluntate nūmi consumpti sint. Ita idē extantibus si eos donator vindicet, æquè doli exceptio ei nocere debeat quasi recōciliata donatione per superueniētem eius, qui accepit voluntatē. Adhuc tamen repugnabo. Consumptio enim bona fide facta non solū prodest ad inducendā trāslationē dominij quod per traditionē aliqua de causa transferri non potuit. Sed etiā ad impediendā condictionē, eo casu quo rei extantis vindicatio impediri nō posset, vt cernere est in fructibus à bonæ fidei possessore perceptis qui si extent veniunt in restitutionē officio iudicis. Si cōsumpti sint non veniūt, quod eos bonæ fidei possessor percipiendo quidē acquirat *l. bona fidei* 48. *De acquir. rer. dom.* non tamen lucretur nisi consumendo *l.* 4. *§. post litē* vbi diximus *supr. fi. regund & Inst. de officio iudic.* Licèt in fructibus perceptis à malæ fidei possessore, aliud sit, quippe cui consumptio nullum ius possit acquirere propter malā fidē quominùs omnes fructus restituere teneatur. Nisi quod pro extātibus tenetur vindicatione. Pro cōsumptis verò cōdictione *l. certum est* 22. *C. de rei vind.* Igitur & in proposita specie dicendū est consumptionē sicut ei qui quasi donaturus nūmos tradiderat acquirit condictionē, ita & ei qui consumpsit bona fide & ex voluntate tradētis, acquirere doli exceptionē. Ne alioqui occurrat illa iniquitas, vt cogatur reddere id quod nec habeat, nec dolo malo habere desierit *l. mulier* 22. *§. sed enim infr. ad S.C. Treb.* Quod nūmis extantibus non possis similiter dicere, cùm accipientis nullū sit incōmodum si extantes nummos reddere cogatur domino vindicanti quos & cōmodè possit reddere & alienos esse sciat. Et verò cur de consumptis ex domini voluntate nūmis Vlpianus hîc loqueretur, si idē iuris esset in extātibus? Quod autē Accursius in argumentū adducit ex *d. l. & post rem* 7. *§. 1. & vlt. supr. De trans.* ab hac specie quam tractamus omnino alienū est nec ad sententiam ipsius confirmandā vllomodo pertinet. Nec obstat quòd is qui quasi donaturus tradidit, animum repetendi non habuerit. Non enim ea res impedit vindicatio-

nem quoties error in causa traditionis impediuit translationẽ dominij, sicuti nec impedit condictionem indebiti aut aliã quamlibet, quæ nec daretur, si quis sciens indebitum animo repetendi soluisset. *l. quod quis sciens* 50. *infr. de condict. indeb.* Minùs me mouet quod pro tuenda Accursij sententia adducit Bart. ex *l. si tibi dederim* 25. *infr. de donat.* Ibi enim donator, & donatarius consenserant in causa transferendi dominij, vt scilicet haberet rem donatarius ex donatione. Et in eo tantùm error erat quod donatarius putabat tradentẽ esse donatorem & ab eo causam se habere, cùm tamen is qui tradiderat tanquam nudus minister electus esset, vt donatoris nomine rẽ donatario traderet, cui tamen nomine suo tradiderat. Ideóque facilius est vt in ea specie quam in hac detur exceptio doli cõtra donatorem donatam rem vindicantem à donatario, habente rem ex donatione & ex donatoris voluntate.

1 ¶ Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuum accipias: nec depositum, nec mutuum est. Idem est, & si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostentandi gratia accepi. sed in vtroque casu, consumptis nummis, condictioni sine doli exceptione locus erit.

Ad §. 1. *si ego.*

Mallem legere vt vulgo, *Nam & si ego*, vt sit hæc confirmatio prioris sententiæ nec nouum §. constituat. Nã & cætera quæ in hac lege sequuntur ostendunt candẽ hîc tractari quæstionem, De condictione danda consumptis nummis & an cum exceptione doli, an sine exceptione? Proponũtur autem hîc duo casus similes superiori in eo quod quemadmodum si ego quasi donaturus tibi pecuniam tradiderim tu quasi mutuã & creditam accipias, neque donatio neque mutuum est. Ita si quasi deponens, aut quasi commodans tibi dicis causa pecuniam vt *in l.* 3. §. *vlt. infr. commod.* eam tibi tradidero, tu verò quasi mutuã acceperis neque depositum aut commodatum neque mutuum est. Ob eandem nimirum rationem, quia dissentimus in causa traditionis. Sunt tamen superiori dissimiles in eo quod ex mea parte siue quasi deponens siue quasi commodans tradam tibi pecuniam, quam tu quasi mutuam accipias, non id ago vt dominium vllum in te transferam, quod ex neutra harum causarum depositi vel commodati transferri potest, ideóque nec Iulianus diceret nummos fieri hac casu accipientis, vt suprà disputauimus. Minor igitur ratio dubitandi est ad hanc partem legis, & apertior ratio decidendi, quoniam in hoc casu dissentimus non tantùm in causa tradendi & transferendi per traditionem, sed etiam in translatione ipsa. Nolo enim transferre, Tu translatum putas.

a *Sed vtroque casu consumptis nummis.* RAT. DVB. Vtroque isto casu verum est nummos meos ad te ex voluntate mea peruenisse. Ergo vtroque casu sicuti verum est consumptis nummis locum esse condictioni: Ita dicendum est exceptioni doli aduersus condictionem locum esse debere. DEC. Non potes videri consumpsisse his casibus nummos meos secundum meam voluntatem, cùm eos tibi tradiderim ex causa depositi vel commodati, ac proinde vt eos tandem mihi redderes, eadémque corpora nummorum, non autem vt consumeres. Cessat igitur his casibus ratio, quæ in superiore parit doli exceptionem. Nec potest videri quicquam facere dolo malo is qui depositum vel commodatum reposcit sed is demum qui denegat. *l. si quis inficiatus* 13. *in princip.* & §. 1. *infr. deposit.* Et quamuis tu ab initio nihil dolo malo feceris, cùm nummos meos quasi mutuos accepisti, nunc tamen facis cùm mihi reposcenti non vis reddere quamuis consumptos, cùm possis si non eadem ipsa corpora nummorum quæ deposui vel commodaui, saltem tantundem reddere, quemadmodum si mutui causa dedissem *leg.* 2. §. *circa infr. de doli mal. except.*

19. IVLIANVS libro 10. Digestorum.

NON omnis numeratio eum, qui accepit, obligat: sed quotiens idipsum agitur, vt confestim obligaretur. Nam & his, qui mortis causa pecuniam donat,[a] numerat quidẽ pecuniã: sed non aliter obligauit accipientẽ, quàm si exstitisset casus, in quẽ obligatio collata fuisset: veluti si donator conualuisset, aut is, qui accipiebat, prior decessisset. Et cùm pecunia daretur, vt aliquid fieret:[b] quandiu in pendenti esset, an id futurum esset, cessabit obligatio: cùm verò certum esse cœpisset, futurum id non esse, obligabitur, qui accepisset, veluti si Titio decem dedero, vt Stichum intra Kalendas manumitteret: ante Kalendas nullam actionem habeo: post Kalendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit[c].

Ad l. Non omnis 19.

RAT. DVB. Obligatio mutui est ex earum numero quæ re contrahuntur id est traditione & numeratione *l.* 1. §. *infr. de oblig. & action.* §. 1. *Instit. quib. mod. re contr. obligat.* Ergo statim atque numerata est pecunia mutui contrahendi gratia, dicendum est confestim, & ab ipso instanti factæ numerationis nasci obligationem mutui & ex obligatione condictionem. DEC. Philosophorum axioma est, Actus non operari vltra intentionem agentium. Ergo quamuis in contractibus qui re perficiuntur, non aliter possit nasci obligatio quàm si rei traditio interueniat, aut numeratio quoties

agitur

agitur de pecunia numerata. Non tamen ideo statim consequens est, vt interueniente traditione ac numeratione confestim nascatur obligatio, nisi etiam illud concurrat, vt inter contrahentes idipsum agatur, vt confestim qui accepit obligetur. Agi tamen intelligitur non id tantùm, quod expressè dictum est, sed etiam id quod tacitè actum fuit. Plerunque enim accidit vt extra id quod expressè agitur, tacita obligatio nascatur, inquit Pomponius *in l.15. qui 13.in fi. inf. Commod l.semper in stipulationibus 34.de reg.iur.l.pen.inf. de euict.*

a *Nam & is, qui mortis causa pecuniam donat* Argumentum est à simili eandem proinde admittens rationem dubitandi, & decidendi. Nam & donatio causa mortis fit vt plurimùm per traditionem, sicut & donatio inter viuos, licèt vtraque fiat interdum etiam per stipulationem *l. sed interim 11. de donat.int.vir.& vxor.iunct. l. Papinianus 23.l.cùm hic status 31.§.siue autem res fuit & l.seq. eod.* Differentia tamen illa est inter donationem causa mortis, & mutuum, quod ex mutuo simpliciter facto si aliud nihil dictum sit, statim transfertur dominium, adeò vt nec conuentione expressa fieri possit vt mutuum priùs contractum intelligatur quàm dominium translatum sit. At donatio causa mortis tam quoque cùm per traditionem facta est, non tamen transfert dominium statim, sed tum demum cùm mors fuerit insecuta donatoris *d.l.sed interim:* Vnde est quod dicimus non videri perfectam donationem causa mortis antequàm mors insequatur *l. non videtur 32. inf.de mort.caus.don.* ob eamque causam donationes causa mortis æquiparatas legatis *l. Marcellus 15.l. illud 37.eo.tit.l.2.sup.de Public.in rem act.* Quanquam autem potest ita fieri donatio causa mortis, vt dominium statim transferatur in donatarium *d.l.sed interim §.1.* non tamen ita potest vt nullo casu reuocetur. Alioqui magis donandi causa mors est quàm mortis causa donatio *l. vbi ita donatur 27.de mort.caus.donat.* Et ideo quisquis donatarius est mortis causa, hoc ipso obligatur, vt aliquo casu id quod donatum est restituat donatori, sed non tamen statim, at in eum demum casum, & in id tempus quo reuocata sit donatio, siue per pœnitentiam donatoris, siue quòd extiterit condicio sub qua reddi conuenerit id quod donatum fuit *l si alienam 13 §.1.l.Seia 41.& pass eo.tit.* Variæ enim sunt condiciones sub quibus non tam fieri quàm resolui solent donationes mortis causa, puta si donator conualuerit, aut is qui donationem accipit, prior decesserit. Quæ duæ ponuntur in hac lege, & apud *Iustin. §.1.de donat.* addita tertia si donatorem pœniteat donationis: quia conditio tacitè inest omnibus mortis causa donationibus vt per pœnitentiam reuocari possint exemplo alterius vltimæ voluntatis cuiuslibet *l. 4.infra de adim. legat.*

b *Et cùm pecunia daretur, vt aliquid fieret.* RATIO DVB. Dominium transfertur per traditionem *l. traditio 20.infra de acquir.rer.domin l.traditionibus 20. C.de pact.* Ergo aut ipso traditionis tempore, aut nunquam, nec proinde potest esse in pendenti translatio dominij, nec per consequens obligatio quę nascitur ex illa translatione. DEC. Etiam effectus traditionis, id est, dominij translatio potest esse in pendenti, nempe si traditioni aliqua condicio inserta sit *l.omnia 6.& seq.sup.hoc tit.vbi diximus.* In proposito autem cum pecunia datur vt aliquid fiat, licèt ea res non faciat traditionem condicionalem nec dominij translationem in suspenso teneat, facit tamen vt is qui pecuniam ad id faciendum accepit hoc ipso se obligauerit ad restituendam pecuniam sub condicione si non faceret id quod faciendum recepit. Ergo quandiu in pendenti est an id futurum sit, in pendenti quoque obligationem esse necesse est, & vt hæc lex loquitur, cessare, id est, nondum natam esse. Cur enim habeamus iam pro non facto absolutè id quod tametsi nondum factum sit, fieri tamen adhuc potest? *l. quod Seruius 8.inf. de condit.caus. dat.* At cùm certum esse cœperit futurum id nunquam esse, tum demum obligabitur is qui accepit vt eam pecuniam restituat, veluti, inquit Iulianus, si Titio decem dedero vt Stichum intra Calendas proximas manumittat. Nullam enim actionem ante Calendas habeo: At post Calendas agere potero & agam rectè si Stichus manumissus non fuerit. Hinc capta occasione quærit Accursius si decem tibi dederim vt domum faceres intra proximas Cal. Iulias, & tantum tempus præterierit, vt certum sit intra residuum tempus fieri domum ampliùs non posse, an statim agere possit ad id quod mea interest nec tamen concludit quid sentiendum putet, vt neque Bartolus. Dicendum est multum referre an obligationi faciendi adiectus sit dies certus necne, si adiectus sit non priùs agi posse quàm dies venerit, licèt certum esse cœperit intra diem præstitutum fieri opus amplius non posse. quia nec prius stipulatio committitur, cùm tota obligatio in diem collata sit, nec stipulationis status cuius dies certus in exordio fuit, ex postfacto mutetur, vt subtiliter ratiocinatur Papinianus in *l.insulam 124.infr. de verb oblig. iunct.l stipulationes non diuiduntur 72.§.si quis ita eod.tit. & l.vero procuratori 12.§ pen. de solut.* In eoque Sabinus & Proculus consenserunt *l.in illa stipulatione 8.de verb oblig* quamuis de eo dubitasse videatur Proculus in *l.cum stipulatus sim 113. in fine primi responsi de eod. tit.* scilicet, cùm agitur ad pœnam promissam quasi iam commissam, vt ibi, non autem ad id quod interest, quia nec sciri potest quantum intersit opus factum non esse intra præstitutum diem antequàm dies venerit, & præterierit *d. l. in illa* semperque facilius est vt committatur stipulatio quantum ad pœnā quàm quantum ad id quod interest *l stipulatio ista 38.§ alterl.& ideo 44 eod.tit.* quamuis in stipulationibus dandi nec pœna ante diem committatur *l.si eum 10.§.1.sup.si quis caution.* Sed si dies adiectus non sit, dubitationi locus nullus relinquitur, quin agi possit, siue ad pœnam siue ad id quod interest, statimatque tempus præterierit, intra quod potuit fieri insula, nec facta est. Sed de illo tantum quæri potest, & quæsitum fuit inter veteres Iureconsultos, an expectandum sit vt tantum temporis præterierit quanto insula ædificari potuerit, quod Proculiani sensisse videntur, in quorum numero Celsus fuit, cuius sententiam Pomponius refert & probat in *l.si ita stipulatus essem abs te 14.cum l.seq.inf de verb.oblig.* An verò sufficiat vt inchoandæ insulę mora facta sit nec aliud quicquam expectari oporteat, quod Sabiniani magis probarunt inter quos Vlpianus in *d. stipulationes non diuiduntur 72.§.vlt eo. tit. Paulus in l.si insulam 84. Papinianus in l.ita stipulatus 13.§.vlt.* vbi dissensionis huius vestigia quædam præbet & Venuleius in *l.continuus 137. §. item qui insulam eod. tit. l. insulam 58.§.1.infra locat.* Ex quibus omnibus locis apparet arbitrio boni viri statuendum esse intra quod tempus fieri insula debeat *dict. §. 1. & §. item* qui insulam, & ideo statim atque mora probabiliter facta est inchoandæ insulæ vt in *dict. §. item qui insulam*

agi posse ex stipulatione. Sed tamen liberari posse, si quandoque insulam faciat etiam post elapsum tempus totum intra quod fieri potuit *d. §. item qui insulam*, nisi ex commissa stipulatione iam fuerit lis contestata *d. leg. si insulam* 84. Atque ita bene ante nos clarissimi Iureconsulti Iacobus Cuiacius & Dionysius Gotthofredus *ad d. leg. si ita stipulatus essem* 14. *de verborum obligation.* Ad hanc verò Proculianorum & Sabinianorum dissensionem hæc lex nil pertinet, in qua tractatur de obligatione in diem certum concepta. Et ideò quamuis Iulianus primùm scribat, *Cùm verò certum esse cœpisset futurum id non esse obligabitur*, concludit tamen *post Calendas demùm agere potero si manumissus non fuerit*. In quo vt iam dixi prudentes omnes veteres consenserunt.

c *Si manumissus non fuerit.* RAT. DVB. Cùm quis pecuniam accepit vt seruum suum intra certum tempus manumittat, si cesset in manumittendo, facit hoc ipso vt seruus liber sit ipso iure & sola potestate constitutionis diuorum Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum *leg.* 2. *C. si mancip. ita fuer. alien.* Ergo ei qui pecuniam dedit vt seruus manumitteretur, actio nulla competere potest ob id quod seruus manumissus non fuerit quasi rupta fide suscepta neque ad condicendum id quod datum est, neque ad petendum id quod ex ea causa interesse potest, cùm seruo libertatem nacto nihil possit interesse nec serui nec eius qui pecuniam dedit *leg. penul. & vlt. eod. titul.* DEC. Hæc lex Iuliani est cuius temporibus nondum ius illud obtinebat, quod Marcus & Commodus posteà introduxerunt. Vixit enim Iulianus sub Hadriano, cuius etiam iussu perpetuum Prætoris edictum composuit, Hadriano autem posteriores in imperio Marcus & Commodus fuerunt. Hoc verò Accursius noster non intelligens, quia iuris nostri historiam ignorauit, sic locos istos conciliat, vt in huius legis specie contrahentes senserint de actu ipso manumittendi. In aliis autem de effectu. Quasi verò contrahentes qui de actu aliquo loquuntur, non etiam de effectu ipso intelligant. Vbinam verò gentium magis quàm in contractibus locum habere debet, quod dici solet, Verba cum effectu esse accipienda. Aut quid interest contrahentium aliquid factum non esse secundum verba contractus dummodò idem sequatur effectus? *leg. vlt. §. 1. infr. Mandati*: sed neque verum est si subtilius respicias quod Accursius supponit pro vero, nullum actum manumissionis in danda huiusmodi libertate interuenire. Nam imò interuenit sed per fictionem & repræsentationem legis, vt loquitur *d. leg. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* Nec enim constitutio diuorum Marci & Commodi dat huic seruo libertatem tanquam non manumisso, sed tanquam manumisso, supplente scilicet lege factum hominis, quod facilius ei est, quàm vt sine manumissione tribuat alicui libertatem.

¶ 1 Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit: aut soluendi causa dederit: consumpta pecunia, condictionem habet, vel liberatur: non alia ratione, quàm quòd facto eius intelligitur ad eum, qui acceperit, peruenisse. quapropter si eandem pecuniam [a] is, qui in creditum, vel in solutum acceperat, alij porrò in creditum, vel in solutum dederit: consumpta ea, & ipse pupillo obligatur, vel eum à se liberabit, & eum, cui dederit, obligatum habebit, vel se ab eo liberabit. nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea, habet obligatum eum qui acceperit. item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo, qui acceperit.

Ad §. 1. Si pupillus.

RAT. DVB. Pupillus pecuniam suam tradendo, & siue in causam mutui, siue in solutum dando, sine tutoris sui authoritate, non transfert dominium in accipientem, quia nihil ex bonis suis alienare sine tutore potest *l. quòd si fortè* 14. *§. vlt. & l. seq. infr. de solut. §. nunc admonendi Instit. quib. alien. licet vel non.* Ergo neque condictionem certi ex mutuo acquirere sibi priore casu potest neque solutio liberationem. Nam & condictio & liberatio supponit translationem dominij & quidem irreuocabilem *l. 2. §. appellata l. si filiusfamilias* 14. *supr. hoc tit. l. in perpetuum* 61. *infr. de solut.* Est autem specialior dubitandi ratio in pupillo, quia tum quoque cùm soluit id quod non solùm naturaliter, sed etiam ciuiliter debuit, puta tutore authore, si tamen soluat sine authoritate tutoris repetit, quoniam persona locum facit repetitioni *l. interdum* 29. *infr. de condict. indeb. l. obligari* 9. *infr. de author. tutor.* Nunquam autem liberatio contingit quoties competit repetitio siue per viam vindicationis competat, siue per viam condictionis *d. l. in perpetuum, iunct. l. cùm quis* 38. *§. 1. & §. qui hominem de solut. d. l. interdum, iunct. l. si non sortem* 16. *§. si centum & l. Neratius* 63. *de condict. indeb.* Nec admitti potest quod Accursius respondet & post eum Bartolus iis locis tractari de pupillo qui fuerit debitor naturaliter tantùm non etiam ciuiliter, quasi faciliùs danda sit pupillo soluti repetitio si naturaliter duntaxat fuerit debitũ, quàm si & naturaliter & ciuiliter: nihil enim planè refert quoties quæritur an persona locum faciat repetitioni *d. l. interdum*, vbi indistinctè hoc ipsum traditur quãuis aliàs soleat multùm interesse vt *in l. si is cui* 94. *§ vlt. infr. de solut.* E contrario autem cùm persona nõ facit locũ repetitioni, hoc est cùm pupillus tutore authore soluit quod ipse debuit, sufficit naturaliter debitũ fuisse à pupillo, vt non possit habere repetitionẽ *l. naturaliter* 13. *§. vlt. & l. seq. de condict. indeb. l. cùm illud* 25. *§. heres meus infr. Quãd. dies legat. ced.* Multo minus defẽdi potest quod addit Accursius, In supradictis legibus quæ pupillo dant repetitionẽ, liberari tamẽ pupillũ si id maluerit. Liberatio enim iuris est non facti, quãuis solutio facti sit non iuris *l. Stichũ aut Pãphilũ* 95. *§. naturalis. De solut. l. 1. C. de probat. l. cõsilio* 7. *§. vlt. infr. de curat. furios.* Iuris autẽ potestas & authoritas nõ est in arbitrio pupilli, adeòq; nec ius

nec ius dicentis *l. ordine 15. infra ad municip.* ficuti nec in potestate pupilli est vt pecuniæ suæ dominium in alium transferat: quod ipsi lex interdicit. Legis enim potestas illa potissimum est, non voluntas hominis quæ dominium transfert, aut quæ retento dominio alienandi viam obstruit, vt loquuntur *Impp in l. si quidem 11. iunct. l. prædia 8. Cod. de præd. minor. l. vltim. Codic. de rebus alien. non alienand.* Et quod hîc scribitur pupillum consumpta pecunia vel condictionem habere vel liberari non ad eundem casum referendum est, sed ita accipiendum vt si crediderit condictionem habeat, si verò in solutum dederit, liberetur: vt explicat finis huius §. Denique quod Martinus suo more distinguebat vt hæc lex procedat de æquitate, illa de rigore, ridiculum est, cùm non minùs æquitas quàm rigor iuris faciat pro pupillo, ne dominium rei suæ transferre in alium sine tutoris authoritate possit, cùm per naturam ipsam fiat ne sibi prospicere per rerum naturam valeat, vnde est quod neque promittendo sine tutoris authoritate, neque mutuam pecuniam accipiendo se obligat iure naturali *l. quod pupillus 4. De condict. indeb. l. penult. infra. De obligation. & action.* DEC. Numeratio quidem à pupillo facta ex quacunque causa sine tutoris authoritate, dominium pecuniæ pupillaris trāsferre nullomodo potest, ideoque vindicatio nummorum pupillo competit quandiu extant *dict. l. interdum & dict. §. nunc admonendi.* Sed consumptio secuta auffert dominium pupillo quod numeratio ei auferre non potuit. Et idcirco fatendum est consumptæ pecuniæ condictionem competere, cuius extantis vindicatio competere potuisset vt supradictis locis scriptum est & in *l. si à furioso 12. & seq. supra hoc titul. l. pater filiæ nomine 81. infra de iur. dot. dict. l. si is cui 94. versic. sin autem communes de solut.* Porrò quo casu daretur condictio si dominium nummorum translatum fuisset in accipientem, dabitur vindicatio si adhuc extent: Iisdem consumptis dabitur condictio, si pupillus pecuniam crediderit: Quòd si in solutum dederit, liberabitur vtrumque eâdem & communi ratione, quia verum est eius facto pecuniam ad eum qui accepit peruenisse, vt hîc Iulianus scribit. Addi potest alia ratio, propter quam liberari debeat pupillus qui pecuniam in solutum dedit, quia locupletior factus intelligitur pupillus, qui à creditore liberatur *l. si pupilli debitor 66. eod. tit.* Sed hæc ratio in debito ciuili tantùm haberet locum non in eo quod pupillus naturaliter duntaxat debuisset *dict. l. si is cui §. vltim.* Iam autem diximus in vtroque debito, & quod naturali tantùm & quod etiam ciuili iure debeatur, hanc Iuliani sententiam locum habere. Illa tamen semper manet dubitatio, qua ratione fieri possit, vt contingat liberatio ex solutione per pupillum facta, cùm persona vt diximus locum faciat repetitioni *dict. l. interdum dict. l. in perpetuum.* Nisi quis dicat fieri hoc non tam iure quàm occasione, vt loquitur *l. 2. infra de riuis*, id est, ex euentu, & eo demum casu quo certum sit pecuniam penes eum qui accepit remansuram, vt in *l. qui res 98. in fin. principij & §. rem autem castrensis peculij eodem titul. de solut.* Cur enim repeteret pupillus aut eius tutor pecuniam illam, quam vbi repetierit, iterum soluere cogi per Prætorem possit? An non ipsius interest potius, vt eam pecuniam relinquat creditori ac eius periculo acsi à maiore fuisset credita *§. item is cui. Institut. quibus modis re contrau. oblig.* & ita liberetur, fiatque locupletior? *dict. l. si pupilli.* Quemadmodum è contrario stultus esset pupillus qui pecuniam naturaliter tantùm debitam & sine tutoris authoritate solutam nollet repetere, cuius nomine conueniri posteà non posset. Nisi conscientiæ magis quàm vtilitatis suæ rationibus vrgeretur vt naturalem obligationem, bonámque fidem agnoscere mallet, fortè si ex ea pecunia locupletiorem se factum esse sciret, quanquam hoc casu conueniri etiam posset tanquam ciuiliter quoque obligatus ex rescripto Diui Pij *l. 3. §. pupilli sanè l. si pupilli 6. l. Nesennius 34. supra de negot. gest.* Sed potest fieri tamen vt pupillus etiam naturaliter tantùm obligatus, nec factus locupletior, naturalem obligationem nihilominùs velit agnoscere, nec vnquam repetere vt in *dict. l. cùm illud 25. §. heres meus infra quand. dies legat. ced. l. si pupillus 21. ad leg. falcid. l. si eius pupilli 64. ad Senatusconsultum Trebellianum l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aliquando infra de solut.* Nam etsi pupillus postquam soluit sine tutoris authoritate quod debuit siue naturaliter tantùm siue etiam ciuiliter debuerit, certum est heredem eius non repetiturum, atque ita pecuniam omnimodo penes creditorem mansuram, quia sicuti persona pupilli illa est quæ locum facit repetitioni *dict. l. interdum.* ita & eadem persona pupilli ea est cui repetitio dari debet, & quæ præcipuum fauorem meretur, non causa vt loquitur Papinianus *in l. ex pluribus 42. infra de admin. tutor.* nec proinde persona heredis. Quidni ergo dicamus hoc casu liberatum esse omnimodo pupillum solutione pecuniæ quocunque iure debitæ, si pecunia sit consumpta, cùm certum esse incipiat nullo casu posse illam à creditore auocari? Ex regula *dict. l. in perpetuum, iunct. l. praeced. & dict. l. qui res 98. l. si rem meam 25. de solut.* Quid item si is qui pecuniam à pupillo accepit sibi debitam & consumpsit, tam egenus sit vt non habeat quod reddat, & inanis futura sit condictio contra eum danda *l. nam is 6. supra de dolo. l. itaque 15. §. 1. de furt.* an non certum est hoc casu pecuniam penes eum mansuram? Cur non ergo acquiretur pupillo saltem liberatio? Planè, si extaret pecunia, vindicari vtique posset etiam per heredem, quippe qui non minus esset dominus pecuniæ quā fuisset pupillus. Ideóque nec liberatio vlla hoc casu competeret, quia naturalis obligatio impedit quidem condictionem soluti sed non vindicationem. Nimirum quoniam nec soluta intelligitur pecunia cuius dominium translatum non fuit in accipientem, saltem quandiu remanet penes soluentem *l. si quis aliam 46. l. is qui ad eum 60. & pass. eod. tit. de solut.* Ex quo intelligimus, quàm verum sit quod nos contra interpretes disputamus, non esse in specie distinguendum, an quod pupillus debuit naturaliter tantùm fuerit debitū, an etiam ciuiliter, sed illud tantùm inspici oportere, An pecunia soluta penes creditorem perpetuo māsura sit, an verò repeti adhuc possit, vt quandiu repeti potest siue per vindicationem siue per condictionem non contingat in plenum liberatio sed in pendenti sit, pendeat autem ex futuro euētu. Vbi verò certum est remanere pecuniam penes creditorem, tum demū contingat plena liberatio, siue per pupilli volūtatē tutore authore declaratam id accidat sine per ipsius pupilli mortē quæ cōtigerit ante repetitionē. Quid ergo si pecunia quā pupillus soluit sine tutore, consumpta

quidē non sit, sed vsucapta sit? Nō esset dubitandū quin cōtingeret liberatio per vsucapionē nō minùs quàm per cōsumptionē: cùm in hanc rē tantum faciat vsucapio quantū cōsumptio *d. leg. is qui alienum num. l. qui alienā 3. de mort. caus. donat.* vbi dicitur eum qui alienā rem vsucepit non ab eo videri cepisse cuius res fuit, sed ab eo qui rē tradēdo, occasionē vsucapionis præstitit. Sed tamen obseruandū est longè aliā esse hac parte rationē vsucapionis aliā consumptionis. Vsucapio enim nō potest procedere sine titulo, nec magis vsucapio pro soluto quàm ex aliis causis *l. Celsus 27. l. penult. de vsucap. alias l. 3. Pro solut.* Atqui titulus nullus est cum pupillus sine tutoris authoritate cōtraxit siue crediderit siue in solutum dederit *d. leg. obligari 9 de author. tutor.* Nihil ergo est quod de vsucapione tractari hoc casu possit. At cōsumptio nullū nullū exigit, sed tantùm bonā fidem *l. regul. 1. §. vlt. supr. hoc tit.* Non potest autē non bona fide consumpta esse pecunia quæ fuit verè debita ei qui consumpsit, quique eam accipiendo suum recepit, licèt à pupillo ipso sine tutoris authoritate acceperit a. g. *leg. repetitio 44. infr. de condict. indeb.* Quamuis repetitionem habere pupillus possit. Habet enim condictionem non tanquam indebiti soluti sed tanquam malè soluti prpter personam quæ locum facit repetitioni *d. l. interdum.* Nec de condictione indebiti ex illa intelligi potest qua parte dat nummorum consumptorum condictionem. Quandoquidem per condictionem indebiti nūquam repetitur tantundem, sed idem ipsum quod solutum fuit, quæ dubitandi ratio est ad *leg. si pœnæ 19. §. si falso & §. vlt. infr. eod. illo tit.* In quo differt maximè condictio illa à condictione certi ex mutuo *l. §. mutui datio l. supr.* Licèt ei qui indebitum accepit perinde condici possit si appareat eum dare oportere acsi mutuum accepisset, inquit Iustin. *in §. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* & quasi ex mutui datione vt Caius loquitur in *l. si quis absentis 5. §. is quoque qui non debitum de oblig. & action.* quod certè ad nomen & substantiam condictionis magis quàm ad qualitatem actionis referendum est.

a *Quapropter si eandem pecuniam* RAT. DVB. Cùm is qui pecuniam à pupillo sine tutoris authoritate creditam vel solutam accepit eamque postmodum alij siue credidit, siue in solutum dedit, quæ deinde consumpta sit, verum est consumptam esse pecuniam post secundum creditum & secundam solutionem. Ergo consumptio secundum mutuum duntaxat conciliare potest, non primum: Et secundam solutionem, non primam. DEC. Non potest conciliari secundum mutuum per consumptionem quin in antecedens necessarium concilietur prius. Nec posterior solutio quin concilietur prior, quoniam eadem pecunia est quæ bis fuit credita vel in solutum data. Nec potest videri is qui secūdo loco credidit, vel in solutum dedit pecuniam suam credidisse aut soluisse quin perinde habeatur, acsi ipse consumpsisset. Cùm verò eadem pecunia bis consumi non possit, consequens est, vt vna eademque consumptio tantùm prodesse debeat ad conciliationē duplicis mutui duplicisque solutionis quantum faceret duplex si possibilis esset consumptio. Et certè vix est vt non videatur is ipse consumpsisse pecuniam pupillarē, qui eam acceptā alij mutuam dedit vel soluit, à quo postea sit consumpta. Occasionem enim consumptionis saltem præbuit, vt de eo qui vsucapionis occasionem præbet scriptum est *in d. l. qui alienam 3. infr. de mort. caus. donat.* Sed & ratio illa facit vt vtrūque mutuum & vtraque solutio per subsecutam consumptionem concilietur, quòd & facto pupilli pecunia ipsius peruenit ad primum debitorē ex causa mutui vel ad priorem creditorem ex causa soluti. Et facto eiusdem primi debitoris vel creditoris eadem pecunia peruenit ad secundum. Eadē igitur ratio facit in vtriusque persona, vt si is qui pecuniam pupillarem in creditū vel in solutum accepit alij postea in creditū pariter vel in solutum eandē pecuniā dederit, cōsumpta ea, & ipse obligetur pupillo vel eū à se liberet, & eū cui dederit obligatū habeat, vel se ab eo liberet. Ac sanè locupletaretur hic secundus ex aliena iactura si hanc pecuniā tradendo ipse aliū sibi obligaret, aut ab alio se liberaret, neque tamen pupillo contra eum aut condictio aut liberatio acquireretur: consequens ergo est quod in fine huius legis cōcludit Iulianus, Omnino id est generaliter ita esse vt qui alienā pecuniā credēdi causa dat, obligatū habeat eū qui accepit. Itē vt qui in solutum dedit liberetur ab eo qui accepit.

20. IDEM libro 18. Digestorum.

SI tibi pecuniam donassem, vt tu mihi eandē crederes: an credita fieret, dixi, in huiusmodi propositionibus nō propriis verbis nos vti. nam talē contractum neque donationem esse, neq; pecuniā creditam donationē non esse: quia non ea mente pecunia daretur, vt omni modo penes accipientē maneret. creditam non esse: quia exsoluendi causa magis daretur, quàm alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniā hac condicione accepit, vt mihi in creditū daret, acceptam dederit: non fore creditam: magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed hæc intelligenda sunt propter suptilitatem verborū, benignius tamen est, vtrumq; valere.

Ad l. si tibi pecuniam 20.

RAT. DVB. Contractus omnes ex volūtate contrahentiū nomen & substātiā accipiūt quotiescunq; in arbitrio & potestate sunt eorum qui contrahunt. Sunt enim ab initio volūtatis, *vulg. l. sicut 5. C. de oblig. & act.* nec præsumendi sunt contrahentes aliud voluisse quàm q̄ dixerunt *l. Labeo 7. §. 1. de supellect. legat.* neq; rursum admittenda est volūtatis quæstio, cùm in verbis ambiguitas nulla est *l. ille aut ille 25. §. 1. de legat. 3.* Si ergo tibi pecuniā donauerim, vt eā posteà mihi credas, quid impedit quominùs duo sint contractus, quorū prior sit verè donatio, posterior autē verè mutuū? Nam cùm in alia re qualibet, tùm maximè in nūmis rebúsq; cæteris quæ functionē recipiunt in suo genere, id obtinet vt eadē pecunia sæpiùs data & reddita diuersarū summarū vice fungatur *l. si quis duos 67. infr. de solut.* Fatendū igitur est, ea lege numerata Titio pecunia donationis causa, vt statim donatori mutuò detur, dicendum est nō impediri translationem dominij, ac propterea iisdem nummis donatori creditis, nouum dominium in eis acquiri.

acquiri. Atque ita disertis verbis respondet Papinianus in *l. qui id quod 33. §. 1. infr. de donat.* tam apertè vt frustrà quis in conciliandis duobus his locis laboraturus sit. DEC. Donatio non est nisi quæ fit ea mente vt omnimodo penes accipientem res donata remaneat *l. 1. infra de donat.* In quo maximè differt donatio inter viuos, de qua hîc loquimur à donatione causa mortis *l. vbi ita donatur 127. infrà De mort. caus. donat.* Nec rursus mutuum est nisi quod fit animo obligandi eum qui accipit, vt condictio certi ex eo nasci possit *l. 3. l. si filiusfamilias 14. & pass. supra hoc titul.* & vt addit Accursius spontanea voluntate credentis *l. sicut 5. Cod. de obligat. & action.* In proposita autem specie, neque ea mente datur pecunia vt omnimodò penes accipientem remaneat, neque tam obligandi donatoris causa quàm exsoluendi debiti, & liberandæ fidei gratia quæ donatori data fuit, magisque suum accepisse donator videri debet, siue cum Accursio interpretere *suum*, id est, *sibi debitum* siue quod Vlpianum potius sensisse puto, propriè intelligas *suum* pro eo quod iam sit vere donatoris. Quasi nec tradendo ex causa donationis transtulerit dominium eius pecuniæ, quam ea lege donauit vt statim ipsi crederetur. Neque enim alienantur nummi qui sic dantur, vt statim recipiantur *l. qui sic soluit. 55. infra de solution.* Ergo neque donatio, neque mutuum est, si Vlpiano credimus, qui hanc opinionem sumpsisse videtur ex veteribus quibusdam Iureconsultis quos Marcellus notat *in dict. l. si quis duos*, à quibus ait malè hoc deductum fuisse in dubitationem. Addita etiam ratione qua mouebantur, quæ illa ipsa est quam hîc adfert Vlpianus, *quòd non posset videri is qui ita accepit, vt ei à quo accepit retro reddat, soluisse, potius quàm reddidisse* Ita enim legendum puto, non vt Florentiæ *decessisse* aut vt vulgo *dedisse* aut vt alij legunt cum Haloandro *accepisse* vel *decidisse* cum Contio. Sensus enim est non ille qui à doctissimis nonnullis viris traditus est, vt qui pecuniam accipit à debitore ita vt ei retro illam reddat, non tam liberasse illum videatur, quàm ipsi donasse. [quis enim *soluisse* vnquam dixit pro *liberasse*? aut quis nescit longè aliud esse *dare* aliud *donare*?] Sed hic potiùs vt qui solutam à se pecuniam creditori, & à creditore ipsi redditam iterum soluit eidem creditori ea lege, vt rursum eidem debitori retrò illam reddat, creditor non tam soluisse eam pecuniam videatur ad se liberandum quàm reddidisse. Pertinet enim hoc ad secundam numerationem non ad primam de qua nemo dubitare potest quin vera solutio sit, quoties id actum est quomodo in specie illius legis vt post multas reciprocationes creditor pecuniam sibi primùm numeratam tandem retineat. Fuit autem fortasse Iuliani ea sententia quam hîc Vlpianus sequitur, & Marcellus in *dict. l. si quis duos reprehendit.* Solet enim ille passim notare Iulianum, nec rimam vllam prætermittit, si quam vel minimam in Iuliano reperit, in qua non figat aculeum. Ita vt nihil certius in iure nostro habeatur, quàm id in quo Marcellus cum Iuliano sentiat, vt alibi scripsimus post Iacobum Cuiacium *libr. Obseruat. cap.* Accursius tamen & post eum cæteri omnes interpretes Vlpianum cum Marcello & Papiniano ita conciliant vt Vlpiani sententia verior sit de rigore iuris vt loquuntur, Papiniani verò & Marcelli de æquitate, quæ rigori iuris semper præferenda est *l. placuit 8. C. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de regulis iuris.* Quam in distinctionem mouent eos verba illa vltima huius legis, *Sed hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum: Benignius tamen est vtrumque valere.* Mihi tamen aliud iudicium est, putóque probabilius esse vt hæc postrema clausula vel Triboniani sit, vel imperiti interpretis qui supradictam distinctionem aut induxerit primus aut ab aliis inductam admiserit. Non ob id solùm quod satis ineleganter & inconcinnè scripta sit, sed etiam quia non dubito quin & Papiniani & Marcelli sententia non solùm æquior sit, sed etiam iuris rationi & rigori conuenientior. Atque ita Papinianum & Marcellum sensisse apparet ex *dict. l. qui id quod 33. §. 1. infra de donation. & dict. l. si quis duos 67. de solut.* Cur namque impediatur translatio dominij ex causa donationis ob id solum quòd redeat statim pecunia donata ad donatorem cùm redeat ex noua causa siue mutui, siue alia qualibet? Quo casu certè locum non habet quod scriptum est in *d. l. qui sic. De solut.* sed tum demum cùm nihil commodi aut iuris remansurum est penes primum accipientem vt benè hîc notat Bartolus *ex l. seruus dotalis 58. infra solut. matrim.* Et verò cùm per stipulationem possit quis obligari ad credendam pecuniam, ita vt si postea non credat, teneri debeat eo nomine ad id quod interest *l. si pœnam stipulatus 68. infra de verborum obligationibus* quidni possit etiam donatarius ad idipsum se obligare per pactum in ipsa donatione aut incontinenti appositum? Ergo Papiniani & Marcelli non Vlpiani sententia sequenda est. Nec admittenda distinctio Bartoli an translatio in dantem fiat sponte an coactè ex *dict. l. si quis duos.* Nam & Marcellus cum casum tractat quo translatio facta sit coactè & ex pacto, licèt etiam illum tractet quo sponte facta sit.

21. IDEM libro 48. Digestorum.

QVidam existimauerunt, neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere, & reliqua persequi: neque eum, qui fundum suum diceret, partem duntaxat iudicio persequi. sed in vtraque causa humaniùs facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur: cùm ad officium eius pertineat, lites deminuere.

Ad l. Quidam existimauerunt. 21.

RAT. DVB. Solutio & exactio per partes habet magna incommoda quantùm ad creditorem *l. 3 sup. famil. ercisc.* Est enim pecunia res fragilis per se & lubrica si non statim conuertatur in emptionem

prædiorum aut aliarū rerum quæ habent durationem *l. si chorus* 79 §. 1 *de legat.* 3. *iunct.* *Aut nouissimè C. de admin. tutor.* Difficilius autē est vt quis occasionem emendi habeat pro parte pecuniæ, quàm si totam quantitatē sibi debitam haberet. E contrario longè commodius est debitori partem debiti soluere, quàm vniuersum debitum, cùm numeratio maioris quantitatis non sit in tam facili & expedito quàm minoris *l. si dubitet* 10. *infr. de fideiuss.* Fieretque debitor longè negligentior ad offerendam solutionem totius quantitatis si ei liceret partem debiti offerre & soluere. Excitatur enim diligentia debitoris metu grauiorum vsurarum, quæ maiores semper sunt maioris quantitatis *l. pecunia* 9. §. 1. *l. Caius Seius* 11. *l. Seia* 12 *infr. de vsur.* Non est igitur debitori indulgendum vt soluat partem quantitatis debitæ, cùm ita fiat iniuria creditori *l. in creditore* 38. *infr. de euict.* Prætterquàm fauore libertatis *l. cùm heres* 4. §. *item si decem infr. de statu lib.* aut eorum qui possident emphyteuticos fundos patrimoniales, de quibus extat expressa in eam rem constitutio Valentiniani & Valentis *in l. 4. C. de collat. fundor. patrimon.* Et emphyteutis *lib.* 11. *tit.* 64. Fortasse ideò vt in hoc saltem releuentur qui in aliis multis grauantur. vt hîc notat Accurs. Aliud ergo est in cæteris debitis, etiam in collectis vt Baldus loquitur. Adeò vt nec sufficiat debitori obsignare partem debiti quominùs totius debiti vsuras præstare debeat, si creditor totum accipere paratus fuit *l. tutor* 41 §. *Lucius infr. de vsur.* Maximè verò si creditor pignus aliquod habeat aut quasi pignus, vt in *l. Iulianus* 13. §. *offerri infr. de action empt. l. si seruus* 57. *de adilit. edict.* Idque propter indiuisam pignoris causam vt loquitur *l. rem hereditariam* 68. *de euict. iuncta l. heredes* 25. §. *idem obseruatur* 14. *supr. famil. ercisc. l. qui pignori* 19 *de pignor.* Dec. Ad officium boni iudicis pertinet lites diminuere *l.* 2. *in princip. de aqua & aqua pluu. arcend. l.* 1. §. *inde quaeritur de oper. noui nunciat.* & quàm citissimè fieri potest terminare, vt finem velociter accipiant: quomodo loquitur *Iustin. Nouell.* 83. *Vt cleric. apud propr. Episcop. prim. conuen.* Nam & in totum eas tolli si fieri posset, publicè expediret, vtpote per quas crescat discordiarum materia inter ciues, quorum tamen salus non nisi concordiæ vinculo retinetur. Ergo si is à quo centum per iudicem petuntur fateatur se debere quinquaginta eàque se paratum dicat soluere, alia verò quinquaginta neget se debere, cogendus est creditor vt quinquaginta accipiat: de aliis verò quinquaginta litiget, vt tanto minor lis fiat quanto minor erit quantitas de qua litigandum superterit. Idque longè humanius est, ne cogatur debitor inuitus de ea re litigare, quam debere se fateatur quod certè iniquum esset *leg. si reus* 73. *supr. de procuration. leg. si debitori* 21. *supr. de iudic.* Nec interest an quantitas petatur, an species. Eadem enim æquitatis ratio est, vt si fundum à te petam quem ego totum meum esse dicam, tu verò eius fundi partem dimidiam tuam esse adferas, sin æquè cogendus partem fundi accipere, aliam verò iudicio persequi, ne de ea quoque fundi parte litigandum habeas de qua nullam mihi controuersiam facere velis. Nec enim quicquam prohibet te rem aliquam possidere & partem scire dimidiam ad te pertinere, de altera verò parte controuersiam non facere *leg. permittendum* 8. *infr. supr. si pars hered. petat.* Planè si eius partis quam fateris te mihi debere, velis partem soluere, non eris audiendus ob eas rationes quas primùm attulimus. Sicuti è contrario si is qui diuersarum summarum ex diuersis contractibus debitor est, debitum vnum & quidem integrum velit soluere, non potest creditor solutionem recusare eo prætextu quòd aliud debitum non offeratur, etiamsi pro vtroque debito eadem data sint pignora *leg. vlt. infr. Quibus modis pign. vel hypoth. soluit. l.* 2. 3. *& seqq. de leg.* 2. Sed & obseruandum est æquitati huius legis locum non esse si fateatur debitor se totum debere nec nisi partem velit soluere, non magis quàm si quis partem duntaxat debiti agnoscens eius partis partem tantùm vellet soluere: Quamuis solutio partis volenti creditori facta pareret sine dubio partis liberationem *l. stipulatus sum* 9. §. 1 *infrà de solut.* Soluere enim partem velle nihil prodest, sed soluisse prodest: Quemadmodum dicimus nihil prodesse debitori quòd velit satisfacere, sed prodesse tamen si satisfecerit, quia imputare sibi debet creditor, qui satisfactionem pro solutione, aut etiam partis solutionem admisit, quam iustè poterat recusare *leg. item liberatur* 6. §. 1. *quibus modis pignor. vel hypoth. soluit.* Eius summæ quæ per modum conditionis debetur. alia ratio est: Numquam enim solui potest pro parte, vt conditio pro parte impleta videatur. In eóque veteres omnes consenserunt. Sunt enim condiciones omnes indiuiduæ quæ vni personæ sunt iniunctæ, nec nisi enumeratio personarum facit diuiduas *leg. cui fundus* 56. *De condicio. & demonstr.* Eáque ratio est, ob quam indiuidua censetur causa pignoris *d. leg.* rem hereditariam, quia pignoris obligatio habet suas conditiones si debitum non soluatur aut aliter eo nomine non satisfiat *leg. si rem* 9. §. *omnis pecunia. infrà de pignor. action. leg. grege* 13. §. *etiam de pignorib.* Vnde etiam fit vt ad pœnam pro parte euitandam nihil prosit partem offerre siue in dando siue in faciendo condicio consistat *leg. heredes* 25. §. *idem iuris est suprà famil. ercisc. leg. in executione* 85. §. *penult. de verb. obligation* Nisi cùm promissa est pœna certæ quantitatis in vicem eius quod interest. Tunc enim etsi committitur pœna in solidum, locus tamen est exceptioni doli pro parte. *leg. si seruus* 9. §. 1. *suprà si quis cautionib.* quia nec stipulatio committeretur eius quod interesset, nisi quatenus interesset, *leg. si procurator* 18. *infrà Rat. rem haber. iunct. leg. vltima de prætor. stipulation.* Atque ita respondendum est ad *d. leg.* 9. §. 1. *si quis cautionibus* non quomodo respondet Accursius speciale esse in iudiciis, quod non probo. At neque illud quod post Accursium notat Bartolus si creditor cui debitor partem debiti liquidam offert, nolit accipere, quomodo compelli possit à iudice ad eam accipiendam. Et aiunt nihil aliud debitori faciendum esse, nisi vt pecuniam offerat, quæ si à creditore recusetur, periculo ipsius posteà futura est propter moram accipiendi à creditore contractam ex *l. qui decem* 72. *in prin. de solut.* Nam cùm solutio sit facti *l. consilio* 7. §. *vlt. de curat. furiosi l.* 1. *C. de probat.* non est existimandum quod hîc scribitur compellendum esse creditorem vt partem debiti accipiat, de compulsione præcisa intelligi debere, cùm nemo ad factum præcisè cogi possit, quia id sine vi & impressione fieri non posset *l. si quis ab alio* 13. *in fin. infr. de re iudic. l. si pœnam stipulatus* 68. *l. quoties quis alium* 81. *l. cùm stipulatus sum* 113. §. *vlt. de verb.*

verb.obligat. Et sanè ita est. Debet hîc locus intelligi de coactione & compulsione causatiua, vt loquuntur, id est, nisi malit creditor eam debiti partem quæ oblata est suo esse periculo, si modò facta sit oblatio congruo loco & tempore, nulla etiam obsignatione secuta *d.l. qui decem.* Sed non potest videri facta esse non congruo loco, & tempore quæ facta est in iudicio. *d.l.si rem 9. §. vlt.infr.de pignor. act.* nisi cùm verbo tantùm facta est. Nec enim hoc sufficit, sed præsentem pecuniam aut aliam rem oblatam esse oportet vt diximus ad *d. l. si debitori 21. supr. de iudic.* aduersus receptissimum errorem pragmaticorum nostrorum. Et rursum eam ipsam pecuniam quæ oblata fuit periisse oportet vt possit dici liberatus debitor quasi soluto eo in quo accipiendo creditor moram fecit vt in *d.l. qui decem.* Alioqui non posset locus esse quæstioni cum pecunia in genere perire non possit *l. incendium 11. Cod.si cert petat.* Sed & obseruandum est facta oblatione sola pecuniæ, licèt congruo loco & tempore præsentique pecunia, non tamen liberari debitorem sed tamdiu manere ipso iure effectuque obligatum, quandiu pecunia extat, nec periit: non enim sola mora pro solutione est, sed duntaxat transfert periculum in moratorem hactenus vt extincta re post moram creditoris, liberetur debitor, sicuti extincta ea post moram debitoris, perpetuatur obligatio, vt res debita peti adhuc possit *l.si seruum 91. §. sequitur & §.vlt.infr.de verb.oblig.* Extincta verò & perempta re quæ oblata fuit & post moram creditoris, contingit quidem liberatio debitori, at per exceptionem doli tantùm, non ipso iure *d.l. qui decem.* Vt ergo contingat ipso iure, meliùs ac prudentius faciat debitor si oblatam à se partem debiti obsignet ac deponat vt *in d.l.si reus 7. supr.de procurat.* Obsignatio enim ritè ac legitimè facta, illa est quæ non modo transfert periculum in creditorem qui in mora est accipiendi *l.si soluturus 39.l.creditor 101.de solut.* sed etiam acquirit debitori plenissimam liberationem, cum habeat vim solutionis *l. obsignatione 9. Cod. eod.* quæ licèt de ea obsignatione loquatur, quæ facta sit totius pecuniæ, sic tamen intelligenda est, vt quo casu facta partis solutio pareret liberationem, obsignatio etiam partis sufficiat: quia semper obsignatio pro solutione est *l.acceptam 19.C.de vsur.* Quod cùm ita sit non possum non mirari quid illud sit, quod Bartolus quærit, si creditor qui tenetur recipere centum, velit petere tantum decem, debitor autem velit quòd agat ad integra centum, an creditor debeat compelli ad hoc vt integra centum petat, & an cogatur tota centum recipere: Magisque miror quod idem Bartolus post Petrum respondet, cogendum: Ne inquit, cõtinentia causæ diuidatur *ex l.nulli 10. C.de iudic.l.1.supr. de quibus rebus ad eund. iudic. eat.* Nam cùm debitor à quo creditor non nisi decem petit, scit se centum debere, an non promptius habet auxilium obsignationis ad se liberandum si tota centum obsignare paratus sit, quam vt cogat inuitum creditorem agere ad centum integra? Planè si debitor neget quicquam se debere ei qui contendat deberi sibi centum ex vno tantùm contractu, nec tamen petere velit nisi decem vt pluribus iudiciis fatiget debitorem. Ad iudicis officium sanè pertinet ex ratione & æquitate huius legis, vt de toto debito agere cogat creditorem, vt vna lite vnoque iudicio tota controuersia terminetur, nec lites multiplicentur: *d.l.nulli:* quod secus esset si creditor decem sibi ex vna causa deberi diceret, ex aliis autem nonaginta *l.singulis 6. de except. rei iud.* Nam & contra iuris regulam est vt agere quis cogatur. Nec si agere quis velit *ex l. diffamari 5. C de ingen.manum.* vt ostendimus in *Error.1.decad.51. De error.pragmat.* An autem ad euitandam expensarum condemnationem debeat offerre debitor id quod debet, si ab eo plus quàm debeat petatur, aut an ea res expensarum compensationem possit inducere alia quæstio est de qua vide quæ in Codice nostro scripsimus *De fin.l.de plur.petit.*

21. IDEM libro 4. ex Minicio.

VInum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est, quæsitum est, cuius temporis æstimatio fieret, vtrùm cùm datum esset, an cùm litem contestatus fuisset, an cùm res iudicaretur. Sabinus respondit: si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: (si non, quanti tunc,) competitum esset. Interrogaui, cuius loci pretium sequi oporteat, respondit: si conuenisset, vt certo loco redderetur, quanti eo loco esset: si dictum non esset, quanti, vbi esset pretium.

Ad l. Vinum 22.

Hæc lex pertinet ad quæstionem illã, quæ toties ab interpretibus omnibus & à nobis quoque agitata est, Cuiusnam temporis habenda sit ratio in ineunda rei debitæ æstimatione. De qua scripsimus fusissimè *libr. 16. coniectur. & in Chiliade de error. pragmat. & interpr. iur. Decad. 10. Et in nostro Codice de fin. 6. & seqq. vsque ad 16 sed tritiùs Decade 84. Err. 9.* Summa hæc est in iudiciis bonæ fidei æstimãdam esse litem, id est, rem de qua lis est, vtro tempore pluris fuit vel moræ, non litis contestatæ si ante contestationem mora præcesserit, vel rei iudicatæ *l.3.§.in hac inf.commod.l.3.§.si per venditorem l.si sterilis 21. §.cùm per venditorem de action. empt.* In strictis verò quanti res est præcisè tempore litis contestatæ, vt scriptum est in hac lege *& d.§.in hac l vlt. De condict. tritic.l. hominem 37.mandat.* Præterquàm in condictione triticaria in qua spectatur quanti res est præcisè tempore condemnationis *l.3. de condict. tritic.* In arbitrariis non quanti res est siue hoc siue illo tempore, sed quanti interest actoris arbitrio iudicis paritum non esse, quod ipsum æstimatur aliquando per iusiurandum in litem idque vt plurimum *l qui restituere 68. sup. de rei vindic.* aliquando autem sine iureiurando *l. si inter 21.§.vlt.infr.de pignor.* Medij temporis æstimatio nunquam attenditur, vt ex supradictis omnibus locis apparet, nec si post moram in bonæ fidei iudiciis

aut post litem contestatam in strictis æstimatio creuerit. Tantum abest vt æstimatio ineunda sit, quanti plurimi vnquam res fuit à tempore moræ, quomodo putant vulgo interpretes ac post eos pragmatici etiam in iudiciis strictis. Quod tamen nullo casu admittit Iurisprudentia nisi in actione legis Aquiliæ,& in condictione furtiua, in qua licèt sit omnium fauorabilissima propter odium furis, non egreditur tamen æstimatio, quanti plurimi retrorsum iudicij accipiêdi tempus *l.2.§ quæsitum inf. de priuat. delict. l. ait lex 21. supr. ad leg. Aquil* quamuis fur ex die furti admissi morã in re furtiua restituenda semper facere intelligatur *l. in re furtiua 8.§. 1. de condict. furt.* Sed hæc ita si non ipsa æstimatio in obligationem deducta sit, puta per hæc verba *quanti res est.* Hoc enim casu præsens æstimatio debetur, quæ fuit tempore contractus, vt in *l. fundum Cornelianum 28. inf. de nouat.* Aut nisi contractui dies adiectus sit. Quo casu eius præcisè temporis æstimatio præstanda est quo dari res debuit, quoniam adiectio diei facit vt hoc ipsum nominatim conuenisse videatur, vt in hac ipsa lege *& d. l. vlt. infr. de condict. tritic. l. quoties in diem 59. de verb. oblig. l. cum quis in diem 22. de oblig. & act.* vbi sine dubio legendum est addita negatione *non quo satis acceperit* vt à nobis probatum est supradictis locis. Nihil autem hac parte interest an dies tacitè insit stipulationi an expressè adiectus sit *l. idem erit 60. de verb. oblig.* Nec rursus an dies an condicio, cùm cuilibet condicioni insit tempus quo continget eam existere *d. l. quot ei in diem 59. eod.* Alia quæstio est cuius loci ratio habenda sit in æstimanda re debita. Ad quam quæstionem respondet Vlpianus in hac lege, cùm conuenit vt certo loco quid reddatur, æstimari rem debere quanti eo loco fuerit, tempore scilicet litis contestatæ, si verò dictum non sit quo loco, eius loci spectandam esse æstimationem vbi res petita est. Quod & Caius scribit *in d. l. vlt. de condict. tritic.* Idque in omnibus iudiciis generaliter & indistinctè videtur obtinere, nisi quòd distinctio aliqua videtur adhibenda inter condictionem certi ex mutuo, & condictionem certi ex stipulatione. Hæc enim per adiectionem loci fit arbitraria non item illa. Rursum inter condictionem certi & triticariam, quoniam per adiectionem loci non degenerat condictio certi in arbitrariam quomodo degenerat triticaria, vt ostendimus *in dict. decad. 84. Error. 5. & 6.* vnde pleraque cætera peti possunt, & ex iis quæ in dicta *decade & in 85.* sequuntur, quæ ad totum hunc tractatum & legis huius explicationem pertinent, & ex quibus videbis non plura esse in glossis Accursij & Bartoli Commentariis verba quàm errata.

23. AFRICANVS libro 2. Quæstionum.

SI eum seruum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, & vendiderim: mortuo eo, posse te mihi pretium condicere, Iulianus ait [a]: quasi ex re tua locupletior factus sim.

Ad l. si eum seruum 23.

RAT. DVB. Cùm eum seruum qui tibi legatus erat quasi mihi legatum possedi & vendidi, non potest negari quin bona fide & possederim eum, & vendiderim: Ergo mortuo eo penes emptorem teneri non debeo, neque de homine restituendo siue per vindicationem siue per condictionem, cùm nec eum possideam nec dolo desierim possidere. Neque de ipsius precio. Cùm non tibi fuerit legatum precium serui, sed seruus ipse, quem porrò tibi tanquam domino periisse necesse est non mihi qui dominus esse iam desieram *l. pignus 9. Cod. de pignor. act.* Nec enim succedit precium loco rei in actionibus specialibus siue in rem sint siue in personam, sed in vniuersalibus duntaxat vt in petitione hereditatis siue directa & ciuili *l. si & rem & precium 22. vbi diximus supr. de hered. petit. siue fideicommissaria l. si heres institutus 70. §. 1. infr. ad SC. Trebell.* Precium enim quod accepi ex venditione serui legati non tam videor ex seruo ipso percepisse quàm ex mea negotiatione *l. venditor 21. infr. de hered. vel act. vendit.* Adeò vt nec si ratam habeas venditionem à me factam, debeat tamen ea res tibi prodesse ad precium repetendum, quia ratihabitio tua illud demum negotium potest tuum facere quod tuo nomine gestum est *l. si pupill. 6. §. sed si ego sup. de negot. gest.* Ego autem nomine meo vendidi non tuo, nec tui contemplatione sed negotij mei gerendi causa. DEC. Dominium rei per vindicationem legatæ transiit recta via à testatore in legatarium etiam ignorantem *l. legatum 80. De legat. 2. l. à Titio 64. De furt.* Nec quod rem tibi legatam ego bona fide possederim quasi mihi legatam, facere potuit me dominum, quia sola fides bona sine titulo non est legitimus modus transferendi dominij sine titulo nec si traditio concurrat à vero domino facta *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin. imò nec ad vsucapiendum l. Celsus 17. infr. de vsucap. l. diutina 4. & seq. C. de præscript. long. tempor.* Ergo cùm rem tibi legatam vendidi, vtique vendidi rem tuam, & precium quod ex ea venditione consecutus sum, licèt ex negotiatione mea magis quàm ex re tua ad me peruenerit, faciendum tamen est saltem occasione rei tuæ in meas manus peruenisse nec aliter peruenturum fuisse. Hoc verò satis est, vt mortuo apud emptorem seruo teneat tibi condictione, non illa certi generali vt vult Bartolus, quæ in iudicium deduci & exerceri nunquam aliter potest quàm si certam & specialem aliquam habeat differentiam ac denominationem, vt diximus ad *l. certi condictio 9. sup. hoc tit.* Neque rursum condictione sine causa vt putat Cuiacius, cùm non sine causa peruenerit ad me precium eius rei, quæ à me alij vendita & tradita est, eaque condictio non tantùm ex æquitate, sed etiam ex mera iuris ciuilis ratione nascatur, nec alij detur quàm ei qui facto suo dominium in accipientem transtulerit *l. 1. & tot. tit. de condict. sin. caus.* quorum neutrum hîc contingit, sed condictione illa quæ quoniam tota est ex æquitate naturali refertur ad ius gentium in *l. rerum quidem 25. infr. rer. amot.* Iure namque naturali & gentium iniquum est locupletari quem ex aliena iactura *l. nam hoc natura 14. infr. de condict. indeb. l. iure natura 206. de regul. iur.* quæ tota etiam ratio est inducendæ eius condictionis de qua *in l. si & me & Titium 32. infr. hoc tit.* In proposita verò specie constat locupletiorem fore me ex tua iactura si liceat mihi precium retinere quod ex rei tuæ venditione ignorante te facta percepi. Sed hoc ita si homo venditus, iam sit mortuus apud emptorem. Nam quandiu

viuit

viuit vindicare illum ab emptore debes quod facere potes etiam non oblato precio *l.3. C.de rei vindic.* non precium à me condicere, vt contra quosdam glossatores benè hîc sentit Accursius, quoniam hæc condictio sicuti non tam ex mera iuris ciuilis ratione aliqua propria & ex negotio aliquo, quàm ex mera æquitate proficiscitur, ita non nisi ex necessitate datur & alia nulla competente ciuili aut prætoria actione. Planè si mihi seruum hunc indebitum soluisses quasi debitum, posses à me precium condicere, etiam re extante, vt idem Accursius rectè subiungit *ex l. si non sortem 26. §.libertus l.in summa 65 § in frumento infr.de cond.& indeb.* Nec enim nouum est vt aliud præstemus aliud condicamus, vt ibidem Vlpianus scribit. Idem esset si me procuratorem constituisses ad vendendum hunc seruum qui tuus fuisset. Precium enim hoc casu, à me potes repetere, non quidem per condictionem, ne fortè fallat te Accursius, sed per actionem mandati contrariam non expectato eo vt seruus hic mortuus sit. Extra hos casus non teneor tibi de precio quamdiu seruus tuus quem vendidi viuit, quia potes eum tanquam tuum iure tuo vindicare, nec condictio precij cum rei vindicatione potest vnquam concurrere non magis quàm circa vnam eandémque rem *l vlt sup.vsufr quem.caueat.* Quid ergo si seruus hic non mortuus sit apud emptorem sed ab emptore vsucaptus? Idem esse putat Cuiacius *ex l.1.C de reb.alien.non alienand.* Et iam olim ante Cuiacium Bartolus cùm hîc scripsit Ratihabitionem in specie huius legis nil prodesse, nisi re perempta vel præscripta. Ego tamen contrà puto. Etsi enim non ignoro, quod Cuiacius obiicit, duobus his modis fieri vt res desinere videatur extare *l.si id quod 10.inf.si quid in fraud. patron.l.deperditū 11.sup. de hered.petit.* Multum tamē hac parte interest, an res pereat suo facto, an facto domini. Quomodo perire intelligitur cùm vsucapta est, quoniam alienasse ipse intelligitur qui rem suam passus est vsucapi *l.alienationis 28.De verb signific.l.si fundum 16 infra de fund. dotal.* Vt proinde imputari possit domino cur non ante completam vsucapionem vindicauerit rem suam: quod vtique non potest imputari ei cùm res nondum vsucapta periit naturaliter. Itaque non minùs cessat æquitas quæ hanc condictionem domino dari suasit, si per eum factum sit quominùs rem suam hodie vindicare possit, quàm si vindicādæ eius potestas superesset. Atque ita intelligo quod scriptum est in *d l.3.C.de rei vindic.Vel alio modo proprietatem eius amisisti* nullo scilicet facto tuo, nullâque culpa interueniente: quia quod quis ex culpa damnum sentit, sentire non videtur, vt habet iuris regula. Estque inauditum, eum qui rem alienam vendidit, atque ita vsucapiendi causam præbuit, re tādem vsucapta precium domino restituere teneri, quod nec ante completam vsucapionem vlla actione peti ab eo posset *l. rem alienam 28. de contr. empt.iunct.l.qui alienam 33.infr.de mort.caus.donat.* Nec me mouet quod contrà scriptum putat Cuiacius in *d.l.1.C.de reb.alien. non alienand.* Ibi enim agitur de malæ fidei venditore, qui nullo iure munitus, id est, ne iuris quidem alicuius erronea opinione rem alienam sciens vendidit siue scienti siue ignoranti emptori. Quo casu non tam fauor domini quàm odium venditoris qui alienam rem mala fide vendidit, ius hoc euicit vt saltem vsucapta re vendita, teneatur venditor domino ad precij restitutionem. Et quidem actione negotiorum gestorum siue dominus expressim venditioni consenserit, siue amissa proprietate per rei venditæ extinctionem ratam venditionem habere velit vt in *d. l.Cod. de rei vindic.* Nam post completam vsucapionem sera esset ratihabitio ab eo facta, qui iam per suam negligentiam dominus esse desiisset. Ratihabitio enim sicuti facit meum negotium, quod reuera fuit alienum, si modò mei contemplatione gestum sit, nec fuerit verus dominus ex eo locupletatus *d.l.si pupilli 6. §. item quæritur & seq.sup.de negot.gest.l.vlt sup si pars hered. pet.* Ita & multo magis negotium quod iam reuera fuit meum, licèt non mei contemplatione gestum. *d.l.vlt.sup.de negot gest.* Qui autem precium venditionis petit hoc ipso ratam facere venditionem videtur *l.seruum Titij 49.infr.mandat.l.ab vno 19. Cod de negot.gest.* Quid ergo est, inquies, quod hęc lex dat domino condictionem precij? An fortè quid hoc casu possit condictio cum actione negotiorum gestorum concurrere? Ita putat Accursius quem Bartolus reprehendit quòd ratio quâ mouetur in hac lege Africanus, nihil commune habeat cum actione negotiorum gestorum. Non malè. Sed nec ille multo meliùs cùm admittit actionem negotiorum gestorum concurrere cum certi condictione generali. Non per hanc legem, inquit, sed per regulam generalem positam in *d.l.certi condictio 9.supra,* quod nos iam refutauimus. Et sanè cùm actio negotiorū gestorum sit prætoria & subsidiaria, condictio autem quælibet sit ciuilis, frustra esset honorariam actionem ei dare qui haberet ciuilem *l. 1. supra de Public in rem act.* Dicendum igitur est, eidem quidem domino in specie huius legis posse & condictionem accommodari, & negotiorum gestorum actionem, sed diuersis respectibus ita vt non ideò possint ambæ in eundem casum, eandémque personam concurrere. Ratihabitio enim ritè facta venditionis siue expresso consensu facta sit, siue per petitionem precij, siue perempta re siue adhuc extante necdum tamen vsucapta, parit actionem negotiorum gestorum, vt diximus etiam contra bonæ fidei venditorem: Contra eum verò qui mala fide vendiderit, etiam re vsucapta *d. l.3. Cod. de rei vindic.Iunct.d.l.1.Cod de rebus alien.non alienand.l.1. Cod. de his qui à non domin.manum.sunt.* At si nulla sequatur ratihabitio, nec pecunia, quæ ad venditorem precij nomine peruenit, petatur tanquam precium re perempta, sed tanquam pecunia ex qua locupletior factus sit venditor cum aliena iactura, tum verò condictioni locus est, nec actioni negotiorum gestorum fieri locus potest. Et ita benè Cuiacius sentit ad *dict. l. vltim. supra de negot.gest.* quæ eiusdem Africani nostri est, licèt ex alio Quæstionum libro desumpta. Sed quid ad illa verba huius legis *Mortuo eo posse te mihi precium condicere Iulianus ait.* Nihil ille respondet Dicendum est meo iudicio, Precij nomine hîc significari pecuniam & quantitatem illam quæ precij nomine ad me peruenit, vt ea quantitas demonstratiuè & materialiter sumpta non sub formalitate illa precij, condici possit citra ratihabitionem venditionis, id est, tametsi tu verus legatarius declaraueris nolle te ratam facere venditionem. Ideóque si fortè vilissimo precio res distracta sit, non tamen condictione teneor suprà quàm acceperim precij nomine, quia nec nisi eatenus possum videri factus locupletior ex re tua: Qui tamen teneri deberem vsque ad quantitatem iusti & veri precij, nisi æquitas quæ condictionem hanc inducit, esset

ſtrictior, ac proinde condictionem ipſam reſtringeret. Adeo vt etiamſi mala fide ſeruum hunc tibi legatum poſſederim ac vendiderim, id eſt, ſciens, tibi legatum, non ideo in plus teneri debeam iſta condictione quàm quatenus locupletior factus ſum. Niſi quod hoc caſu magis eſt vt condictioni locus non ſit, cùm teneat vindicatione, tanquam qui dolo deſierim poſſidere. Dolus enim pro poſſeſſione eſt vt in cæteris omnibus ita maximè ad inducendam rei vindicationem *l. Iulianus* 17. *in princip. & §. 1. verſ. quòd ſi dolo malo ſupra de rei vindic.* vbi quod dicitur malæ fidei venditorem debere ſerui mortui precium domino reſtituere, de vero iuſtóque precio intelligi procul dubio debet non de eo quod conuentum, & receptum fuit, vilius fortè & impariuſto. Atque ita Cuiacius quoque ſentit. Sed in eo non ſatis rectè quòd non admittit differentiam quam interpretes conſtituunt, an bonæ fidei venditor cauſam habeat lucratiuam, an verò oneroſam, vt priore tantùm caſu condictione teneatur ex hac lege, non etiam poſteriore. Quæ tamen distinctio admittenda omnino eſt. Nam, vt argumentatur Accurſius, non poteſt venditor condictione ideò teneri domino ad reſtituendam quantitatem precij quòd ex re domini factus ſit locupletior, ſi tantundem ei abſit, quantum ex venditione conſecutus eſt: *§. ſi res aliena Inſtit. de legat.* Cùm non illa ratio condictionem pariat quod venditor precium habuerit ſed quòd ex eo locupletior factus ſit. Quæ ratio in habente cauſam oneroſam non aliter locum habere poteſt quàm ſi plus conſecutus ſit & in rem ſuam verterit ex precio quàm ei abſit. Planè in negotiorum geſtorum actione facilius admitti poteſt vt de precio competat omni caſu ſiue cauſam lucratiuam ſiue oneroſam habeat is qui vendidit, quia rationem habet generaliorem quàm condictio illa de qua Africanus in hac lege. Ex qua porrò malè noſtri colligunt precium ſuccedere loco rei. Seruus enim venditus ſi extaret, vindicaretur, non condiceretur, quia eſſet veri legatarij ſi non vſucaptus proponeretur. Precium autem mortui hominis non vindicatur ſed condicitur, quia precium redactum ex venditione rei meæ non eſt meum, cùm ex negotiatione magis quàm ex re mea percipiatur, vt benè diſputat Cuiacius *ex d. l. venditor* 21. *de hered. vel action. vendit.* quamuis per occaſionem rei meæ ad venditorem peruenerit.

24. VLPIANVS libro ſingulari Pandectarum.

SI quis certum ſtipulatus fuerit, ex ſtipulatu actionem non habet: ſed illa condictitia actione [a] id perſequi debet, per quam certum petitur.

Ad l. ſi quis certum 24.

RAT. DVB. Actiones quæ ex contractibus naſcuntur contractuum nomen habent. Sic enim dicimus actiones empti & venditi quæ ex emptione & venditione naſcuntur, locati & conducti quæ ex locatione & conductione, pignoratitiam quæ de pignore, & ſic de cæteris. Atqui ſtipulationum aliæ ſunt certæ in quas res aliqua certa deducitur, aliæ incertæ in quas aliquid incertum *l. interdum* 74. *§. vlt & l. ſeq. infra de verborum obligationibus.* Ergo ex ſtipulatu actio naſci debet non minus ex ſtipulatione quâ quis certum ſtipulatus fuerit, quàm ex ea quâ quid incertum. DEC. Perpetuò id agunt Iureconſulti quantùm poſſunt vt ſingulis actionibus propria, & ſpecialia dent nomina pro rerum ac negotiorum diuerſitate, ne actionis nomen æquiuocum nouas pariat difficultates, & vel actori vel reo ſit captioſum, inſpecto præſertim iuris veteris rigore, ex quo periculum incurrebat actor amittendæ litis ſi malè actionem elegiſſet ac in nomine actionis peccaſſet. Hinc nimirum comparatæ actiones Præſcriptis verbis, vt per eas tutiùs agi poſſet ſi quando de iure aut nomine actionis competentis dubitaretur, *l. 1. & 2. l. quia actionum* 11. *l. ſi tibi gratuitam* 17. *l. Titius* 24. *& paſſ. de præſcrip. verb.* Cùm ergo aliud ſit nomen actionis ex ſtipulatu, aliud verò actionis ex ſtipulatione, meritò induxerunt Iureconſulti vt ex ſtipulatione certa naſcatur condictio certi quæ ſpeciali nomine dicatur ex ſtipulatione: At ex incerta ſtipulatione naſcatur actio ex ſtipulatu, quia certi condictio hoc caſu competere nulla poteſt, vt apud *Iuſtin. Tit. de verborum obligationibus in princip.* Neque vnquam apud prudentes aut Imperatores noſtros confunduntur hæc nomina, quamuis ita putet Accurſius ex *l. ſi pacto quo pœnam* 14. *Cod. de pact.* Ibi enim ex ſtipulatu verè agitur, non autem condictione certi ex ſtipulatione quia ex ſtipulatione pœnali de qua ibi agitur non perſequitur actor ſimpliciter pœnam quæ ſemper certa eſt *l. ſtipulatio iſta* 38. *§. alteri de verborum obligationibus l. vlt. de prætor. ſtipulat.* ſed ad factum agit hoc eſt, vt fiat id quod in conuentionem deductum eſt, vt ea lex ait: Factum autem ſemper incertum eſt *l. vbi autem* 75. *§. qui id quod in faciendo de verborum obligationibus.* Excipienda eſt actio ex ſtipulatu quam Iuſtinianus ſpeciali quodam iure & contra vulgares regulas induxit quaſi ex tacita ſtipulatione pro dote ſiue certa ſiue incerta *l. vnic. C. de rei vxor. act. §. fuerat Inſtit. de action.* In his enim quę contra iuris rationem conſtituta ſunt non poſſumus ſequi regulam iuris *l. in his* 15. *ſupra de legibus.* Nec eſt contrarium quod ſcriptum eſt in *l. certi condictio* 9. *§. 1. ſupra hoc tit.* ex incerto quoque contractu naſci condictionem certi. Id enim tum demum obtinet cùm ex incerto contractu certum petitur, vt ad eum locum adnotauimus. Non etiam cùm ad rem incertam puta ad id quod intereſt quod ſemper incertum eſt *d. l. vlt. de prætor. ſtipulat.* In quo noſter errat Accurſius, qui condictionem certi ad incerta quoque dari putat, & ad id quod intereſt, quod nos iam refutauimus ad *d. l. certi*, quamuis Accurſium ſequatur Bartolus. Planè ſi quando dubitetur probabiliter an certum ſit, an incertum id, quod petitur ex ſtipulatione, tutius eſt agere ex ſtipulatu, quia huius actionis nomen generalius eſt quàm condictione certi ex mutuo, quæ nunquam competit, niſi cùm ex ſtipulatione certum certò petitur, quod & hîc notat Bartolus *ex hac lege & ex dict. Tit. de verborum obligationibus apud Iuſtin. in princip.* Elegantius autem Florentina lectio hîc habet *condictitia actione* quàm vulgata *condictione*: condictitiam enim actionem benè illam

ne illam dicimus quæ ex certi stipulatione nascitur aut ex quolibet alio contractu ad rem certam sicut & pignoratitiam, quæ ex pignore *Tot. tit. inf. de pignorat. act.*

25. IDEM libro singulari de Officio consularium.

CReditor, qui ob restitutionem ædificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit, priuilegium exigendi habebit.

Ad l. Creditor qui ob restitutionem 25.

RAT. DVB. Creditor qui ad emendum ædificium pecuniam credidit, nullum habet priuilegium, neque inter chirographarios creditores, neque inter pignoratitios. Nusquam enim id proditum legimus. Cur ergo habebit is qui credidit ob restitutionem & refectionem ædificij? An non plus est ædificium emere quàm reficere? Proinde an non maius beneficium est illius qui mutuam dat pecuniam ad emendam domum, quàm eius qui ad reficiendam? Quòd si ea potissimum ratione habet priuilegium & tacitæ hypothecæ & prælationis ille qui credidit ad reficiendam domum, quia saluam fecit totius pignoris causam, vt scriptum est in *l. interdum 5. & seq. infra qui potior. in pignor. hab.* an non maiore beneficio dignus est, qui credidit ad emendam domum? quandoquidem hic non tantùm saluam fecit, sed etiam præbuit causam pignoris cæteris creditoribus, quibus non esset hodie domus hæc obligata si eam debitor non emisset, qui omnia bona sua præsentia & futura cæteris creditoribus suis obligauerat. Hoc enim ponendum est vt quæstioni locus fieri possit. DEC. Reipublicæ interest refici ædificia quæ ruinam & casum minantur, itémque collapsa restitui ne vrbs ruinis deformetur, *l. Prator ait 20. §. hoc interdictum prohibitorium est infra de oper. noui nunciat l. 2. §. si quis nemine, l. vlt. infra ne quid in hoc public.* At reipublicæ nihil interest an Titij sit domus hæc, an Sempronij. Fauor igitur publicæ vtilitatis qui omnia ferè priuilegia tacitæ hypothecæ & prælationis induxit, suasit facilè vt priuilegium exigendi haberet is qui ob refectionem ædificij pecuniam credidisset, potius quàm qui ad emendam domum *l. 1. infra de cess. bonor. l. cùm duobus 52. aliàs l. si fratres §. idem respondit Socius 10. infra Pro socio: & Nouell. 97. De æqualit. dot. cap. 7. §. his consequens l. 1. infra in quibus caus. pignor. vel hypoth. tacit. contr.* vbi scriptum est Senatusconsulto quod sub Marco Imperatore factum est pignus insulæ creditori datum qui pecuniam ob restitutionem ædificij extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinere qui redemptori domino mandante nummos ministrauit, quod & scriptum est in *l. si ventri 24. §. 1. de rebus author. iudic. possid.* Vt nimirum eo veluti præmio inuitarentur homines ad pecuniam credendam in rem tam vtilem. Nam & ad curatoris Reipub. officium pertinet vt dirutæ domus à dominis extruantur *l. ad curatoris 46. infra de damn. infect.* sicut è contrario districtè prohibitum est, ne quis ad demoliendum negotiandi causa domum suam partémve domus vendat *l. vlt. eod. tit.* Alia ratio est eius qui credidit ad emendam nauim. Hic enim habet priuilegium non minus quàm qui ad eam vel reficiendam vel armandam & instruendam *l. qui in nauem 26. l. quod quis nauis 34. infra de rebus author. iudic. possid.* Nempe quia reipublicæ interest nauim eius esse qui eam exercere velit, sciátque propter vtilitatem & necessitatem commerciorum ac transmarinæ negotiationis. Certum autem est non ab alio vendi nauem quàm ab eo qui exercere illam diutiùs nolit, nec ab alio emi quàm qui exercere illam velit. Iunge quæ scripsi *libr. 2. Coniect. capit. 10.* Alia item ratio est eius qui credidit ad faciendam domum & nunc primùm extruendam. Aliud enim est facere aliud reficere *l. 3. § penult. infra de itin. act. priuat.* longéque minor subest necessitas faciendæ insulæ quàm reficiendæ licet ad publicam quoque vtilitatem pertineat quàm plurimis ædificiis vrbes exornari & augeri.

26. IDEM libro quinto Opinionum.

SI pecuniam militis procurator eius mutuam dedit, fideiussorémque accepit: exemplo eo, quo si tutor pupilli, aut curator iuuenis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit, actionem dari militi, cuius pecunia fuerit, placuit.

Ad l. si pecuniam 26.

RAT. DVB. Etiam cùm alius quilibet alienos nummos mutuos dedit absente domino & ignorante, certum tamen est acquiri domino quamuis ignoranti condictionem certi ex mutuo *l. cert. condictio 9. §. si nummos* vbi rationem attulimus *supra hoc titul.* Nihil ergo speciale est in milite cuius procurator, aut in pupillo vel minore, cuius tutor, aut curator pecuniam numerauit. DEC. Potest militis procurator aut pupilli tutor, vel adulti curator pecuniam militis aut pupilli aut adulti suo nomine credere, aut nomine militis vel pupilli vel minoris. Posteriore hoc casu nihil speciale est in pecunia militis vel pupilli vel minoris, quantum ad condictionem certi ex mutuo quæ nascitur ex numeratione *dict. §. si nummos.* Itémque quantum ad hypothecariam hodie post constitutionem Iustiniani *in l. 2. Codice per quas personas nobis acquir.* Sed tantùm, quod ad actionem

ex stipulatione competentem siue aduersus eum qui mutuam accepit, si ponas in ipsa mutui datione vel paullo antè vel incontinenti post numerationem interuenisse stipulationem: quo casu nulla ex numeratione, sed tantùm ex stipulatione condictio nascitur *l. si ita fuero 6. §. 1. cum l. seq. infra de nouat. l. si ita stipulatus 126. Chrysogonus de verborum obligationibus.* siue contra fideiussores debitoris, quos à procuratore acceptos fuisse lex ponit, quia certum est vnius stipulatione alteri actionem quæri non posse siue sibi siue alteri quis stipulatus sit *l. quæcunque 11. de obligat. & action. vulg. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verborum obligationibus.* Fideiussores enim non nisi per stipulationem obligantur *l. blanditur 12. Codice de fideiussor.* Ideoque nec transibat olim fideiussoria obligatio sine cessione ne tum quidem cùm principalis actio & condictio ex numeratione transibat ante Iustiniani constitutionem in *d. l. 2. Codice per quas person.* Sed priore casu cùm procurator militis, vel tutor pupilli, vel denique curator adulti suo nomine pecuniam credidit, quæ vel militis, vel pupilli, vel adulti fuit, speciale est & contra vulgares iuris regulas vt ex ea numeratione quæratur condictio certi ex mutuo, non tantùm ei qui suo nomine credidit, sed etiam militi, pupillo, vel adulto ne sit in potestate illius qui militis, vel pupilli, vel adulti pecuniam administrat grassantis in re aliena, ius eorum lædere, digni enim sunt quibus succurratur aduersus factum eorum per quos negotia sua gerere inuiti quodammodo compelluntur: Quod in paganis & maioribus secus est quibus procurator actione sibi quæsita cedere cogitur *l. possessio 49. §. vltim. de acquirend. possess.* Alioqui nullam ex facto & stipulatione procuratoris actionem haberet dominus, nisi cùm procuratori præsentis cautum esset quo casu haberet dominus vtilem actionem *l. si procuratori 79. de verborum obligationibus.* Multo magis permittitur procuratori militis stipulari nominatim ipsi militi ex pecunia militis sicuti potest tutor stipulari nominatim pupillo & curator adulto *d. l. 5. §. penult. de pecun. const. quod aliis procuratoribus non licet, dict. §. alteri.* Est autem hoc ius in fauorem militis pupilli & adulti sic comparatum, vtilitatis tantùm gratia vt scriptum est in *dict. § penult.* Ideóque nec directa huiusmodi actio est sed vtilis tantùm *l. 2. infra quand ex fact. tutor.* Vbi dicitur idem esse si ex pecunia pupilli tutor in nomen suum rem aliquam emerit. Habet enim pupillus eius rei vtilem quoque vindicationem quod & generaliùs scriptum est in *l 4. iunct. l. 2. Codice eod. titul. & in l si curator 3. Codice arbitr. tutel. l. ex facto 52. §. planè si ea re pupilli infra de pecul.* Itemque de re empta ex pecunia militis in *l si vt proponis 8. Codice de rei vindic.* contra quàm in aliis obseruari soleat *l. si ex ea pecunia 6. eod. tit. l. procuratoris 5. §. planè si in eadem taberna infra de tribut. act.*

27. IDEM libro 10. ad Edictum.

CIuitas mutui datione obligari potest, si ad vtilitatem eius pecuniæ versæ sunt. alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non ciuitas, tenebuntur.

Ad l. Ciuitas 27.

RAT. DVB. Ciuitas non potest consentire: Consensus enim factum requirit personæ consentientis. Ciuitas autem non habet personam nisi fictam, vt vniuersitatum corpora, & collegia omnia de quibus in *l 1. & pass. supra. Quod cuiusque vniuersit.* Vnde est quod nec moriuntur vniuersitates istæ, nec facilè pereunt *l. sicut 7. §. vltim. eod. l. proponebatur 76. supra de iudic. l. an vsusfructus 56. supra de vsufruct. l. si vsusfructus 21. quibus modis vsusfruct. amitt.* Sed nec ciues ipsi & municipes ex quibus ciuitas constat consentire in vnum possunt *l. vltim. & l. 2. infra de acquiren. possess* vbi dicitur ob hanc causam nec possidere illos posse nec vsucapere ipso iure, quamuis vtrumque vtilitatis causa receptum sit. Quomodo & de hereditate quæ ficta quoque persona est, scribit Vlpianus ex Scæuola in *l. 1. §. Scæuola infra si is qui testam. lib. est iuss.* Atquin ex mutui datione vt ex alio quolibet contractu non potest nasci obligatio si non interueniat consensus. Tametsi mutuum sit ex eorum contractuum genere qui re non qui consensu perfici dicuntur. In omnibus enim rebus quæ dominium transferunt, quomodo transfertur vtique ex mutuo, concurrat oportet affectus & consensus ex vtraque parte contrahentium *l. in omnibus 55 & 57 infra de obligationibus & actionibus.* Ergo non potest ex mutui datione neque ex alio vllo contractu obligari ciuitas. Nec si pecunia credita in rem & vtilitatem ciuitatis versa proponatur. Non enim facit ea versio vt eo magis ciuitas consensisse videri possit. DEC. Persona vera Syndici vel actoris aut alterius cuiuslibet habentis administrationem ciuitatis aut collegij aut vniuersitatis [nihil enim inter hæc distat] repræsentat fictam illam personam vniuersitatis, sicut è contrario interdum persona ficta, quod multo difficilius est repræsentat veram *l. heres 22. infra de vsucap. l. hereditas enim 34 de acquir. rer. domin.* Alioqui non tantùm incommodo summo adficerentur ciuitates & vniuersitates omnes nemine cum ipsis contrahere valente si non haberent personam certam & verum à qua regerentur, exemplo eius quod de minoribus scriptum est in *l. quòd si minor 24. §. restitutio supra de minor.* Sed neque possent vllo modo subsistere, nec earum negotia curari, quæ proinde deseri necesse esset: quod vtilitas publica non patitur. Ob eam igitur causam induci necesse fuit, vt quicquid à ciuitatis administratore geritur, ab ipsa ciuitate tota gestum videatur, ita vt ex administratoris contractu perinde obligetur acsi ipsa contraxisset: sed & hoc ita demum si ex re vtilitate ciuitatis contraxerit. Ne alioqui quod in ciuitatum & vniuersitatum omnium fauorem ex necessitate constitutum est in earum odium ac perniciem retorqueatur contra *l. quod fauore 6. Codice de legib. l. nulla 25. supra eod. ill. tit. l. penult. Codice ad Senatusconsultum*

sultum Trebell. sic enim dicimus, Tutorem quoque domini loco habendum esse cùm tutelam benè gerit & administrat, non cùm pupillum spoliat *l. qui fundum 7. §. si tutor. infr. Pro emptor.* Ergo si syndicus & administrator ciuitatis pecuniam ab aliquo mutuam acceperit ciuitatis nomine, dicendum est ciuitatem ex mutui datione obligari vt contra eam detur condictio certi ex mutuo, sicuti contra priuatum alium debitorem quemlibet. Sed & pignus rerum ciuitatis ex ea causa ab administratore datum teneri *leg. si is qui 11. in princip. infr. de pignor.* Verùm hoc ita si in rem & vtilitatem ciuitatis pecunia versa probetur, & quidem à creditore, cui nimirum probatio hæc incumbit ad fundandam suam intentionem, non ciuitati cui sufficit negare, cùm negationis probatio per rerum naturam sit impossibilis *leg. actor quod adseuerat 23. C. de probat. leg. adseueratio 10. C. de non numer. pecun. leg. vnic. C. de solut. & liber. debit. ciuit. lib. 1. Tit. 39. Auth. hoc ius porrectum in fin. C. de sacros. eccles.* Quod & in aliis personis obtinet quæ cum illis contrahunt, qui non aliter obligari possunt, quàm si in rem eorum pecuniæ versæ sint vt in casu *leg. si prædium 16. C. de præd. Minor. leg. si in rem 3. C. quand. ex fact. tutor. leg. vir vxori 17. in princip. infr. ad SC. Velleian.* Sed hoc intellige si administrator ciuitatis nomine ipsius ciuitatis pecuniam mutuam acceperit. Alioqui si in eam causam nominatim acceperit, quæ ad ciuitatis vtilitatem euidenter pertinebat, sufficiet hoc creditori, vt non grauiore probatione oneretur *arg. leg. 1. §. vnde quærit Ofilius & seq. infr. de exercit. act.* Ampliùs putat Bartolus, nec malè si administratori ciuitatis mandatum sit, vt mutuam pecuniam acciperet, nihil aliud inquirere creditorem debere, nec eo minùs permittendum ipsi contra ciuitatem agere, quod in rem ciuitatis pecunia versa non probetur, *ex l. habebat 12. in princip. infr. de instit. action.* Neque verò desunt qui putent sufficere ad obligandam ciuitatem vt per eos sit accepta pecunia qui ciuitatem repræsentant, id est qui sunt legitimi ciuitatis administratores, quod Zasius ad hunc locum scripsit. Quasi hæc lex restringenda sit ad eum casum quo ciuitatis nomine mutuam pecuniam is acceperit qui accipiendi ius nullum habuit, hoc est qui ciuitatis administrator non fuit: Contrà quàm Bartolus, & alij sentiant, quorum tamen sententia longè probabilior mihi videtur: quia & ciuitatibus vtilior est, cùm imputari possit creditori mutuam danti pecuniam cur non fuerit diligentior, & curiosior ad inquirendum, in quam saltem causam pecunia quæreretur, si non illud quoque volebat curare, vt in vtilitatem ciuitatis pecunia verè, ac effectu ipso verteretur, *arg. d. §. vnde quærit Ofilius d. l. si prædium d. leg. si in rem & d. leg. vir vxori.* Quamuis inter priuatos ignoscendum sit creditori, qui curiosior non fuit, vbi nec esse debuit *l. doli 17. ad fin. infr. de nouat.* Planè quin omni casu is qui mutuam pecuniam accepit ciuitatis nomine, teneri debeat etiam suo propriè siue administrator fuit, siue non fuit, nemo dubitat *ex l. eum qui mutuam 13. C. si cert. pet. Et ex not. ab Accursio in leg. si pupilli 6. §. 1. in fine glos. magn. supr. de negot. gest.* Idque siue in rem ciuitatis versa sit pecunia siue non sit versa, dum ne specialiter conuenerit vt priuato & proprio nomine non obligetur. Tunc enim non obligabitur, ne actus operetur vltra intentionem agentis, & aduersus conuentionem vt Bartolus ratiocinatur *ex leg. non omnis 19. supr. hoc tit.* Tenetur autem hic qui ciuitatis nomine mutuam sumpsit pecuniam siuè administrator fuerit, siue non fuerit, condictione certi ex mutuo *d. leg. eum qui leg. si literas 7. C. mandat.* Aut etiam condictione ob causam dati si mutuam pecuniã acceperit quasi eam in reipublicæ vtilitatem impensurus si non impenderit, vt Bartolus concludit *ex leg. si procuratori falso 14. infr. de condict. ob caus. dat.* Quòd si neque versam esse pecuniam in rem ciuitatis probare possit, neque se administratorem fuisse qualem se dixerit, multo magis idem dicendum est, vt condictione ob causam dati causa non secuta teneatur. Nihil enim facit probata qualitas administratoris ad hanc actionem excludendam. Vnde infert benè Bartolus cessare hoc casu actionem de dolo, quamuis ille qui mutuam sumpsit pecuniam falso ac dolo malo administratorem se esse mentitus sit, cùm actio de dolo cum alia concurrere nunquam possit. *leg. 1. & pass. supr. de dolo.* Sed quod idem addit, dandam actionem de dolo si non probet se administratorem probet tamen versam pecuniam in rem ciuitatis, quod hoc casu condictioni ob causam dati locus esse nequeat, non puto defendi posse. Quænam enim subest necessitas dandæ actionis de dolo, quæ nunquam nisi subsidiaria est, cùm & ciuitas hoc casu obligetur condictione certi ex mutuo vt hæc lex ait & is ipse qui accepit eadem condictione certi ex mutuo, vt iam diximus, teneatur? Illud planè admittere nullomodo possum quod quidam putant, eo casu quo necesse est probari pecuniam in rem ciuitatis versam esse sufficere vt probetur quod eo tempore ciuitas pecunia indigebat, nisi probetur in quam causam egebat pecunia eámque causam postea secutam fuisse, nullis aliunde nummis, corrogatis vt Cynus docuit *ad dict. Auth. hoc ius porrectum in fin. & Angel. ad d. leg. si prædium. Alex. conf. 4. col. 2. vol. 3.* Sed si administratori numerata esset pecunia præsente collegio, faciliùs admitti posset, quod vult Bartolus, nec dubitari posse quin hoc ipso satis probatum sit pecuniam in rem ciuitatis versam esse, nec alia vlla probatione sit opus. Sicuti nec cùm pecunia nominatim in aliquam causam ciuitati vtilem mutua accepta est ab administratore, quamuis non probetur posteà in eam rem versa esse *l. vlt. infr. de exercit. action.*

28. GAIVS libro 21. ad Edictum Prouinciale.

CReditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittat actionem eius debiti quantitatis, in quam pignus non sufficit.

Ad l. Creditor qui non idoneum 28.

RAT. DVB. Sunt etiam tacita quædam pacta de non petendo, quæ ex actu aliquo factóque creditoris inducuntur, vt puta si creditor chirographum & cautionem debitoris ipsi reddiderit *l. 2.*

supr. de pact. Quidni etiam cùm creditor pignus accepit à debitore minùs idoneũ, id est minoris æstimationis quàm illud sit quod debetur? Neque enim solet pignus dari aut accipi nisi vt creditori magis cautum sit pro omni eo quod ipsi debetur *l. si mandatu 59. §. vlt. inf. mandat. l. 4. §. addici 8. infr. de fideic. libert.* Ac proinde pro qua debiti parte pignus non est idoneum, videtur creditor ipsum debitum remisisse, non quidem vt liberetur debitor ipso iure, sed vt saltem ope exceptionis, Pacti scilicet de non petendo. Exemplo eius quod scriptum est in *l. vlt. C. de pact. conuent. tam sup. dot.* Mulierem, quæ pro bonis paraphernalibus quasdam mariti res pignori accepit nullum in aliis mariti bonis ius pignoris habere. Sic enim dicendum est, non quomodo hîc scribit Bartolus, videri eam renunciare personali actioni: Cùm lex nihil aliud dicat, nisi quod *siquidem in dotali instrumento hypotheca pro his nominatim à marito scripta sint, vult his esse mulierem ad cautelam suam contentam.* Neque sanè existimandum est mulierem iacturam facere actionis personalis quam pro bonorum paraphernaliũ administratione habet contra maritum, ob id solum quod ab eo minùs idonea pignora acceperit: Sed adimit tantùm ea conuentio ius hypothecæ generalis quam alioqui haberet mulier in omnibus bonis mariti ex illa Iustiniani constitutione. Dec. Conuentio in fauorem alicuius facta non debet in ipsius odium & perniciem retorqueri, ne inducta ad vnum effectum operentur contrarium *vulg. l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. supr. eod. ill. tit. l. legata inutiliter 14. infr. de adim. legat. l. in ratione 30. §. tametsi infr. ad leg. falcid.* Atqui pignoris conuentio & obligatio adiicitur in fauorem creditoris, quo magis ei cautum sit. Plus siquidem cautionis est in re quàm in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Ergo quamuis soleant prudentes creditores sibi cauere idoneis pignoribus *d. l. si Mandatu 59. §. vlt. mandat. d. l. 4. §. addici de fideic. libert.* vt possit non tantùm in sortis sed etiam in vsurarum cæterarúmque omnium solutionem sufficere *l. 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss.* Si tamen id per incuriam, aut debitoris fallaciam factum non sit, non debet ea res nocere creditori, ne superfluum debiti, quod ex distractione pignoris redigi non potest, possit petere *l. quæsitum 9. in princip. & §. 1. infr. de distract. pignor.* vbi Paulus ex Pomponio scribit, Quod in dandis pignoribus adiici solet, vt quominùs pignus venisset, reliquum debitor redderet, superuacuum esse, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo sic *in leg. 3. C. eod. leg. aduersus 10. C. de oblig. & action. l. vlt. §. sed si quidem C. de iur. domin. impetr. l. si creditor 26. infr. de solut.* Nam & è contrario si plus ex distractione pignoris redegerit creditor quàm debeatur, non creditoris lucro id cedit, sed debitori actione pignoratitia restitui debet *l. quamuis 6. §. vlt. & l. seq. infr. de pignor. act. & d. §. sed si quidem.* Pignoris enim obligatio non nisi accessoria est ad principalem & personalem *leg. res hypotheca 5. infr. de pignor.* ideóque principalem nec tollere potest nec minuere: Cùm, vt diximus, ideò tantùm pignus detur, vt debitori magis cautum sit, non vt debiti quantitas vel augeatur ex maiore valore pignoris, vel minuatur ex minore. Vnde etiam est quod redditio pignoris non inducit tacitam conuentionem de non petendo debito, quam induceret redditio chirographi & cautionis *l. 3. iunct. d. l. 2.* vbi diximus *sup. de pact.* Nec puto aliter apud Venetos obseruari, quàuis Accursius notet nõ seruari Venetiis hanc legẽ.

19. PAVLVS libro 4. ad Plautium.

SI institorem seruum dominus habuerit: posse dici Iulianus ait, etiam condici ei posse: quasi iussu eius contrahatur, à quo præpositus sit.

Ad l. Si institorem 29.

RAT. DVB. Condictio certi siue ex mutuo siue ex alio contractu quolibet cùm sit actio personalis quæ ex contractu nascitur, non aduersus alium potest directò competere quàm contra eum ipsum qui contraxit. Cùm enim omnes contractus sint facti *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat furios.* quæ autem facti sunt personalia omnino sint, nec transeant à seruo in dominum nec à filio in patrem *l. qui hered. 44. de condict. & demonstr.* Non potest videri contractum esse cũ domino vel cũ patre quod contractum est cũ seruo vel filio. Quam ob causam necesse fuit comparari à Prætore & proponi actionem de peculio vt ex contractu eius quẽ quis habet in potestate ad finem saltem peculij pater dominúsve teneatur: Qua actione nil opus fuisset si directa & ciuilis actio quæ in solidum semper competit, dari potuisset. Ergo etiamsi institorem seruũ dominus habuerit, dicendum est ex mutuo quod institor acceperit, neque directò neque in solidum condici domino posse. DEC. Quod cum seruo institore contractum est, perinde haberi debet, atque si cum domino ipso contractum esset *l. heres absens 19. §. pen. supr. de iudic.* quia domini hoc casu persona spectatur qui institorem præposuit, non serui, qui præpositus est *l. vlt. infr. pro socio.* Iussu enim domini cõtraxisse hoc casu intelligitur is quem dominus præposuit *§. vlt. Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* quod & Paulus noster exprimit his verbis *quasi iussu eius contrahatur.* Dixit enim *quasi* pro eo quod Iustinianus apertius scripsit *quia, in d. §. vlt.* Et est hîc dictio *quasi* expressiua veritatis, vt Accursius loquitur, quomodo *& in l. emancipatum 7. §. vlt. supr. de Senator.* & alibi sæpe: meritò igitur dicendum est ex eo contractu condici posse domino, & directa actione, & in solidum *d. §. vlt. d. l. vlt. pro socio. l. si quis mancipiis 17. in princip. & §. vlt. infr. de instit. act.* Nempe si quis contraxerit cum seruo ex eâ causa in quam præpositus fuit, vt benè Accursius notat ex *l. cuicunque 5. §. non tamen l. habebat 14. in princip. eod. ill. tit. l. vlt de exercit. act.* Alioqui nec cum institore cõtraxisse videri potest, nec dominum habere obligatum. Et hæc vera ac genuina legis huius sententia est. Non quam adfert Bartolus, existimans dictionem *quasi* esse notam similitudinis, eo sensu vt æquiparet Paulus institorem procuratori. Etsi enim verum est quod ille ait, institorem eum esse qui proponitur certæ administrationi quæstuariæ & vniuersali, Procuratorem verò, qui ad vnum duntaxat actum *leg. si cum villico 16. leg. pen. in princip. & pass. de instit. act.* nullum tamen in tota hac lege de procuratore verbum est. Nec ait Paulus, eum qui cum seruo institore contraxit, perinde habendum, atque si cum procuratore contraxisset, sed perinde acsi cum domino, quod longè diuersum est.

Ad l. Qui

30. IDEM libro 5. ad Plautium.

QVi pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro: in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.

Ad l. Qui pecuniam 30.

RAT. DVB. Quod per te stat quominùs fiat pro facto haberi debet in tui præiudicium *leg. si per te 9. C. de vsur. leg. hominem 37. infr. mandat. leg. in iure ciuile 161. de regul. iur.* Atqui cùm quasi pecuniam creditam accepturus spopondisti creditori futuro, & pecuniam numeraturo, in tua potestate est accipere, & si non accipias per te solum stat non per stipulatorem qui paratus est numerare. Ergo perinde haberi debet quod ad te pertinet acsi accepisses: vt proinde non sit in potestate tua facere ne accipiendo aut non accipiendo pecuniam te obstringas stipulatori. Nec tantùm ipso iure veluti cùm quis stipulanti promittit sine causa *leg. 2. §. circa de doli mal. except.* sed etiam cum effectu. DEC. Stipulatio quæ fit & interponitur prætextu futuræ numerationis, totam vim & substantiam accipit ex numeratione & per eam impletur. Alioquin inanis & vacua est *leg. cùm enim 7. iunct. leg. praced. §. 1. infr. de nouat. leg. contra etiam 6. cum legib. praced. infr. de SC maced. leg. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus vers. planè de verb. oblig.* nec habet nisi nudum verborum sonum, qui licèt sufficiat ad producendam obligationem summo iure cùm verba fuerunt idonea & solemnia, ea tamen obligatio & quæ ex ipsa nascitur actio doli mali exceptione eliditur *d. leg. 2. §. circa de doli mal. except.* Sicut & pecuniæ solutæ professio facta spe futuræ numerationis obligationem non perimit *leg. intereſt 21. C. de solut. leg. si quasi 7. C. de non numer. pecun.* Proinde quandiu non est numerata pecunia, non potest cum effectu teneri ille qui eam quasi accepturus spopondit, quia nec cogi potest eam accipere, cum sicuti credere ita mutuam pecuniam accipere non sit necesse *leg. quòd si minor. 24. §. restitutio supr. de minor.* Vnde est quod in pignore pro mutua pecunia obligato spectandum est tempus numerationis non conuentionis *leg. pen. infr. qua res pignor. oblig poss.* Nisi cùm pignus pro dote datum est quæ ex postfacto soluta & numerata sit. Non enim solutionum tempora hoc casu spectanda sunt sed dies contractæ obligationis, ne alioqui sit in potestate soluentis aut accipientis solutionem, facere mulierem indotatam vt eleganter. Papinianus tractat *in leg. 1. infr. qui potior. in pignor. hab.* Extra hunc casum condicio potestatiua numquam retrotrahitur, sed ea tantùm quæ vel casualis sit, vel mixta *l. qui balneum 9. l. potior 11. in princip. & §. 1. eod. tit.* & plerisque aliis casibus secuta numeratio declarat, quid anteà fuerit *l. sed & si quid 25. §. 1. & seq. supr. de vsufr.* Nec quod promissor non accipiendo pecuniam mutuam facit, vt non sit obstrictus stipulatori, damno afficit stipulatorem cùm pecuniam adhuc penes se habeat, nec ideò eueniat, vt ex eius iactura promissor locupletetur, quod certè ferendum non esset. Neque rursum obstat quod contractus qui ab initio sunt voluntatis, ex post facto sint necessitatis *vulg. l. sicut 5. C. de oblig. & action.* Nec enim contractus hic impletus, & perfectus esse intelligitur ante numerationem vt diximus. Planè cùm stipulatio iam interposita sit, non est in potestate promissoris facere non accipiendo pecuniam, vt non sit obligatus ex sua promissione summo iure, sed est tamen in ipsius arbitrio & potestate ne cum effectu obligetur, quandoquidem effectum habere non potest stipulatio quasi mutuæ pecuniæ si numeratio nulla secuta sit. Quærit Accursius Quid si quis pecuniam sub vsuris acceperit, in certum tempus, & eam antè tempus velit soluere, vt se ab vsuris futuri temporis liberet, an sit audiendus, præteriti duntaxat temporis vsuras offerens? Et respondet rectè, non esse audiendum, *ex l. qui Roma 122. in princip. infr. de verb. oblig.* Sed addere debuit, quod probatur optimè ex *d. l. qui Roma* & quod tamen mirabilius est. Nec si oblatio congruo loco & tempore facta proponatur. Nec enim eiusmodi oblatio sistere potest cursum vsurarum quæ non ex mora debentur sed ex conuentione & ex stipulatione quæ ab initio certam suam legem habuit cui postea derogare alteruter non potuit, vt nos pluribus explicauimus ad *d. l. qui Roma lib. 1. Coniect. cap. 1. Iunge l. vero procurator. 12. § pen. infr. de solut.* Ex qua ratione apparet malè Bartolum distinguere an agatur de vsuris pecuniæ fœnebris ex stipulatione debitis, & quæ non nisi ex stipulatione deberi possunt *l. 3. C. de vsur l. Titius 24. infr. de prascr. verb.* an verò de vsuris & accessionibus frumenti vel olei mutuo dati quas etiam ex nudo pacto dum incontinenti apposito deberi placuit *l. frumenti 17. l. oleo 23. C. de vsur.* quasi posteriore hoc casu cōtractus mutui licèt nominatus degeneret in contractum innominatum quod pertinet ad vsuras, ideóque admittat locum pœnitentiæ *ex l. si pecuniã 5. infr. de condict. ob caus.* Nam cùm nihil intersit, an promissum quid sit per stipulationem, an per pactum incontinenti appositum, quando tale est, quod etiam per pactũ promitti possit, ita vt ex eo pacto detur actio *l. lecta 40. infr.* non magis ex postfacto immutari potest lex dicta contractui per pactum, quàm per stipulationem. Sicuti nec eorum distinctio recipienda est, qui putant interesse an creditor cui offeruntur vsuræ, ante tempus alium habeat cui possit sub iisdem vsuris acceptam pecuniam credere, an non: Neque enim mutare debitorem cogendus est creditor, qui semel sibi bene cauit *l. 1. C. de nouat. l. 3. infr. de separat.* Planè si quis se obligauerit spe futuræ numerationis & accipiendæ pecuniæ vsuras promiserit, non eo minùs liberum ei esse debet pecuniam non accipere, atque ita ab vsurarum incommodo se liberare. Siue quod contractus hic videri possit innominatus in quo proinde locus est pœnitentiæ re adhuc integra vt Castrensis disputat ex *d. l. si pecuniam*, vbi dicemus latiùs, siue quòd vsurarum promissio, quæ non nisi accessoria est, principalem obligationem, quæ condictionem ab initio habuit voluntariam, immutare non possit nec facere vt cui sors nulla debetur vsuræ aliquæ debeantur. Siue promissio sortis collata fuerit in futurũ tempus, puta si promiserim restituere pecuniam quã

mihi numerabitur, siue in præteritum quia confessus sum me accepisse spe tamen futuræ numerationis: Nihil enim refert nisi quod priore casu nulla est nata obligatio nec naturalis nec ciuilis ex promissione tanquam facta sub condicione quæ numquam extitit *l. Stichum 6. de l. 1. l. cedere diem 213. de verb. signific* Posteriore verò & naturalis & ciuilis obligatio nascitur ex stipulatione, & consequenter actio sed quæ per doli exceptionem eliditur, & ita sit sine effectu *d. l. 2. §. circa de doli mal. except.*

31. IDEM libro 17. ad Plautium.

CVm fundus, vel homo per condictionem petitus esset: puto, hoc nos iure vti, vt post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit: id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandæ [a] tempore solutus fuisset.

Ad l. Cùm fundus 31.

RAT. DVB. Certi condictio est stricti iuris, vt sunt condictiones omnes, quarum quippe nulla enumeratur inter actiones bonæ fidei *in § actionum Instit. de action.* Condictio autem nihil nisi repetitio est, ideóque solemus dicere condictionis actione id solum repeti quod solutum est *l. 1. C. de condict. indeb.* Atqui fructus fundi vel hominis per condictionem petiti, numquam actoris fuerunt, nec magis illi qui post, quàm qui ante litem contestatam percepti sunt, quandoquidem ex re aliena perceptos eos esse necesse est, cum nemo rem suam possit cōdicere nisi à fure *l. vlt. supr. V susfr. quem caueat.* Fructus enim non nisi iure soli ac dominij percipiuntur *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* Ergo fructus in condictionem venire numquam possunt, non magis quàm vsuræ quæ vicem fructuū obtinent, nec facilè à fructibus separari possunt *l. vsura 34. inf. eod. ill. tit.* DEC. Quale quid est cùm petitur tale dari debet *l. 2. eod. tit.* Ne alioqui improbo litigatori qui nullo iure litem contestatur, sua prosit frustratio, contra *l. hominem 37. infr. mandat.* Nam & litis contestatio facit malæ fidei possessorem etiam eum qui anteà bonæ fidei possessor fuit. Sunt enim possessores omnes post litem contestatam pares id est prædones *l. sed & si 25. §. si ante supr. de hered. petit. l. si homo 45. supr. de rei vindic.* Iniquum autem esset malæ fidei possessorem lucrari fructus quos ex re aliena percepisset *l. & ex diuerso 35. §. 1. eod. ill. tit.* Ergo debet is qui condictione conuenitur fructus omnes restituere quos percepit, adeóque quos percipere potuit à die litis contestatæ *l. si nauis 62. §. 1. eod.* quia eos percepisset aut percipere potuisset petitor si litis contestandæ tempore præstita ei res fuisset: Quod omne vno *causa* nomine significare & exprimere prudentes nostri solent *l. præterea 20. eod. d. l. 2. de vsur. & alibi passim.* In eóque par condictionum omnium causa est quæ in personam actiones semper sunt *§. appellamus Instit. de action.* & de quibus Papinianus *in d. l. 2. de vsur.* Ad differentiam actionis in rem id est vindicationis, in qua distinguendum est, an bonæ an verò malæ fidei possessor sit is qui conuenitur. Nam malæ fidei possessor tenetur omnes omnino fructus restituere, etiam perceptos ante litē contestatam, adeóque cōsumptos, bonæ fidei verò possessor non item sed quos percepit dumtaxat à lite contestata *l. certum 22. C. de rei vind.* quamuis non sit cogendus, bonæ fidei possessor ius suum tam facilè indefensum relinquere *l. illud 40. vbi dixi supr. de hered. petit.* Ad periculum enim fati præstādi ea ratio pertinet non ad periculum restituendorum fructuum, quorum scilicet restitutione damnum nullum incurrit sed lucrum duntaxat amittit. Sed tamen in condictionibus quoque adhibenda distinctio est si de fructibus ante litem contestatam perceptis quæratur. Condictiones enim quædam sunt, quæ nihil nisi repetitiones sunt eius scilicet rei quæ aliquando nostra fuit, cuiusmodi est condictio indebiti de qua in *d. l. 1. C. de condict. indeb.* ob rem dati re non secuta. Ob turpem vel iniustam causam vel sine causa. Et in his condictionibus omnes fructus veniunt, etiam qui ante litem contestatam percepti & consumpti sunt, quia sunt naturales vt Paulus loquitur *in l. indebiti 15. infr. eod. ill. tit.* id est naturalem habentes æquitatem quòd æquissimum sit rem meam quæ ex falsa vel ex nulla, vel ex iniusta causa ad te peruenit mihi restitui: Cæteræ enim condictiones, licèt non pugnent cum æquitate, magis tamen mera iuris ratione, quàm æquitate nituntur: Qui autem facto suo proprio dominium rei suæ amisit, non ita facile admittendus esset ad repetitionem nisi æquitate maxima adiuuaretur: quæ porro æquitas tanto fauorabiliorē eum facit, vt fructus omnes restitui oporteat, quia condictiones istæ per quas res repetitur, hoc ipso dantur ad rei restitutionē, non etiam illæ quæ competunt ad dandum licèt ex iis quoque fructus restituātur. Non autem restitui res videretur si non fructus quoque omnes restituerētur *l. videamus 38. in princip. & §. 1. & seq. §. in Fauiana & §. si actionem infr. de vsur. iunct. l. plus est in restitutione 22. l. hæc verba 73. l. restituere 75. l. vlt. de verb. signific.* Restitutionis enim verbo, tota rei vtilitas continetur *l. cùm Prætor 81. eod. tit.* Extra has condictiones, aliæ omnes petitiones tantùm sunt, non etiam repetitiones, ideóque non restitutionem rei continent, sed solutionem vt hæc lex loquitur: Proinde nec fructus in eas venire possunt propter ipsius rei restitutionem sed duntaxat tanquam causa, id est, tanquam id quod habiturus fuerat actor si litis contestandæ tempore soluta ei res fuisset, id est, si petitam rem præstare quàm litem contestari maluisset, nec enim potest negari quin saltem exinde iudicialem moram fecerit *l. nemo 82. §. 1. de verb. oblig. nisi in singulari casu l. 3. §. 1. infr. de vsur.* Fructus autem hîc quoties dico naturales accessiones intelligo, id est, quæ ex re ipsa petita naturaliter nascuntur, de quibus in *d. l. indebiti, & d. l. videamus.* Non etiam ciuiles, quales sunt vsuræ quæ non natura sed iure percipiuntur, vt eleganter Papinianus scribit in *d. leg. si nauis 62. in princip. de rei vindic.* Vsuræ enim ex condictionibus nullæ vnquam præstantur, id est ne quidem illius temporis quod secutum est litem contestatam, nec si agatur de condictione naturali puta indebiti *d. leg. 1. C. de condict. indeb.* quia scilicet vsuræ non ex pecunia ipsa quæ sui natura sterilis est, nec aliam pecuniam parit sed ex negotiatione percipiuntur, nec proinde certum est eas percepturum fuisse actorem etiamsi litis contestatæ tempore soluta & pecu-

& pecunia vel restituta fuisset. Quamuis vsuræ quæ ante litem contestatam deberi cœperunt, non idcirco desinant lite contestata currere, qui sensus est *l.lite cõtestata 35.inf.de vsur.* vt docuimus *in Error.1. Decad.1.de error.pragmat.* Nolo tamen quod dixi de fructibus naturalibus ad eos restringere, qui specialiori nomine naturales appellantur ad differentiam industrialium. Nam & industriales naturales sunt, & ex facto naturæ proueniunt, licèt etiam factum hominis & culturam requirant *leg. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin. §. si quis à non domino Instit. de rer. diuis.* Denique industriales quoque fructus accessiones naturales sunt non ciuiles. Idem ergo etiam in illis iuris est, & de omnibus intelligendum quod scriptum est in *l. Iulianus 17. aliàs l. si hominem §. 1. supr. de rei. vindic. leg. Iulianus §. quantum supr. ad exhib.* Nihil autem interest an hîc legas *litis contestandæ* vt Florentiæ, an vt vulgo *litis contestata.* Idem enim tempus est sicut & *accipiendi iudicij* & *accepti.* Bonæ fidei iudiciorum alia ratio est. In iis enim accessiones omnes & naturales & ciuiles debentur ex die moræ, sicut & in legatis & fideicommissis petitis per actionem ex testamento, quæ licèt stricta sit sui natura, hac parte tamen actionum bonæ fidei ius & naturam imitatur *l.mora 32. §. in bonæ fidei d.l.videamus 38.§.ex causa & seqq.infr.de vsur.l.in minorum 3.C.in quib.caus.restit.in integr.necess.non est.*

1 ¶ Seruum tuum imprudens à fure bona fide emi. is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem parauit, qui mihi traditus est. Sabinus, Cassius, posse te mihi hominem condicere. sed, si quid mihi abesset ex negotio, quod is gessisset, inuicem me tecum acturum. & hoc verum est. nam & Iulianus ait videndum, ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonæ fidei emptori.[a] quod ad peculiares nummos attinet[b] si extant, vindicare eos dominus potest, sed actione de peculio tenetur venditori, vt pretium soluat,[c] si consumpti sint, actio de peculio euanescit[d], sed adiicere debuit Iulianus,[e] non aliter domino serui venditorem ex empto teneri, quàm si ei pretium solidum, & quæcumque, si cum libero contraxisset, deberentur. dominus serui præstaret[f]. idem dici debet, si bonæ fidei possessori soluisset, si tamen actiones, quas aduersus eum habeam, præstare domino paratus sim[g].

Ad §. 1. *Seruum tuum.*

Obscurus est hic §. & valde intricatus, vt sunt aliæ ferè omnes quæ ex libris Pauli sumptæ sunt leges, quemadmodum ex Accursij glossis & aliorum interpretum commentariis facile est intelligere. Speciem §. fingere & quid Sabinus & Cassius tibi voluerint explicare non est difficile. Sed quid Iulianus ad Sabini & Cassij sententiam addiderit, quid rursum Paulus ad Iuliani additionem, hoc verò est quod obscuram facit loci huius interpretationem. Species igitur ita constituenda est, Seruum tuum Stichum imprudens ego emi à fure Mæuio, id est bona fide cùm Mæuij eum esse existimarem. Is Stichus cùm haberet peculium duplicis generis vt & in *leg. hinc quæritur 19. §. 1. infr. de pecul.* vnum quod ad te verum dominum, alterum quod ad me bonæ fidei emptorem pertinebat, ex peculio tuo comparauit Pamphilum à Sempronio. Pamphilum tradidit mihi Sempronius. Illa incurrit prima inspectio, Cui sit acquisitum Pamphili dominium, mihíne an tibi? Videbatur enim tibi quæsitum, cùm & à Sticho verè tuo, & ex re tua comparatus esset. Sed tamen verius est mihi esse acquisitum non tibi, non ob id tantùm, quòd seruo tuo Sticho traditus non sit sed mihi. Verùm etiam quia non potuerit acquiri tibi per seruum tuum quem non possideas. Nec si seruo tuo Sticho non mihi traditus esset Pamphilus *l. si seruus 21. infr. de acquir. rer. domin.* qua miror abuti Accursium, vt contrà putet. Solus enim casus ille excipiendus est quo acquiratur aliquid per seruum fugitiuum, aut cum quo liberale iudicium ordinatum sit *l. si cui 25. §. vlt. infr. de liber. caus.* Consequens igitur est, vt Pamphilus, qui per Stichum seruum tuum acquiri tibi non potuit, acquiratur mihi Stichum bona fide possidenti: Ex regula iuris quæ vult vt quibus casibus seruus vnius bona fide ab alio possessus domino acquirere non potest, aut liber homo sibi, acquirat omnimodo bonæ fidei possessori si aliud nihil obstet *leg. qui bona fide 23. §. generaliter infr. de acquir. rer. domin. leg. liber homo 20. de stipul. seruor.* Sed hoc ita si vt posuimus Pamphilum tradiderit mihi Sempronius, non Sticho seruo tuo: Alioqui si Sticho traditus esset non magis acquireretur mihi, quàm tibi, aut ipsi seruo, qui acquisitionis omnino incapax est: quamuis acquireretur homini libero bona fide seruienti, cuius in eo vt in aliis plerisque melior condicio est, quàm serui *d. leg. si seruus.* Ideóque nimirum ponit benè Paulus traditum mihi à Sempronio fuisse Pamphilum, vt appareat ex traditione illa meum factum esse. Nec est quòd quis obiiciat errasse Sempronium in tradendo Pamphilo cùm tradiderit eum Sticho tanquam seruo meo, qui erat tuus. Neminem verò errantem suam rem amittere *leg. si procurator 35. eodem titulo leg. 3. §. subtilius infr. de condict. caus. dat. leg. falsus 43. in princip. & §. 1. infr. de furt. leg. si quis vxori 62. §. cùm Titio leg. si is qui rem pignori 66. §. si tu Titium eod. titul. leg. & si consensum 15. §. vlt. de empt.* Non enim hîc error vllus est in voluntate Sempronij dominium rei suæ transferre in Stichum volentis, sed in opinione tantùm quod putet Stichum seruum meum esse, cùm tuus sit. Qui error licèt non sit in causa, vt malè putat Accursius, sed in persona eius qui dominus sit Stichi, non tamen

magis impedit translationem dominij quàm si esset error in causa, qui numquam impedit, vt apparet ex toto *Tit. de condict. indeb.* Tantóque minùs in casu proposito, quòd non cum eo contractum est qui se dominum Stichi falsò diceret vt *in d. leg. falsus*, cum eo qui se creditorem aut procuratorem falsò adseuerabat, sed cum Sticho ipso in cuius persona nullus error suberat neque substantiæ neque accidentis. Hoc igitur ita posito ait Paulus Sabinum & Cassium existimasse, posse te Pamphilum mihi condicere, quod ex Iuliano quoque scriptum est, & ab eo probatum *in l. si seruus 24. §. 1. infr. de action. empt.* Condictionem tibi dant non vindicationē, quia dominium mihi acquisitum fuit non tibi, per traditionem scilicet mihi factam: Nemo autem rem suam condicit nisi à fure *l. vlt. supr. V sufr. quem. caueat.* Ego verò fur non sum, qui & bona fide Stichum emi à Mæuio quamuis fure, & Pamphilum à Sempronio æquè bona fide quasi meum accepi. Cur verò tibi datur condictio, cessante vindicatione? Nempe quia licèt per traditionem mihi factam effectus sim dominus, attamen verum est ex falsa causa dominium ad me peruenisse. Nec enim Pamphilum hunc mihi tradidisset Sempronius nisi Stichum meum esse existimasset, solutúmque Pamphili precium ex meis nummis, quod tamen fuerat solutum ex tuis. Ei namque rem venditam tradere venditor solet & debet à quo vicissim dominium nummorum precij sperare possit *l. ex empto 11. §. 1. de action. empt.* Non autem potuit ab alio, quàm à te sibi acquirere dominium nummorum, qui ex tuo erant peculio. Sed quænam erit hæc condictio? An fortè indebiti saltem vtili ad euitandum circuitum vt *in l. dominus 53. infr. de cond. indeb. l. videamus 5. infr. si cui plusquàm per leg. falcid.* vt sentit Accursius? Non puto. Neque enim condictio illa datur alij, quàm ei ipsi qui soluit *l. 1. & pass. de condict. indeb.* aut cuius saltem nomine solutum fuit *l. 2. l. indebitam 47. eod. tit.* extra casum *l. nec nouum 5. iunctis trib. praeced. eod. tit.* non etiam illi cum quo nullum negotium gestum est *d. l. 2. l. si in area 33. eod. tit.* Sicuti neque contra alium datur, quàm contra eum cui solutum fuit, non contra eum cui solutio proficit *l. his solis 49. eod. tit.* Hîc autem nullum inter me & te gestum est negotium, neque inter te & Sempronium, sed tantùm inter Sempronium & me. Dicendum igitur est, potiùs condictionem illam esse sine causa: nec recurrere nos oportere ad vtilem condictionem indebiti quam hîc Accurs. noster cōminiscitur, nec enim negari potest, sine causa esse penes me Pamphilum, cùm neque per seruū meum sed per tuum emptus fuerit, neque ex nummis meis, sed ex tuis. Adeò vt & Stichum ipsum tanquam tuum vindicare possis si velis, & prætereà nummos peculiares ex quibus soluit precium Pamphili, si adhuc extent, vt hîc scriptum est siue ex Iuliano siue quod probabilius est ex Paulo ipso. Quid enim est quod Stichi dominium & nummorum quos ex peculio tuo habebat, auferre tibi potuerit? Sed hoc ita tamen quantum ad nummos pertinet, si Pamphilum prætereà nolis condicere. Nam si condicas Pamphilum æquum non est vt liceat tibi etiam nummos vindicare à Sempronio, qui mihi tenetur de euictione Pamphili, & quem ita necesse esset & suo Pamphilo, & Pamphili precio carere: quod euidenter absurdum & iniquum esset, quandoquidem nec rei venditæ dominium aliter discedere potest à venditore domino, & in emptorem transire, quàm si precium ab emptore solutum sit translato pecuniæ dominio in venditorem, aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt. §. vendita Inst. de rer. diuis.* Sicque intelligi debet quod de condictione Pamphili & vindicatione tuorum nummorū tibi danda traditū est in hoc §. vt scilicet alterutra actione contentus esse debeas nec vtramque exercere possis, quod & ex sequentibus clariùs apparebit: Aliud est si de vindicando Sticho tractemus. Nihil enim prohibet quominùs & Pamphilum condicas mihi, & Stichum quoque à me vindices, cùm & Stichus iam tuus sit, & Pāphilum tuum fieri æquum sit, ob rationem quam suprà attulimus. Cæterùm si hominem mihi condicas, quem Stichus seruus tuus emit quidem ex nummis tuis, sed qui traditus mihi est, id est Pamphilum, æquum erit mihi vicissim contra te actionem dari de indemnitate, si quid vicissim mihi absit eo nomine, id est si quid damni & incommodi passus sim ob id quod Pamphilus mihi traditus meúsque effectus fuerit: Vt puta si ex eius delicto actione noxali conuentus maluerim damnum decidere quàm eum noxæ dedere *l. si bona fide 12. & seq. supr. de noxal. act.* aut ex malo ipsius contractu de peculio, quod ille à me habebat, præstare aliquid coactus sim. Cùm enim per condictionem id agas, vt Pamphilus qui hodie meus est tuus fiat, tanquam qui ab initio tuus fieri debuerit, eam omnium rationem haberi oportet quæ haberetur si tuus ab initio fuisset: Quo casu nullum vtique ex eius delictis aut contractibus damnum passus fuissem, sed totum quantum id tuo damno & incommodo cessisset. At quanam obsecro actione? Quin quicquid à me præstitum est ob acquisitum Pamphilum impenderim verè in rem meam aut saltem ob rem meam, & animo me liberandi potiùs quàm alium obligandi: Quod cùm accidit, placet nullam eo nomine actionem competere sed tantùm retentionem *l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. si quis 29. sup. Commun. diuid.* aut si per errorem omissa sit retentio, dandam solius possessionis condictionem *l. qui exceptionem 40. §. si pars infr. de condict. indeb.* Atque ita sensit Azo apud Accursium, sed malè, ac omnino improbabiliter, nec enim agitur vnquam per retentionem, & in libris nostris passim actioni opponitur retentio; neque verò possidenti & ius retentionis habenti vltro dari solet actio *§. 1. Instit. de action. l. 1. infr. de pignor.* Meliùs ergo Accursius post Hugolinum actionem dat negotiorum gestorum de peculio mihi contra te qui condicis Pamphilum ex *l. atquin 19. §. si libero supr. de negot. gest.* quia reuera & effectu ipso gessi tuum negotium, postquàm per condictionem auferas à me Pamphilum, licet in ipso gestu non habuerim animum te obligandi? Plerumque enim id accidit vt extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur, inquit Pomponius *in l. si qui 13. in fin. infr. commod.* Sed tamen actio hæc non datur, nisi cum adiectione illa de peculio vt ex Sabino & Cassio in hac ipsa specie scribit Iulianus *in d. l. si seruus 24. §. 1. de action. empt.* quia non vltra peculij taxationem condemnandus est dominus, vt scriptum est *in §. vlt. eiusd. leg.* vbi licèt agatur de domino serui vendentis, non aliud tamen iuris est in domino serui ementis. Vtroque siquidem casu dominus ex serui contractu conuenitur: quæ res inducit actionem de peculio. Eámque adiectionem à Paulo hîc prætermissam fuisse miror. Sequitur apud Paulum *& hoc verum est.* Quæ verba notari volo aduersus errorem

Accursij

Accursij à nobis iam refutatum, qui condictionem de qua diximus interpretatur de vtili condictione indebiti: Quasi ex æquitate tantùm detur & circuitus vitandi gratia non ex mera iuris ratione. Quod si ita esset, æquam dicere Paulus debuerat Sabini & Cassij sententiam, non veram. Quidni autem vera videri debeat in eo quod dat tibi contra me Pamphili condictionem? An fortè quòd directa condictio tibi contra Sempronium dari potiùs deberet? vt putant interpretes. Hoc verò tam falsum ego esse arbitror, quàm vera est contraria Sabini & Cassij sententia. Nam quod affert Accursius ad Sempronium condictione obligandum, quia, inquit, non fuit liberatus cùm alij soluerit id est Pamphilum tradiderit quàm cui debuit [tradendus enim tibi erat, non mihi cùm & Stichi dominus esses, qui emebat, & nummorum quos in causam precij soluebat] sanè ad rem non pertinet. Quid enim possis Sempronio imputare cur Pamphilum quem vendebat tradiderit mihi, quem Stichi emptoris dominum esse existimabat, itémque nummorum ex quibus precium soluebatur? Sed esto quod vult Accursius posse imputari Sempronio cur mihi Pamphilum tradiderit, potiùs quàm tibi. Nihil aliud ex eo inferre possis, nisi quod perinde teneri debeat acsi nondum Pamphilum tradidisset: quo tamen casu non condictione teneretur ad dandum Pamphilum sed actione ex vendito ad eum tradendum, quod longè diuersum est. Hoc autem, quod ex Sabini & Cassij sententia Paulus dixerat posse te mihi Pamphilum condicere & inuicem me tecum agere si quid ex Pamphili negotio mihi absit, verum esse probat his verbis, *Nam & Iulianus ait videndum ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem possit condicere bonæ fidei emptori.* Quæ tamen ratio quò pertineat difficile videtur dicere, cùm probet potiùs non esse tibi dandam condictionem contra me sed Sempronio, tibi verò actionem ex empto contra Sempronium: Et sanè hoc ipsum est quod Iulianus ait, sed vt probet id quod ex Sabino & Cassio retulerat posse te mihi Pamphilum condicere: argumento à maiori ad minus, vt ego quidem arbitror, in hunc modum explicando. Nam si tibi domino Stichi, qui à Sempronio ex tuis nummis emit Pamphilum, permittendum est vt agas ex empto contra Sempronium, quæsita nimirum tibi actione personali ex contractu serui tui, quæ per traditionem mihi factam tolli summo iure non potuit, si tu factam mihi traditionem ratam habere nolis, multo magis dicendum est, si è contrario ratam habeas traditionem mihi factam, atque ita actionem ex empto omittas quæ stricto iure tibi competit, dandam tibi esse condictionem contra me, quasi quæsito mihi per eam traditionem dominio Pamphili, sed tibi restituendo in vicem actionis ex empto quam amittis contra Sempronium si malis Pamphilum mihi cōdicere, quàm contra Sempronium agere ex empto ad traditionem: Nec enim aliqua in eo mihi aut Sempronio fit iniuria. Non mihi, quoniam nihil mea interest an condicatur mihi Pamphilus à te, an à Sempronio cùm retinere illum non possim nec effugere quin eũ aut tibi restituere debeam, si me rectà conuenias, aut Sempronio si contra Sempronium malis agere ex empto vt eum tibi tradat, quippe quem non aliter possit tibi præstare, quàm si eum mihi condicat: Nec rursum Sempronio, cuius similiter nihil interest an mihi potiùs Pamphilum condicas, cùm ita fiat vt ipse ab actione ex empto liberetur, nec de condicendo Pamphilo laborare ampliùs debeat. Eadem ergo iuris ratio facit vt Pamphili nomine teneatur tibi Sempronius ex empto, & simul possit eum mihi condicere, nempe quia tradendo illum mihi, tradidit vtique al j quàm cui ex contractu tradere debuit, cùm actio ex empto nulla mihi acquiri potuerit per Stichum: qui tuus fuit non meus, & ex tuis nummis non ex meis Pamphilum comparauit, nec eo minùs tamen transtulit Sempronius in me dominium per traditionem cùm transferendi dominij & animum & causam habuerit. Quænam autem erit rursum hæc condictio? An certi generalis aut indebiti, vt putat Accursius? Ne hæc quidem, sed condictio sine causa vt in præcedente casu diximus. An non enim verè potest dicere Sempronius esse Pamphilum penes me sine causa, cùm à te conuentus actione ex empto cogitur eum tibi tradere aut præstare quanti tua interest eo nomine, nullo tamen à me aut ex meis nummis accepto precio? Illa tantùm dubitatio incurrit, quā nec Accursius noster prætermittit. Cur non vindicatio Pamphili detur Sempronio potiùs quàm condictio, cùm Pamphili dominium à Sempronio numquam recesserit, quia nec dominium nummorum tuorum quos pro precio Stichus soluit à te ignorante recedere potuit *d. §. vendita Instit. de rer. diuis. d. l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt.* Sed benè respondet Accursius conualescere solutionem precij, tuorúmque nūmorum dominium in Sempronium translatū intelligi ex eo quod tu agendo ex empto contra Sempronium ratam habeas precij solutionem, quia nec aliter ex empto agere emptori permittitur, quàm si priùs offerat precium venditori *l. Iulianus 13. § offerri de action. empt.* Nam quemadmodum is, qui ex vendito petit precium etiam tanquam procurator venditoris hoc ipso adprobat venditionem *l. seruum Titij 49. infr. mandat.* Ita & è contrario qui agit ex empto ad rem tradendam, cum necesse est in antecedens necessarium ratam habere precij solutionem, vt & in *l. non omnis 19. §. vlt. supr.* conciliatur mutuum ex postfacto alienæ pecuniæ creditæ, sed consumptione, hîc ratihabitione. Sequitur apud Paulum

a *Quod ad peculiares nummos attinet.* Hoc verò iam ex parte explicauimus in præcedentibus, nec rationem obscuram habet, cur tibi vindicatio nummorum dāda sit quos ex peculio tuo Stichus Sempronio soluit. Manserunt enim tui, cùm eorum dominium à te inuito vel ignorante discedere non potuerit: melior enim condicio nostra fieri potest per eos quos in potestate habemus, deterior non potest *l. melior 133. de regul. iur.* Potest autem quisque vindicare id quod suum est *l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat. l. in rem 23. supr. de rei vindic.* Sed hoc ita si nummi extent, quia vulgaris illa formula vindicationis *hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, non nisi in rem extantem, adeóque præsentem cadere potest. Ideoque hos nummos si vindicare velis, necesse est te probare eos ipsos, esse qui ex tuo peculio sunt & eadem ipsa corpora nummorum quæ Stichus seruus tuus Sempronio soluit. Etsi enim consistunt in quantitate, vindicantur tamen per modum speciei non quantitatis nec permutationem id est functionem in suo genere recipiunt, quomodo alioquin nummi solent *l. sed si certos 51. infr. de legat. 1. iunct. l. planè 34. § sed hoc ita eod. tit.* Vnde est quod neque cùm quantitate compensantur

quia speciei ad quantitatem non fit compensatio, vt neque in actionibus in rem olim ante *leg. vlt. C. de compensat.* Idque est quod Paulus subiicit *sed actione de peculio tenetur venditori vt precium soluat* vt intelligamus non fieri compensationem nummorum adhuc extantium cum pecunia quæ debetur per actionem de peculio, ne quidem ad concurrentem vsque quantitatem, vt nec *in leg. si creditor* 37. §. 1. *infr. de pecul.* Teneris ergo Sempronio actione de peculio ex contractu Stichi serui tui qui emit Pamphilum nec soluit precium. Non enim videri potest soluisse cùm soluerit ex nummis tuis quos tu hodie vindices, *leg. quod euincitur* 190. *de regul.* nec solutum videtur quod euincitur *leg. si rem meam* 20. *leg. si quis aliam* 46. *leg. qui res* 98. *infr. de solut.* Cúmque seruus tuus contraxerit, quamuis contractum eius ratum habere nolis, qui nummos vindicas, facere non potes, quin ex eius contractu, sicut ex cæteris, saltem de peculio tenearis. Nam quominùs vindices nummos tuos, prohiberi non potes, nec si Sempronius paratus sit præstare tibi condictionem, quam aduersum me habet. Potest enim ea res exceptionem acquirere aduersus condictionem vt *in leg. cùm quis* 38. §. *de solut.* Sed non æquè aduersus vindicationem. Nemo siquidem suam rem ideo amittere cogendus est quòd indemnitatem ab alio consequi possit *leg. nec quasi* 70. *de rei vindic. supr. leg. non enim* 9. *infr. rer. amot. leg. nemo ideo* 171. *de regul. iur.* Adeò potentius est ius vindicationis, quàm condictionis, quoniam & longè plus est, meum iam quid esse, quàm mihi adhuc esse debitum. Quamquam illud etiam dici potest, licèt minùs appositè, quod Accursius respondet, in specie *d. leg. cùm quis* §. 1. fauorabiliorem esse causam debitoris qui ex creditoris sui mandato, quod reuocatum ignorabat, Titio soluerat, quamuis dolo malo nummos creditoris intercipienti & furanti, quia mandatum soluendæ pecuniæ præcesserat, nec eius reuocatio denunciata fuerat debitori, quem proinde summa ratio æquitatis & bonæ fidei tuebatur. Cæterùm nullo casu posse vindicantem exceptione summoueri ob id solùm quod aliquam ei actionem præstare velit. Ex eo intelligimus, quòd neque in personalibus actionibus alio casu id obtinet, quàm quo is qui conuenitur non alia de causa tenetur, quàm quod habeat actionem *leg. quod debetur* 51. *infr. de pecul.* Atqui possessor nunquam tenetur vindicatione ob id quod actionem aliquam habeat, sed quia possidet. Nascitur enim vindicatio ex præsenti possessione *leg. non aliàs* 24. §. *sed si postulatur supr. de iudic.* quam differentiam non benè videtur obseruasse Accursius: Sequitur

d *Si consumpti sunt, actio de peculio euanescit.* An quasi facta compensatione inter te & Sempronium vindicationis & actionis de peculio, vt Ioannes putabat? Minimè. Nam vt benè ratiocinatur Accursius, cùm peculiares nummi consumpti sunt, vindicari amplius non possunt, nec alio modo vllo auferri Sempronio, cui pro precio Pamphili Stichus seruus tuus eos soluerat. Proinde cessante vindicatione, & nummis consumptis, neque res neque actio vlla superest, quæ compensari possit cum actione de peculio. Sed nec de peculio actio vlla superesse potest Sempronio contra te, quandoquidem non alia de causa poteras conueniri de peculio quàm quia nummos tuos vindicabas, atque ita faciebas vt Sempronius venditor & suo Pamphilo, & eius precio carere cogeretur, cùm tamen ex eius contractu tenereris precium Pamphili soluere saltem ad finem vsque peculij. Consumptis igitur nummis, qui proinde vindicari & auocari amplius non possunt, consequens est euanescere actionem quoque de peculio cui sola nummorum vindicatio causam dabat. Inducit enim consumptio amissionem dominij, facitque vt concilietur solutio quamuis ex alienis nummis facta, cùm exinde verum sit pecuniam auocari ampliùs non posse *leg. si filiumfamilias* 16. *d. leg. non omnis* 19. §. *vlt. supr.* quod cùm euenit, contingit semper liberatio *leg. in perpetuum* 61. *infr. de solut.* Ergóne peribunt tibi nummi tui? Peribunt vtique, nisi malis ratam habere emptionem Pamphili, quo casu non peribunt, quoniam ob eorum solutionem à seruo tuo factam acquiris tibi vel condictionem contra me, vel actionem ex empto contra Sempronium vt Pamphilum tibi tradat, & mihi condicat. In quo cùm neque periculum, neque incommodum tuum vllum sit, tanto magis imputare tibi debes damnum, quod non nisi ex culpa tua sentis. Nec proinde distinguendum est an plus, minùsve sit in peculio, quàm quantum precij nomine solutum fuit: sed tantùm an extet pecunia an consumpta sit, vt benè contra Lotharium Accursius disputat. Neque rursum, Plurisne sit Pamphilus, quàm quanti æstimatus est, vt quod per actionem de peculio seruari non potest, seruetur per actionem de *in rem verso. arg. leg.* 3. *in princip. infr. de in rem vers.* Non enim actio de in rem verso aliter nasci potest, quàm si id egerit seruus vt rem domini gereret, & eo animo, vt pecuniam in rem domini verteret *leg. si res* 5. §. *vlt. & leg. seq. leg. & ideo* 7. §. *penult. eod. ill. titul.* Illud sanè ponendum est Stichum seruum tuum liberam peculij sui administrationem non habuisse. Nam si habuisset, vtique transtulisset dominium nummorum in Sempronium, nec eos vindicare tibi permitteretur *leg. si liberam* 1?. *C. quod cum eo qui in alien. potest.* Qui autem liberam non habet peculij administrationem, alienare ex peculio nihil potest, sed tamen non eò minùs obligat dominum de peculio *leg quam Tuberonis* 7. §. 1. *l. quæsitum* 30. *l. libera* 48. *& pass. infr. de pecul.* Subiungit Paulus,

e *Sed addere Iulianus debuit, Non aliter domino serui* Nota hæc est Pauli ad Iulianum, non tam reprehendentis Iulianum quàm supplentis quod eius sententiæ deerat. Iulianus enim postquàm ex Sabino & Cassio dixerat in proposita specie posse te mihi Pamphilum condicere ac vicissim si quid mihi ex ea causa abesset, actutum me tecum: Et quidem de peculio vt ab eodem Iuliano scriptum est in *d. leg. si seruus* 30. §. 1. *infr. de action. empt.* addiderat vt Paulus hîc refert, non solùm dandam tibi aduersum me condictionem, sed etiam, si malis, habere te actionem ex empto integram aduersus Sempronium, qui Sticho seruo tuo vendiderat Pamphilũ. Sempronium autem contra me condictionem. Nec tamen adiecerat, quid vicissim Sempronio præstare deberes si contra eum ex empto ageres. An scilicet eatenus duntaxat teneri ei te oporteret quatenus esset in peculio, an in solidum, & quantum Sempronio deberetur, si cum homine

libero

libero contraxisset? Nam cùm in priore specie dixisset Iulianus non teneri te dominum Stichi nisi de peculio si Pamphilum ab eodem Sticho emptum mihíque traditum velis condicere. Item poterat videri in posteriore quoque sensisse. In eo igitur Paulus Iulianum reprehendit, non quasi idem hoc etiam casu senserit, sed quia non satis apertè sententiam suam expresserit, *Sed adiicere*, inquit, *debuit Iulianus, non aliter domino serui venditorem ex empto teneri, quàm si ei precium solidum & quacunque si cum libero contraxisset, deberentur, dominus serui praestaret.* Cur verò debuit hoc Iulianus adiicere? Nempe quoniam vt in superioribus diximus, cùm tu Stichi dominus actionem ex empto instituis, contra Sempronium vt tradat tibi Pamphilum quem iam mihi tradiderat, hoc ipso contractum serui tui adprobas & consequenter te obligas vt vicissim ea omnia Sempronio praestes quae Stichus ipse si liber homo esset praestare teneretur, vt eueniret si iussu tuo Stichus contraxisset *leg.* 1. *infr. Quod iuss.* Quid enim refert an iussu mandatóque tuo seruus tuus contraxerit, an eius contractum ratum habueris? *d.l.*1. §. *si ratum quod iuss. l. deposui* 38 §. *si nuptura infr. de pecul. l. si cum filiofamilias* 9. *infr. de compensat.* Atquin siue iussu tuo Stichus cum Sempronio contraxisset, siue is ipse suo nomine cùm liber esset Pamphilum emisset, à Sempronio, non esset dubitandum, quin Sempronius in solidum actionem ex vendito habere deberet, non tantùm ad precij quantitatem integram, sed ad caetera quoque omnia, quae venditori praestare emptor ex natura iudicij debet: Idem ergo admittendum est in hac quoque specie, te ex empto contra Sempronium agente. Malè autem Accursius noster hoc explicat, cùm ait quòd hîc scribitur teneri Sempronium ad tradendum seruum Pamphilum, ita accipi debere si nondum mihi eum tradiderit. Vel si tradiderit quidem sed fuerit iam condictus. Nam imò verò tractat Paulus eum casum, quo Sempronius Pamphilum mihi iam tradiderit, necdum tamen condixerit, quia nec priùs condicere mihi potest, quàm fuerit à te conuentus actione ex empto. Planè nec dubitandum est quin perinde possis ex empto agere contra Sempronium, etiam priùs quam Pamphilum mihi tradiderit, tantóque iustius, quanto facilius erit Sempronio eum tibi tradere quem adhuc penes se habet, ita vt nec vlla in eam rem egeat condictione. Sed hoc contendo etiamsi Sempronius Pamphilum mihi tradiderit, necdum per condictionem eum à me euicerit, posse tamen illum à te conueniri ex empto vt Pamphilum tibi tradat: Et vtroque casu procedere quod Paulus à Iuliano adiici debuisse ait, vt non aliter Sempronius ex empto tibi teneatur, quàm si & solidum precium Pamphili praestes ei & caetera omnia quae vicissim ille agens ex vendito consequeretur si non cum seruo tuo sed cum te ipso aliόve homine libero quolibet contraxisset. Sic in *leg. si seruus* 57. *infr. de aedilit. edict. leg.* 3. §. *vlt. infr. Rer. amot.* Malè rursum idem Accursius, quod Paulus ait de caeteris quae deberentur, interpretatur de precio vt tenearis tu facere illud accipientis. Iam enim id satis expressum erat praecedentibus illis verbis *precium in solidum* & proinde debent sequentia intelligi de vsuris precij de quibus aequè actio ex vendito competit venditori aduersus emptorem ex die morae, adeóque citra moram si emptor fructus rei venditae perceperit *d. l. Iulianus* 13. §. *veniunt infr. de act. empt. l. curabit* 5. *Cod. eod. l* 2. *Cod. de vsur.* Potest etiam poni exemplum in poena pecuniaria, quam fortè venditor alij promiserat si ad diem non praestaret eam pecuniae quantitatem, quam ex precio soluere potuisset vt in *l. si venditor* 6. §. 1. *& l. seq. infr. de seru. export.* Sequitur apud Paulum.

§ *Idem dici debet si bonae fidei possessori soluissem, si tamen actiones quas aduersus eum habeam praestare domino paratus sim.* Sic enim habet Florentina lectio. At vulgata longè aliter, & in tertia persona. *Idem dici debet si bonae fidei possessori soluisset, si tamen actiones quas aduersus eum habeat praestare domino paratus sit.* Vulgatam interpretes omnes sequuntur, & ego quoque magis probo. Vix enim est, vt florentina bonum vllum sensum habeat, vulgatam autem sic omnes interpretantur, vt quemadmodum teneris Sempronio, ad precium solidum ei praestandum, caeteráque omnia quae praestare deberes si Sempronius cùm homine libero contraxisset, agente nimirum te ex empto contra Sempronium, ad tradendum tibi Pamphilum siue eum mihi nondum tradiderit, qui casus facilior & expeditior est, siue iam tradiderit, & condicere mihi eum velit, vt tibi eum tradat, ita & idem dici debeat, vt scilicet solidum precium ei praestes caeteráque omnia quae praestanda esse diximus, si contra eum agas ex empto postquam ipse mihi Pamphilum iam tradidit, quem nec velit ille tibi tradere, nec mihi condicere: Si modò paratus sit condictionem, quam aduersum me habet tibi praestare: vt hoc casu sicut & in aliis plerisque sola cessio actionis pro iusta praestatione sit, pariátque liberationem Sempronio, non minùs quàm si Pamphilum tibi tradidisset, vt in *l. quod saepe* 35. §. *si res vendita infr. de contr. empt. l. quod debetur* 51. *infr. de pecul.* RAT. DVB. Frustrà quis ab alio petit id quod iam suo iure penes se habeat, cùm iam nihil eius possit interesse, nec cuiquam permittendum sit vt agat si non eius intersit *l.* 3. §. 1. *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verb. oblig.* Atqui habes tuo iure condictionem Pamphili aduersum me, si malis eum rectà mihi condicere, quàm contra Sempronium ex empto agere, vt initio huius §. scriptum est. Ergo dicendum est vel denegandam tibi actionem ex empto contra Sempronium si non ad aliud ille tibi tenetur quàm vt paratus sit praestare tibi condictionem quam iam habes, vel ad aliud quid ampliùs teneri tibi Sempronium, quàm vt praestet condictionem quae iam tibi iure tuo competit, si etiam post traditum mihi Pamphilum à Sempronio integram tamen habeo contra eum ex empto actionem. Augetur verò dubitatio, ex eo quod iam suprà diximus, Eo demùm casu cessionem actionis pro iusta praestatione esse, quo non aliam ob causam quis teneatur tibi, quàm quia contra alium habeat actionem vt scriptum est in *dict. leg. quod debetur* 51. *infr. de pecul.* Atqui tenetur tibi Sempronius, actione ex empto, non quia paratam contra me habeas condictionem, sed quia cum Sticho seruo tuo contraxit eíque Pamphilum vendidit, nec tamen ipsi aut tibi sed mihi

eum tradidit: Argumento esse, quod si Pamphilus non Sempronij fuisset, sed alienus, non eo minùs imò tanto magis tibi teneretur Sempronius, qui alienum seruum vendidisset, neque tamen aut vindicationem aut condictionem vllam haberet qua posset tibi cedere *d. §. si res vendita*. Non igitur æquum est liberari eum ab actione ex empto qua tibi tenetur, etiamsi condictionem quam aduersum me habet præstare tibi, & cedere paratus sit. DEC. Qui adprobat contractum ex quo res aliqua acquisita est, condicere rem illam nunquam potest. Sunt enim ista pugnantia. Atqui cùm ex contractu Stichi serui tui agis ex empto contra Sempronium, vt tradat tibi Pamphilum, quem mihi iam tradidit, adprobas & ratam habes emptionem vt suprà diximus. Ergo condicere ampliùs mihi Pamphilum ex persona tua non potes, sed posset Sempronius, qui tibi ex empto tenetur, siue malit eum tibi tradere, quod facere nequeat si non priùs eum habeat, siue malit præstare quanti tua interest ob non factam traditionem, vt in *leg. 1. infr. de act. empt. l. si traditio 4. Cod. eod.* vt in vicem eius quod præstiterit, repetat Pamphilum, pro quo nullum precium habere intelligitur. Consequens igitur est vt non sit hoc casu inutilis cessio condictionis Sempronio aduersus me competentis, sine quâ contra me agere amplius non posses. Nec ferendus est Accursius, qui ait competere tibi condictionem vtilem ex persona tua ad vitandum circuitum, & ex sola æquitate, eam verò quæ tibi ceditur à Sempronio, esse directam. E contrario namque verum est, quod suprà probauimus, condictionem quæ tibi contrà me recta, & sine cessione competit si contractum Stichi serui tui ratum habere nolis directam esse, non vtilem. Eam verò quæ ceditur, vtilem tantùm esse posse non directã cùm directa mandari quidem possit vt eam cessionarius ex cedentis persona exerceat, sed cedi numquam possit tanquam quæ ossibus vt aiunt cedentis perpetuo infixa maneat *leg. qui stipendia 9. Cod. de procurat. leg. si cum emptore 16. supr. de pact. leg. emptor 5. leg. postquam 7. & sequentib. Cod. de hered. vel act. vendit.* Sed neque verum est quod eidem Accursio, & interpretibus placet, condictionem tibi dandam esse rectà contra me circuitus vitandi gratia. Quandoquidem eo casu, quo tibi aduersum me datur condictio, nullam habes contra Sempronium, neque Sempronius contra me condictionem, siue aliam vllam actionem: nec si circuitum vitare nolis. Nam cùm mihi condicis, contractum Stichi tui improbas. Quæ res facit, vt nulla tibi aduersus Sempronium, nec Sempronio aduersus me actio dari debeat, quia non simul contraximus, sed Sempronio tantùm contra te de peculio, quia cum seruo tuo contraxit. At cùm serui tui contractum adprobas, desinis Sempronio teneri de peculio, & incipis ei obligatus esse in solidum: Habes autem eum obligatum actione ex empto, ille verò me condictione, quod autem liberatur Sempronius præstando tibi quam contra me habet condictionem si ex empto à te conueniatur, rationem illam habere potest, quòd quamuis non ea ratione tibi teneatur ex empto, quia condictionem contra me habeat, quam nec vllam haberet, vt diximus, si non priùs à te conueniretur, solutio tamen, id est, traditio Pamphili ab eo mihi facta bona fide cùm ille me Stichi dominum esse existimaret, hactenus prodesse illi debet, non quidem vt ipso iure liberetur, cù[m] n[on] ei soluerit & tradiderit cui debebat, vt diximus in superioribus, nec illi rursum cum quo contraxerat vt in *leg. fugitiuus 19. leg. filiæ 88. infr. de solut.* (non enim mihi Pamphilum vendiderat, sed Sticho seruo tuo, atque ita tecum potiùs quàm mecum contraxerat) Sed tamen vt non ad aliud teneatur quàm vt præstet tibi contra me condictionem, eáque præstatione ac cessione consequatur liberationem, quam per traditionem mihi factam non fuerat consecutus. Sicuti dicimus, bonæ fidei possessorem hereditatis qui suo nomine soluit hereditariis creditoribus, non equidem liberare verum heredem ipso iure, sed tamen quia ei acquirit exceptionem doli, posse ipsi reputare quod soluit, sed ita demùm si paratus sit ei præstare condictionem indebiti quam habet contra creditores quibus soluit *leg. si quid possessor 31. in princip. vbi diximus supr. de hered. petit.* Alia ratio est eius actionis, quam quis præstare ideo tantùm tenetur, quod id facere sine vllo suo dispendio, & incommodo possit, vt in *leg. in creditore 38. infr. de euict.* aut cùm non aliam ob causam tenetur ad præstandam actionem, quàm quia eam habeat, vt in *dict. l. quod debetur 51. de pecul. dict. leg. cùm quis 38. §. 1. de solut.* vbi debitor iam liberatus ob solutionem bona fide factam procuratori iam reuocato, nihilominùs condictionem furtiuam præstare cogitur vero creditori, non alia ratione quàm quia æquum sit id saltem eum præstare quod sine ipsius dispendio futurum sit. Nam si nullam haberet actionem is qui soluit, non eo minùs tamen esset liberatus propter solutionem ei factam qui mandatum aliquando habuerat accipiendæ solutionis licèt postea reuocatum ignorante debitore: quem proinde bona fides excusare debet, quæ non tantùm ab ipsius credulitate causam habuit (nec enim sola & nimis prompta & facilis eius credulitas posset sufficere, cùm sibi debeat imputare qui credulus fuit *leg. 1. §. dolum supr. de eo per quem fact. erit. leg. 3. §. sed si sic accepit infr. de in rem vers.*) sed etiam à facto ipsius creditoris qui vel procuratorem hunc constituere non debuerat, vel constitutum non reuocare, vel reuocationem à se factam denunciare debitori ne solueret. *l. si mandassem 15. infr. mandat.* Extra hunc casum, etsi quis alius similis est, non valet solutio alij facta, quàm vero creditori aut vero procuratori aut vero heredi, nec parit liberationem sed condictionem *leg. creditoris 8. Cod. de condict. indeb. Nec si facta sit patri leg. qui hominem 34. §. si gener infr. de solut.* aut ei quem soluens non tam bona fide quàm nimia credulitate procuratorem aut hæredem creditoris esse falsò existimabat, cùm mandatum nullum haberet *dict. leg. qui hominem. §. si nullo.* Non enim tam facilè debuit credere *leg. si quis inficiatus 13. in princip. infr. deposit.* Quemadmodum è contrario permittitur aliquando etiam bona fide non credere *leg. 2. infr. quod fals. tutor.* Errant igitur qui hoc §. abutuntur in his verbis *si bona fidei possessori soluisset*, vt probent sufficere ad liberationem debitoris, quòd soluerit

bona

bona fide alij quàm vero creditori. Hactenus saltem vt si non ipso iure tamen exceptionis ope liberetur *argum. dict. leg. cùm quis 38. §. 1. de solut.* Habet enim responsum illud Africani specialem rationem ob mandatum verum quod præcesserat, vt diximus, & cuius reuocatio non fuerat denunciata debitori ne solueret. Probatúrque contraria sententia ex *dict. leg. si quid possessor 31. §. vltim. supr. de hered. petit.* vbi dicitur debitores hereditarios soluentes possessori hereditatis siue bonæ fidei possessor ille fuerit siue prædo ita demum ipso iure liberari si pecunia ad verum heredem peruenerit, quod & scriptum est in *leg. sed etsi 25. §. certè si minori precio eod. tit. & in dict. leg. qui hominem 34. §. si prædo infr. de solut.* Vt non sine causa Paulus Castrensis adnotauerit ad *dict. §. vltim. Caueant ergo soluentes vt faciant sibi caueri si contingat apparere, quod ille cui soluunt non sit verus heres* (sic enim addita ibi negatione legendum est) *aliàs possent damnum recipere.* Quamuis in eo qui soluit bonæ fidei possessori, adhibenda videatur distinctio an ex ea solutione bonæ fidei possessor factus sit locupletior, si debitores qui ei soluerunt, regressum aliquem aduersus eum habituri sint, iuxta distinctionem ab Vlpiano traditam in *dict. leg. sed etsi 25. §. item si rem*, quia bonæ fidei possessor ex SC. quod de hereditatis petitione factum est, numquam teneri potest, suprà quàm factus sit locupletior neque directò neque indirectò vt idem Castrens. scribit ad *dict. §. item si rem numer. 2.* Locupletiorem tamen factum bonæ fidei possessorem intellige si à creditore suo aliquo liberatus sit *leg. si pupilli 66. in fin. de solut. leg. species 11. infr. de acceptil.* licèt postea decedat aut fiat non soluendo. Aliud enim est locupletiorem non esse factum: Aliud verò soluendo non esse. Diuersa causa est possessoris etiam prædonis soluentis etiam suo nomine debitori hereditario. Hic enim etsi non liberat verum heredem ipso iure, liberat tamen ope exceptionis *dict. leg. si quid possessor 31. in princip.* cuius initium cum *§. vltim.* eiusdem legis ita coniungendum est vt in tota lege nihil nisi hanc antithesim Vlpianus docere voluisse videatur, quod & Castrensis ad *dict. §. vltim.* bene obseruauit, & nos addere debuimus ad ea quæ ibi scripsimus. Iunge *leg. 2. cum seqq. infr. de cond. indeb.* vbi agitur de hereditatis possessore qui soluerit, non de eo cui solutum fuerit. Planè si ponas debitorem hereditarium soluisse bona fide etiam prædoni mandante iudice, aut ex edicto aliquo, & vt nostri loquuntur ordinamento Principis etiam Tyranni vel Magistratus dummodo graui & pœnali vt loquitur Bartolus ad *leg. creditor 102. in fin. infr. de solut.* Nam cùm dolo & culpa careat qui paret iudici, cui parêre habet necesse, multóque magis Principi qui vitæ ac necis in eum habeat potestatem *leg. non videntur 167. §. 1. de regul. iur.* fatendum est liberationem hoc casu ipso iure contingere ex *leg. Paula Callinico 27. §. vltim. de legat. 3. leg. liberto 21. §. Lucius infr. de ann. legat.* etiam non expectato quadriennio de quo in *leg. bene à Zenone Cod. de quadr. præscript.* Semper enim benè soluit, qui mandante iudice soluit *leg. sancimus 25. C. de admin. tutor.* nec appellare cogitur etiamsi maximè possit *leg. ait Prætor 7. §. permittitur supr. de minor.* quamuis prudentiùs faciat si reluctetur quantum potest ne collusisse videatur, vt ex illo loco nostri vulgo tractant, nec requiritur vt præcisa aliqua, coactio sequatur decretum iudicis aut Principis, cùm metus ipse coactionis pro coactione sit *leg. nouissimè 7. §. 1. infr. quod fals. tutor. author.* nec bonam fidem agnoscere prohibeatur quisquis scit se debere *leg. si reus 7. de procurat. supr. leg. quoties 9. §. nec vtique infr. de admin. tutor.* Maximè si sub vsuris grauioribus pecuniam debuit à quibus voluerit se liberare *§. sed si sub vsuris ead. leg.* Cæterùm quo casu soluere quis iubetur, non sufficiet vt professionem solutæ pecuniæ & apocham referat à creditore. Non enim quisquis solutionem accipere potest, etiam per acceptilationem aut alio quolibet modo liberare debitorem potest, vt cernere est in tutore, curatore, procuratore & aliis huiusmodi personis quæ alieni debiti exigendi ius habent *leg. pactum curatoris 12. Cod. de pact. leg. non absurdè 4. Cod. de nouat. leg. fugitiuus 19. infr. de solut. leg. cui rectè 10. leg. non ideo 25. infr. de nouat.* Ideóque leges quæ loquuntur de debitoribus hereditariis liberandis per solutionem factam possessori, loquuntur semper de solutis debitis & exactis: quæ verba naturalem & veram numerationem significant non fictitiam & ciuilem. Et verò, quomodo posset vnquam pecunia quæ possessori soluta dicitur ad verum heredem peruenire quomodo necesse est *dict. leg. si quid possessor 31. §. vltim. supr. de hered. petit.* si verè soluta & exacta non fuisset? Quare nec satis erit vt vera illa & realis numeratio probetur ex nuda confessione bonæ fidei possessoris aut veri procuratoris, sed aliunde probari eam necesse est, ne alioqui facile sit legibus illudere ac fraudem facere. Sanè cùm ex mandato Principis vel iudicis alij soluitur, quàm cui debetur, inspiciendum est an debitoris odium an creditoris mandato causam dederit, & an debitoris mora aliqua præcesserit an nulla, vt nostri post Bartolum distinguunt ad *d. l. creditor 102. de solut.*

32. CELSVS libro 5. Digestorum.

SI & me, & Titium mutuam pecuniam rogaueris, & ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cùm putares eum Titij debitorem esse: an mihi obligaris: subsisto: siquidem nullum negotium mecum contraxisti. sed propriùs est, vt obligari te existimem: non quia pecuniam tibi credidi: (hoc enim, nisi inter consentientes fieri, non potest) sed quia pecunia mea, quæ ad te peruenit, eam mihi à te reddi bonum & æquum est.

Ad l. Si & me & Titium 32.

RAT. DVB. Cùm tu & me & Titium mutuam rogasti pecuniam, & ego meum debitorem tibi iussi promittere, tu verò stipulatus es, cùm putares eum tuum debitorem esse, verum est te nullum negotium mecum contraxisse. Ergo nec vlla obligatio siue naturalis siue ciuilis nata dici potest vt tibi obligatus videri debeam saltem ciuiliter & actione aliqua, quæ scilicet nasci non potest, nisi contractum inter nos fuerit *συνάλλαγμα l. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact.* Multo minùs autem dici potest, teneri te mihi condictione certi ex mutuo, licèt mutuam pecuniam tu me rogaueris; quandoquidem non nisi inter consentientes, mutui obligatio contrahi potest, vt nec alia vlla earum quæ ex contractu nascuntur *l. in omnibus 55. iunct. l. 57. de oblig & action. l. si ego 18. supr. hoc tit.* DEC. Iure naturæ ac gentium æquum est neminem locupletari ex damno alieno *l. nam hoc natura 14. infr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Atqui in proposita specie locupletareris ex mea iactura, si non haberem te obligatum eius pecuniæ nomine, quam iussi debitorem meũ tibi promittere, licèt tu ab eo stipulatus sis, tanquam à debitore Titij. Nec enim vlla mihi superesse potest actio contra debitorem meum, qui per delegationem à me factam liberatus est ipso iure quasi facta nouatione quæ semper fit per delegationem nec minùs iure nouo quàm vetere, quoniam Iustiniani constitutio in *leg. vltim. Cod. de nouat.* quæ iura vetera circa nouationes correxit, ad eum casum non pertinet, quo delegatio expressim facta sit cùm nequeat fieri vnquam sine nouatione, vt bene hic Castrensis, benè addens, aliud dicendum fore si mandassem debitori meo vt tibi solueret, tu autem ab eo stipulatus esses. Tunc enim quia nulla esset delegatio, nec nouatio facta intelligeretur *leg. Stichum & in fin. leg. si debitorem meum 21. infr. de nouat.* Ergo in proposito dicendum est dandam mihi contra te condictionem *vt & in l. si eum seruum 23. supr. hoc tit. l. si quis mancipiis 17. §. vltim. & pen. infr. de instit. act.* Non quidem certi ex mutuo, cùm nullam tibi pecuniam crediderim, sed ea condictione, quæ ex iure gentium competit aduersus omnes qui non ex iusta causa possident vt scriptum est in *l rerum quidem 25. infr. rer. amot.* Perpetua enim fuit illa veterum opinio, id quod ex iniusta causa apud aliquem sit condici ei posse *l. perpetuò 6. infr. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* Quamquam non idem est dicere *ex iniusta causa vt in dict. leg. perpetuò & non ex iusta causa vt in dict. leg. rerum.* Est enim hoc postremum generalius vt constat ex hac lege, in cuius specie, pecunia mea quæ ad te peruenit ex tua stipulatione iussu meo interposita non ex iniusta causa penes te inuenitur, sed tamen est non ex iusta causa, & idcirco condici eam bonum & æquum est, vt hæc lex ait: quia licèt nullum inter nos negotium gestum sit, negari tamen non potest quin facto meo pecunia mea ad te peruenerit, quod vnum sufficit ad dandam condictionem adeóq; certi ex mutuo si negotium aliquod inter nos gestum esset *l. non omnis 19. §. si pupillus supr. hoc tit.* Obseruandum autem est condictionem de qua hîc agitur ex mera necessitate introductam esse ac velut in subsidium, vt eo casu locum haberet quo alia nulla competeret, cùm tamen aliquam dari æquum esset, ne quis ex aliena iactura locupletaretur. Vt & in *leg. si eum seruum 23. supr. eod.* semper enim subueniendum est aduersus improbum lucrum *leg. si pro patre 10. §. si domini infr. de in rem vers.* Nec tantùm si nulla alia actione consultum esse possit ei cuius fuit pecunia, sed etiam si consultum quidem aliquando fuit, sed tamen consultum esse posteà desiit vt Castrensis hîc notat ex *leg. vlt. §. tutor infr. de condict. indeb.* Addit Castrensis tertium casum, quando nec ab initio consultum fuit, nec consultum esse desiit. Sed tamen si contra alium agerem, liberaretur ille ex aliqua æquitate cedendo mihi actionem vt in specie *§. vltim.* legis proximè præcedentis. Sed nos ad eum locum id iam refutauimus. Illud sanè Azo benè notauit, toties hunc condictioni locum esse quoties is qui alienam accepit pecuniam nullam eius retinendæ causam habet alioqui cessat condictio, sicut & si ex eadem æquitatis ratione alia actio possit competere puta mandati vt in *leg. si negotia 31. infr. mandat.* aut negotiorum gestorum vt in *l. quamquam 7. in fin. infr. ad SC. Velleian. aut rei vxoriæ vt in leg. vir ab eo 49. infr. de iur. dot.* Cessantibus aliis actionibus, nec cessante tamen æquitate, condictio necessaria est vt in *leg qua fundum 50. eod. leg. vxor marito 55. de donat. int. vir. & vxor.* Condictio inquam, aut sine causa si negotium aliquod gestum sit *leg. 1. & tot. tit. infr. de condict. fin. caus.* aut generalior illa de qua hic agitur & in *dict. leg. rerum & in dict. leg. si eum seruum 23. supr. hoc tit.* cum negotium nullum inter nos gestum est. Cæteræ namque condictiones nascuntur omnes ex aliquo negotio gesto, hæc ex nullo. Quod ab Accursio, cæterísque interpretibus minùs benè perceptum videtur, qui hanc legem vel de condictione certi generali per se sumpta, & separatim à speciali (qualis certè nulla est) vel de condictione sine causa intelligunt planè quod lex ponit pecuniam meam ad te peruenisse benè Accursius explicat de pecunia mihi debita, vt & in *leg. si pecuniam 9. Cod. de negot. gest.* Nam etsi quod mihi debetur, meum adhuc non est, quia quod iam meum est non magis deberi mihi potest quàm magis fieri meum *leg. non vt ex pluribus 191. de reg. iur. § sit itaque Instit. de action.* meum tamen quodammodo esse videtur ex ea iuris regula quæ vult, eum qui actionem habet ad rem consequendam ipsam quoque rem habere videri *l. is qui actionem 11. de regul. iur.* Nam & qui actionem ad rem habendam amittit rem quoque ipsam amittere intelligitur.

33. MODESTINVS libro 10. Digestorum.

PRincipalibus constitutionibus cauetur, ne hi, qui prouinciam regunt. quíve circa eos sunt, negotientur, mutuámve pecuniam dent, fœnúsve exerceant.

Ad l. Principalibus 33.

RAT. DVB. Mutuum contractus est iuris gentium itémq; fœnus quæ species est pignotis *l. deportatus 15. infr. de interd. & releg.* vbi dicitur deportatum licèt amittat ciuitatem posse tamen contractus facere

cete quia non amittit ea quæ sunt ex iure gentium, ex quo sunt etiam cæteri omnes contractus, perpaucis exceptis *l. ex hoc iure* 5. vbi diximus *supr. de inst. & iur.* Atqui Præsides prouinciarum & alij qui prouincias regunt quive circa eos sunt, non ideò amittunt ea quæ sunt iuris gentium ne sint deterioris condicionis ob id solùm quod maioribus fruantur honoribus contra *l. quod fauore.* 6. *C. de legib. l. nulla* 25. *supr. eod. ill. tit.* & ne careat minoribus qui fruitur maioribus, vt ratiocinatur Papinianus *in l. cui pacto* 5. *infr. De seru. export.* Nemini enim ad inuidiam nocere dignitatem suam oportet *l. ad inuidiam* 6. *C. de his quæ vi metúsve caus.* Ergo neq; his qui prouincias regunt neque iis qui circa illos sint interdicendum est ne negotientur, mutuámve pecuniam dent, fœnúsve exerceant, maximè verò si mutuã pecuniam gratuitam dare velint, vt solet debétque mutuum omne, quod non est fœnus esse gratuitum. DEC Nihil est quod conuentionibus hominum magis debeatur, quàm vt sint liberæ, non per vim aut potentiam alterutrius contrahentium extortæ *l. vlt. Cod. de eo quod met. caus.* cùm omnes conuentiones ex consensu vim & substantiam accipiant, *l. 1. supr. de pact.* qui porrò consensus si per vim aut metum & impressionem extortus sit ab eo cui contradicere alius non audeat, proximè accedit ad dissensum *l. 1. § quæ onerandæ infr. quar rer act. non dat. l. pen. infr. de furt.* licèt dici soleat etiam coactam voluntatem nihilominùs esse voluntatem *l. si mulier* 21. *§ vlt. supr. de eo quod met. caus. l. si patre cogente* 12. *infr. De rit. nupt.* Atqui ij qui prouincias regunt sola dignitate sunt terribiles, vt ait *l. vnic. C. si rect. prouinc. vel ad eum pertin. sponsal. dederit.* tanquam qui in prouinciales omnes habeant vitæ ac necis potestatem. Meritò igitur iis interdictum est ne in prouincia sua negotientur, nec ipsis tantùm sed etiam ipsorum domesticis & consiliariis *l. vnic. C. de contract. iudic.* vbi additur nec per interpositam personam hoc eis licere. Solent enim suspectiora esse quæ clam fiunt *l. vlt. i fr. De rit. nupt.* & per suppositam alterius personam *l 5. §. sed si per interpositam infr. De author. tutor l. si is qui bonis* 91. *De acquir hered.* Idémque constitutum est in cæteris qui vel in mediocri dignitate positi sint *l. pen. Cod de eo quod met. caus.* Fit ergo hoc ex principalibus constitutionibus, quæ hac parte ius nouum induxerunt, & ex non delicto fecerunt delictum, adeóque pœnam quadrupli irrogarunt, si quis contrà faceret *l. non licet* 46. *infr. De contr. emption.* vbi tamen additur exceptio *nisi specialiter quibusdam hoc concessum est.* Quæ tamen exceptio vereor ne sit Triboniani respicientis *ad d. l. vnic. C. de contract. iudic.* vbi hæc ipsa exceptio ponitur iis verbis: *nisi specialem nostri numinis hoc eis permittentem diuinam rescriptionem meruerint.* Incognita enim fuit toti Iurisprudentiæ veteri ea exceptio, sicut & tandem abrogata per Leonis *Nouell.* 84. Sed & Iustinianus ipse supradictam exceptionem adiicit in vrbanis tantùm magistratibus Constantinopolitanis non etiam in prouincialibus prouincias moderantibus, quibus prohibet districtè non solùm donationes, sed etiam emptiones quarumcunque rerum siue mobilium siue immobilium, præter eas quæ ad alimoniam vel vestes pertinent, adeóque ædificationes *licèt inquit sacri apices aliquid eorum permiserint.* Sed omnes eæ constitutiones ad Magistratus temporales pertinent, quales erant olim Præsides prouinciarum omnes, non etiam ad perpetuos vt constat *l. seq. & ex l. 3. C. si cert. pet.* in illis verbis *tempore Officij sui* quibus vtique absurdum & iniquum esset perpetuo interdici commercio, vt de minoribus scriptum *est in l. ait Prætor* 7. §. *quæsitum supr. De minor.* Ne, vt de Principe quodam loco Baldus ait, is qui omnium Præsul est fiat omnium exul. Sed in temporalibus Magistratibus longè maior fuit ratio prouidendi ne potestate illa abutantur, quam diuturnam non fore vident. Nihil enim est, quod ad perpetuandam potestatem tantopere faciat, quàm si quis ea temperatè vtatur, non insolenter, aut auarè. Quæ res fecit, vt Magistratus Romanos Cæsar Tyberius primus fecerit ex temporalibus perpetuos, quòd ea ratione meliores illos & Reipublicæ vtiliores fore speraret. Sanè quod vulgo creditum est ab interpretibus, supradictas constitutiones non pertinere ad eos qui prouinciam illam regunt, ex qua sint oriundi, probare non possum: Si verum est quod scriptum video *in l. qui offic.* 62. *De contrahen. emption.* eum qui officij causa in prouincia agit vel militat, non posse comparare in eâdem prouincia *præterquàm* inquit *si paterna eius à fisco distrahantur.* Etsi non ignoro ea verba *paterna eius* prætermissa esse ab Hermenopulo *lib.* 3. *Tit.* 3. quæ tamen mihi semper visa sunt non prætermittenda. Significant enim esse aliquid indulgendum adfectioni Præsidis, id agentis vt bona paterna sibi seruet; honesta enim adfectio est *l. si in emptionem* 35. *supr. De minor. l. prima*, §. *& alias videamus infr. si quid in fraud. patron. l. lex quæ tutores* 2 *Cod. de administrat. tutor.* sed hactenus vt non ab alio possit bona emere ne quidem paterna nisi à fisco, quippe cum Præses prouinciæ minùs terribilis videri possit cùm fiscus sit Cæsaris. Nec eo magis tamen permissum est Præsidi prouinciæ à fisco bona quælibet emere. Ne eo prætextu colludens forte cum procuratore Cæsaris, tanto facilior & propensior esset ad bona fisco adiudicanda à quo postmodum eadem esset comparaturus. Neque illud rursum probo, quod nostri volunt potuisse olim Præsides etiam in ea prouincia, in qua degebant, à non subditis comparare: Quomodo enim id fieri posset quin is venderet qui in prouincia versaretur? Atqui hoc sufficit, vt venditio prohibeatur, *l. quisquis* 16. *Codic. si cert. petat.* licèt ea lex non de Præside sit sed de Iudice vt mox dicemus. Et sanè illi etiam qui subditi non sunt eius prouinciæ, quòd ex alia sint, fiunt tamen subditi saltem secundum quid in ea prouincia, in qua versantur siue in ea contrahant, siue delinquant *l. heres absens* 19. §. *primo, vbi diximus supr. De iudic. l. prima, Codic. vbi de crimin. agi oport.* Cæterùm quamuis pecuniam mutuam dare Præsides prouinciarum & qui circa eos sunt, non possint, ne his artibus amicos sibi parent in ea prouincia cui præsunt, quam non nisi bonæ sanctæque administrationis dignitate sibi deuincire debeant, pecuniam tamen mutuam accipere possunt, adeóque fœnori *l. proxim. infr.* quoniam huiusmodi contractus non aliam causam habere soleat quàm necessitatis, & vt plurimùm ad necessarias res comparandas. Præsertim cùm ex pecunia mutua, siue fœnebris sit siue gratuita, nihil aliud comparari potest *d. l. vnic. Cod. de contract. iud.* Nec obstat quod quidam adferunt ex *l Scriniarios* 8. *C. de num. actuar. & chartular. lib.* 12. *Tit.* 50. in illis verbis *nullatenus in posterum aut mutuam pecuniam sumere.* Non enim ibi quiescit oratio sed in iis quæ

statim sequuntur *aut polliceri cuiquam pro publicis expensis cogi* ex quibus apparet non prohiberi ea lege scriniarios præfecti prætorio mutuam pecuniam sumere, sed ne sumere cogantur: quod ad abolendam contrariam eorum temporum consuetudinem ita constituendum fuit. Alia ratio est, & deterior condicio iudicis cui si quis pecuniam mutuam dederit, etiam fœnebrem exilij pœna quasi emptor legum plectēdus est cum ipso iudice, perinde ac collectarius qui honorem ambienti precium honoris dedit, vt scriptum est in *d. l. quisquis*. Nec enim Præsides iudicabant sed dabant iudices pedaneos *l. 2. C. de pedan. iudic.* quamuis interdum etiam dicantur Iudices *d. l. vnic. C. de contract. iudic.* sed maiores *l. non distinguemus 32. §. de liberali supra de recept. Qui arbitr. recep.* vbi diximus *& ad l. 4. § 1. sup. de interrog in iur. fac.* Etsi videtur *dicta l. quisquis*. non tam ad prouinciales pertinere quàm ad eos qui quoniam ex aliena sunt prouincia putant impunè sibi licere in ea prouincia in qua versantur, illa facere omnia quę prouincialibus sunt interdicta. Id enim significant meo iudicio verba illa *si in prouincia fuerit versatus* & quæ statim sequuntur *quasi emptor legum atque prouinciæ*. Ideoque fuit illa constitutio necessaria vt non prouincialibus tanto seuerius interdiceretur quod solis prouincialibus fuerat interdictum. Habebit ergo lex illa locum hodie etiam in Præsidibus prouinciarum & Magistratibus qui hodie iudicandi habent necessitatem post *d. l. 2. C. de pedan. iudic.* quæ cùm sit Imperatorum Diocletiani & Maximiani qui Honorium & Theodosium in Imperio præcesserunt, efficit proculdubio vt *dicta lex Quisquis*, etiam ad Præsides referri debeat, sed hoc semper retento ex iure vetere, vt ad temporales tantùm pertineat non etiam ad perpetuos, vt diximus. Ex quo apparet non esse hodie in vsu apud nos hanc legem, apud quos magistratus omnes sunt perpetui. Idémque nostri tractant *ad l. vnic. Cod. de contract. iudic. ex l. proxim. infra.*

34. PAVLVS libro 2. Sententiarum.

PRæsidis prouinciæ officiales, quia perpetui sunt, mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere possunt.

Ad l. Præsidis 34.

RAT. DVB. Absurdum videtur melioris condicionis esse Officiales Præsidis quàm ipsum Præsidem. Ergo quod non licet Præsidi nec Officialibus eius licere debet, atqui Præsides prouinciarum nec mutuam pecuniam dare nec fœnebrem exercere possunt, vt diximus in *l. prox. praeced* Proinde nec Officiales eius possunt. DEC. Differentiæ ratio magna & euidens est inter Præsides prouinciarum & eorum officiales. Præsides enim prouinciarum ad tempus duntaxat prouincias regunt, officiales verò sunt perpetui, mirum igitur non est diuersum ius constitutum esse, inter quos tanta est ratio diuersitatis *l 3. §. vnde igitur infr. de iniust. rupt.* Ergo quod scriptum est in lege præcedente de iis qui circa Pręsides sunt, vt non magis quàm ipsi Præsides mutuam pecuniam dare ac fœnus exercere possint, ad eos restringendum est, qui circa Præsides ad tempus sunt, non ad eorum officiales qui sunt perpetui, perpetui inquam non quia ibi perpetuò habitarent quòd inde orti essent: quæ vna est ex interpretationibus Accursij, sed quia eorum officium perpetuò durabat vt idem ille interpretatur, nec erat annuum, aut temporale. Idem igitur obtinere hodie debet in Magistratibus ipsis, qui perpetui sunt non temporales, vt diximus ad legem præcedentem.

1 ¶ Præses prouinciæ mutuam pecuniam fœnebrem sumere non prohibetur.

Ad §. 1. Præses prouinciæ.

RAT. DVB. Contrariorum eadem ratio esse solet, & maximè correlatiuorum *l. 1. Cod. de cupress. lib. 11. Tit. vltim.* Contraria autem, adeóque correlatiua sunt pecuniam fœnebrem dare & sumere, non minùs quàm vendere & comparare. Ergo quemadmodum Præsidibus prouinciarum interdictum est ne mutuam pecuniam dent aut fœnus exerceant, ita interdicendum iis fuit, ne pecuniam mutuam siue gratuitam, siue fœnebrem ab aliquo ex prouincialibus accipere possint. DEC. Multum interest an Præses prouinciæ mutuam pecuniam fœnebrem det, an accipiat. Dare fœnebrem prohibetur principalibus constitutionibus, de quibus in lege præcedente, non tantùm quòd auarum nimis & sordidum sit, ac proinde indignum Magistratu quolibet, sed maximè Præside, & rectore prouinciæ fœnus exercere, verùm etiam quòd nec aliter ei in prouincia cui præest contrahere permittatur ob rationes à nobis suprà allatas. At pecuniam fœnebrem sumere necessitatis magis est quàm auaritiæ, quotus enim quisque est, qui pecuniam fœnori sumere velit, nisi coactus? si modò nummularios & argentarios excipias qui plerunque accipiunt, vt aliis posteà collocent grauiore fœnore. Quod sicut auarissimum & sordidissimum est, ita nec Præsidibus prouinciarum permissum esse credendum est, qui à cæteris quoque contractibus etiam alioquin licitis abstinere iubentur. Quæ res facit, vt tanto magis licere illis debeat pecuniam fœnori accipere, cùm id facere eo consilio nunquam possint vt ex ea pecunia fundos comparent, sed tantùm vt ea quæ ad victum & vestitum, & si qua sunt alia necessaria, quibus carere Præsidem prouinciæ, & egere cogi, non modò absurdum & iniquum esset, verùm etiam indecorum, ex eo autem quod Paulus in hac lege loquitur de pecunia fœnebri quam Pręses prouinciæ etiam à prouinciali creditore sumere non prohibetur, intelligimus non idem esse in mutua data pecunia gratuita. Cur enim de fœnebri loqueretur, si in gratuita idem esset? Hoc autem ideo fortasse, quod magno se beneficio adstringit ille qui mutuam pecuniam accipit gratuitam ab alio, vt non abs re creditoris sui seruus quodam-

quodammodo esse videatur vt dicebat Seneca, at non etiam ille qui creditori fœneratitio pro beneficio rependit fœnus, qua de causa nec ad *antidota* vlla obligari eum existimandum est.

35. MODESTINVS libro 3. Responsorum.

PEriculum nominum ad eum, cuius culpa deterius factum probari potest, pertinet.

Ad l. Periculum 35.

RAT. DVB. Periculum cuiusque rei ad dominum pertinet. Cui enim magis perire res quælibet potest, quàm domino? *vulg. l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act.* Vnde est quod periculum pignorum nominis venditi ad emptorem nominis pertinet tanquam qui per emptionem factus sit dominus nominis *l. periculum 30. inf. de pignor.* Præsertim cùm periculum nominis ex eo solo æstimetur si debitor fiat non soluendo, vt hîc notat Accursius, quod ipsum tamen ne accidat non in potestate cuiusquã est, sed ex inopinato fortunæ euentu & impetu pendet, vt loquitur Papinianus in *l. 4. infr. vt in poss. legat. l. litis 37. §. si pecunia supra de negot. gest.* Non ergo inspiciendum est cuius culpa nomen deterius factum sit cùm quæritur de periculo nominis, sed quis eius dominus sit. DEC. Etsi non nisi aliquo casu fortuito solet accidere vt nomen deterius fiat, vix tamen est vt non aliqua præcedat culpa & negligentia illius, qui ex eo nomine agere potuit & debuit, nec egit. Fiunt enim nomina deteriora tempore propter mutationes, quę interim superuenire in dies solent. Æquum igitur est pertinere periculum nominis ad eum cui culpa & negligentia imputari potest cur non egerit & exegerit, vt euenire aliàs generaliter solet quoties culpa præcedit casum *l 3. §. 1. de offic. præfect. vigil. l. si vendita 11. inf. de peric. & commod. rei vendit. l. si ex plagis 52. §. in cliuo Capitolino supr. ad leg. Aquil.* Adeò ciuilis legislator exosam habet culpam & negligentiam vt vix vnquam velit eam manere impunitam, nisi cùm talis contractus est in quo non culpa vindicari debeat & negligentia, sed dolus tantùm aut lata culpa quæ dolo æquiparatur, secundum distinctionem de qua in *l. si vt certo 5. §. nunc videndum infra commod. l. contractus 17. infra de regul. iur.* Non igitur ad alium pertinere periculum nominis æquum est, quàm ad eum cuius culpa id deterius factum sit. Et quoniam non alij culpa hac parte imputari potest quàm ei qui potuit agere nec egit [vnde est quod nec ad prædonem pertinet periculum quia nihil ei potest imputari qui actionem non habuit *l. si quid possessor 31. §. illud supra de hered. petit.*] is demum autem agere potest qui nominis dominus est, consequens fit vt ad dominum nominis periculum pertinere debeat regulariter: sed quia plerunque accidit vt etiam is qui dominus nominis non est, exigendi tamen nominis ius habeat alieno nomine vt cernere est in tutore, curatore, procuratore, magistratu aliísque huiusmodi si qui sunt administratoribus, qui licèt domini non sint, dominorum tamen loco habentur *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor. l. vero procuratori 12. infra de solut.* ad hunc demum casum accommodanda est quæstio huius legis de periculo nominis, vt scilicet ad eum quoque pertinere debeat qui non est dominus, si culpa ei aliqua & negligentia imputari possit, propter quam deterius nomen factum sit. Petenda itaque sunt exempla huius legis ex iis locis quos Accursius congerit, id est, ex *d. l. litis 36. §. si pecunia sup. de negot. gest. l. si tutor 15. l. chirographis 57. infr. de admin. tutor. l. 2. & l. quicquid 7. C. arbitr. tutel.* Sanè quod ille adfert ex *l. id quod 19 §. vlt. infr. de pecun. constit. l. si remunerandi 6. §. apud Iulianum.* minus ad hanc legem pertinet, sicut & quod ille disputat de pluribus tutoribus aut magistratibus quando & quo ordine conueniendis ex *l. 2. & vlt. C. quo quisq. ordin. conuen. lib. 11. Tit. 35. & l. 2. C. de suscept. præpos. & arcar. lib. 10. Tit. 70. de quo in l. vlt. §. Imperatores infr. ad municip.* Illud notatu dignum est eum qui in alium transferre vult periculum nominis, ob ipsius culpam & negligentiam probare debere idonea ab initio fuisse nomina *d. l. 2. vbi Accurs. C. arbitr. tut.*

36. IAVOLENVS libro 1. Epistularum.

PEcuniam, quam mihi sine condicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione. cum pendente condicione, in eo statu sit obligatio tua aduersus me, tamquàm sub contrariam condicionem eam mihi spopondisti: si pendente condicione petam, an nihil acturus sum? Respondit: Non dubito: quia mea pecunia, quam ipse sine condicione stipulatus sum, etiam si condicio in persona Attij, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneat: perinde est enim, ac si nulla stipulatio interuenisset: pendente autem causa condicionis, idem petere non possum: quoniam cùm incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.

Ad l. Pecuniam 36.

RAT. DVB. Cùm pecuniam quam mihi sine condicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione, facta delegatio est ac proinde nouatio. Est enim delegatio species nouationis & quidem omnium certissima & euidentissima *l. delegare 11. in princip. & § 1. infr. de nouat.* Et in qua non distinguitur, vt aliàs distingui solet, an animus nouandi intercesserit necne, ne quidem post *l vlt. C. de nouat.* quia delegatio nunquam fieri potest sine nouatione vt diximus ad *l. si & me 32. supra hoc titul*

Ergo tollitur ipso iure prima obligatio quæ fuerat pura. Quid enim aliud nouatio est, quã prioris obligationis peremptio,& in sequentem transfusio *l.1. eo.tit.de nouat.* Aut saltem dicendum est priorem obligationem ex pura factam fuisse condicionalẽ quasi in eo statu sit obligatio tua aduersus me acsi eandem pecuniã quam Attio sub condicione promisisti sub contraria condicione mihi spopondisses, vt de legato puro adempto sub condicione scriptum est in *l.legata 14.inf.de alim.legat.l.aliquando 107.in fin. de cond.& demonst.* Consequens igitur est vt etiamsi posterioris stipulationis condicio deficiat,ex priore tamen agi nunquam possit, non magis quàm pendente adhuc condicione, cum obligatio semel extincta,nunquam reuiuiscat *l qui res 98.§. aream de solut.* Alioqui si neque nouatio vlla per posteriorem stipulationẽ facta intelligitur neque prior stipulatio facta esse condicionalis ex pura dicendum erit etiã pendente adhuc condicione agi posse ex prima stipulatione,perinde acsi secũda stipulatio nulla fuisset interposita, cùm pendẽte condicione nulla possit esse vis stipulationis non modò ad agendum sed ne quidem ad inducendam obligationem, quia ante condicionis euentum dies neque cessit neque venit *l.cedere diem 213.de verb.sign.* In quo refert an sub condicione sit concepta stipulatio, an in diem certum,quia licet hoc quoque casu agi ante diem non possit,quia dies nondum venit, iam tamen cessit *d. l.cedere diem.* Nec iam nihil agit,quàm malè agit qui ante diem petit. Cùm tamen is qui ante diem cedẽtem petit,non tam malè agat quàm nihil agat *l. vnic. in fi.sup.quand. dies vsusfr. legat.ced.l.stipulatio ista 38.§.inter incertam vers.f de verb.obl.* DEC. Non potest fieri nouatio puræ obligationis per condicionalem subsequentem nisi tum demum cùm posterioris condicio extiterit *l.si Stichum 8.§.1 l.quoties 14.infr. de nouat.* Oportet enim sequentem stipulationem aliquam esse ex qua nascatur obligatio vt in eam prior transfundi possit: Quæ nouationis natura & diffinitio est vt diximus ex *d l 1.de nouat.* Atqui ex stipulatione condicionali, nulla ante condicionis euentum nascitur obligatio vt proximè probauimus. Ergo dicendum est si posterioris condicionalisque stipulationis condicio defecerit, fatendum est manere & obligationem & consequenter actionem ex priore pura stipulatione integrã, vt ex ea perinde agi possit acsi condicionalis stipulatio nulla intercessisset. Nam nec vlla intercessisse intelligitur,cùm tandem condicio defecit *l.necessario 8.infr.de peric.& commod. rei vendit.* Nec tamen ideo consequens est vt antequàm posterioris stipulationis condicio defecerit, agi ex priore possit,quia sufficit in eo statu rem esse propter posteriorem stipulationem, vt possit pura obligatio tolli, adeóque iam inde ex die condicionalis stipulationis sublata intelligi quandocunque contingat existere condicionẽ,cùm eo demum casu & tempore futurum sit vt appareat factam ab initio nouationem, quia & posterioris stipulationis existens condicio facit vt ipsa quoque posterior stipulatio fuisse videatur *l.potior 11.§.1. inf. Qui potior.in pignor.hab.* quo casu non dubitaretur, quin per posteriorem stipulationẽ nouata prior æquè pura statim,& ab initio fuisset. Proinde si ante condicionis euentum agam malè ago, non quia dies nondum cesserit,quod esset si agerẽ ex stipulatione condicionali ante condicionem existẽtem,nec rursum quasi dies cesserit quidem sed nondum venerit,quomodo si agerem ex stipulatione concepta in diem certum [habeo enim obligationem, adeoque actionem iam natam & ipso iure competentem ex priore,eademque pura stipulatione, quæ nondum nouata fuit,] sed quia perinde agere ante tempus videor acsi dies obligationis nondum venisset, propter dubium & incertum condicionis, quæ facit in ea causa esse puram obligationem, vt inuito posteriore stipulatore ius posterioris stipulationis,& spes nouationis quæ ex ea potest contingere, extingui non possit: quomodo ratiocinatur Vlpianus in *l. qui balneum 9.infra qui potior. in pignor. hab.* Tractamus enim de condicione casuali, cuius euentus ex casu pendeat aut in totum aut ex parte non de promiscua,& vt nostri loquuntur,potestatiua, quæ sit in arbitrio & potestate stipulatoris aut promissoris. cuius & in aliis plerisque diuersa condicio esse solet, vt diximus *ad l. qui pecuniam 30.supr.* vt scilicet non tam facilè retrotrahatur ad tempus interpositæ stipulationis. Sed ei distinctioni locus est, cùm agitur de retroagendo effectu condicionis ad tempus interpositæ stipulationis in præiudicium iuris medio tempore quæsiti alteri vt in specie *l.1.eod.ill. tit. qui potior.in pignor.hab.* quod hîc non contingit. Res enim tota inter me & te, & Attium agitur, nulla tertij alterius interueniente persona. Ex his porrò intelligimus, ipso quidem iure, actionem mihi competere ex prima stipulatione, etiam pendente posterioris condicione, sed tamen summouendum esse me exceptione pluris petitionis: qua & alius quilibet summoueri potest qui plus petit siue tempore siue re siue loco, siue causa *§. si quis agens & §. plus autem Institut. de action. & tot.tit. Codice de plur.petit.* Sicque intelligi debent postrema illa verba huius legis *Pendente autem causa condicionis, ideò* [sic enim legendum est non *idem*] *petere non possum, quoniam cùm incertum sit an ex ea stipulatione deberi possit ante tempus petere videor.* Quod cùm ita sit, appatet non esse verum quod ex epistola illius, qui Iauolenum consuluit initio legis scriptum est, pecuniam quam mihi debebas purè si promiseris Attio sub condicione *si nauis ex Asia venerit* non videri amplius mihi debitam, nisi sub contraria condicione *si nauis ex Asia non venerit.* In eoque nimirum decipiebatur consultor ille Iauoleni existimans puram stipulationem aut prorsus euanuisse aut ex pura factam esse condicionalem. Iauolenus verò subtiliter vtrumque negat. Et quidem manere stipulationem priorem puram, qualis ab initio fuit, nec aut nouatam aut in condicionalem transformatam esse, docet apertè, cùm ait pecuniam quam ego sine condicione à te stipulatus sum, etiamsi condicio in persona Attij qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, creditam esse permanere, id est, adhuc debitam ex priore illa, eaque pura stipulatione, cùm perinde esse debeat acsi posterior stipulatio condicionalis interuenisset quæ nec vlla interuenisse hoc casu intelligitur *dict. l. necessariò 8. infra de peric.& commod.rei vendit.* Sicut è contrario si condicio extitisset, stipulatio pura ab initio fuisse intelligeretur. At quoniam huic propositioni consequens esse videbatur, vt possem igitur etiam pendente condicione posterioris stipulationis agere ex prima tanquam manente pura nec nouata, subiicit Iauolenus nec hoc rursum dici posse, ideo quod pendente causa condicionis adiectæ in posteriore stipulatione incertum

certum sit an ex ea stipulatione cōdicionali & posteriore debebitur pecunia an ex pura priore. Itaque si antè agam, videor ante tempus petere, quasi suspensa vi & potestate prioris stipulationis per tacitam adiectionem non quidem condicionis contrariæ illi quæ in posteriore stipulatione fuit posita sed temporis, quo contingat deficere condicionem posterioris stipulationis. Quod quidem tempus cùm sit incertum faciatque condicionem aliquam d. §. *inter incertam iunct. l. dies incertus 75. de cond. & demonstr.* sed non ideo facit stipulationem ex pura condicionalem, nec suspendit natiuitatem vt ita dixerim obligationis, aut actionis, sed exactionem solam: quod non est nouum, vt constat *ex l. interdum 4. de verb. oblig.* pariterq ea res condictionē indebiti quamuis diuersum sit cùm eandem personam omnimodo debituram esse certum est, quod contingit cùm idē ille, qui purè debet, eandē pecuniā sub condicione nouandi animo promisit non etiā si diuersæ personæ proponantur eandem pecuniam & purè & sub condicione promisisse vt in specie huius legis. Quæ sententia & ratio est Pauli in *l. Iulianus verum debitorem 60. infra de condict. indeb.* quia proinde cum hoc loco benè consentit. Denique non tam condicione quàm mora prior illa obligatio suspenditur, vt de legato puro scriptum est in specie *l. heres meus 101. de condit. & demonstr.* nec absurdum est obligationem etiam putari in pendenti esse, vt in *l. non enim 57. cum l. praeced. l. fideiussor 50. infra de iur. dot. l. quod Seruius 8. infr. de condict. caus. dat.* Adeò autem verum est in hac specie nullam fieri nouationem prioris obligationis puræ per posteriorem condicionalem, vt neque exceptio pacti de non petendo tibi accommodanda sit, si pergam agere ex prima stipulatione post defectam prioris condicionem *l. in personam 30. §. vlt. supra de pact.* quamuis facilius sit vt inducatur pactum de non petendo, quod potest etiam taci tum esse *l. eod. tit.* quàm delegatio, quæ non nisi per expressam stipulationem fieri potest, maioresque proinde requirit solemnitates. Nimirum stipulatio nouandi animo interposita sub condicione, sicuti deficiente condicione non nouat quia euanescit, ita nec vim pacti de non petendo habere potest, vt nec alia quælibet stipulatio inutilis *l. 1. § si quis ita de verborum obligationibus & l. . §. eum qui infra de constit. pecun.* Nisi cum acceptilatio facta est *l. si vnus 27. §. pen. sup. de pact. l. an inutilis 8. infra de acceptilat.* Alia & omnino diuersa species est quam Paulus tractat in *l. purè 5. in princip. infra de doli mal. except.* si cùm purè mihi centum deberes ego eadem centum legauerim tibi sub condicione. Hoc enim casu potest heres meus interim pendente condicione petere à te centum, nempe quia legatum non facit quominus verum sit deberi ea purè, cùm non fuerint tibi legata nisi sub condicione quæ potest deficere vt Paulus ait. Nec quod etiam possit existere facit vt dolo malo petere videatur heres meus cùm petit pendente condicione, quia quod pendet non pro eo est quasi sit vt habet iuris regula *l. is damnum dat 169. §. 1. de regul. iur.* Satisque consultum tibi est in eo, quod heres meus cogitur tibi cauere legati huius condicionalis nomine ex edicto prætoris *vt legat. seu fideicommiss. seruand. caus. caueat.* scilicet de condicionali legato soluendo eueniente quandocunque condicione: Quā cautionem si præstare heres meus nolit tum demum incipiet posse repelli exceptione doli mali agens contra te ex stipulatione pura, quoniam incipit iam tua interesse, cùm existente condicione futurum tibi esset commodius retinere summam à te debitam eandemque tibi legatam quàm mitti in possessionem rerum hereditariarum ex alia parte Edicti *Vt in possess. legat. seu fideicomm. seruand. caus. ess. lic.* ob non præstitam satisdationem, quæ si præstita esset, nihil omnino tua interesset: Aut si vigere velles, adhuc tua interesse non soluere potius quàm solutum repetere *l. 3. infra de compensat. l. si stipulatus 15. infra de fideiuss.* nulla tamen huius rei ratio haberi posset, quia nec compensari potest id quod purè iam debetur cum eo quod sub condicione, quę possit adhuc deficere & qua pendente verum est nihil adhuc deberi *l. si cui 42. de oblig. & act. iunct. dict. l. cedere diem 213. de verborum signific.* Nihil enim debetur legatario condicionali præter satisdationem. Nec quod tibi legata sit sub condicione pecunia, quam purè debebas facit vt eo minus certum sit te purè debere, & quidem ex stipulatione, cum qua nihil commune habet legatum quod fit ad tuam liberationem non vt ex eo obligeris. Et hæc Pauli sententia & ratio est in *dict. l. purè.* At in huius legis specie cùm pecuniam mihi purè debitam promittis purè sine alio iussu meo, siue etiam meo sub condicione animo nouandi, omnia sunt dissimilia. Etsi enim prior stipulatio & ab initio pura fuit & ex postfacto, id est etiam post interpositam stipulationem condicionalem pura remanet, incertum tamen est quandiu condicio pendet, ex qua stipulatione futurum tādem sit, vt pecunia debeatur an ex prima, an ex secunda vt hic Iauolenus scribit, & Paulus in *d. l. Iulianus 60. §. 1. de cond. indeb.* ideoque nec vlla doli mali exceptione opus est, cùm ante tempus malè agatur, & causa cadat quisquis malè agit, & tempore plus petit *d. §. si quis agens.* Inspecto scilicet iure vetere quod ante Zenonis & Iustiniani constitutiones obtinebat, quæ sunt sub *Tit. C. de plur. petit.* Quamuis diuersum esset si quis ageret ex contractu condicionali: Tunc enim non tam malè quàm nihil agebatur *l. bouem 43. § si sub condicione inf. de adilit. edict. l. vnic. in fi. sup. quand. dies vsusfr. legat. ced. non solùm autem 7. § vlt. infr. de liber. l. legat. § pen. Inst. de except.* Qua ratione libentius item in sententiam Gulielmi de Cuneo veteris glossatoris, qui negabat duplicari hodie hoc casu inducias ex Zenonis & Iustiniani constitutionibus quæ certè non ad alium casum pertinent quàm quo agatur ante tempus certum & in vicem iacturæ litis quàm olim malè agens incurrebat, nisi viderem aliud constitutum esse in *cap. 1. ad fin. Extr. de plur. petit.* Duplicabitur ergo tempus non præcedens sed sequens, id est quod fuit à die petitionis in euentum vsque condicionis, & duplicabitur tum demum cùm extiterit condicio vt benè Castrens. disputat *argu. l. aut damnum 8. §. quisquis inf. de pœn.*

37. PAPINIANVS libro 1. Definitionum.

CVm ad præsens tempus condicio confertur, stipulatio non suspenditur: &, si condicio vera sit, stipulatio tenet: quamuis tenere contrahentes condicionem ignoret: veluti, si rex Parthorum viuit, centum millia dare spondes:

eadem sunt, & cùm in præteritum condicio confertur.

38. SCÆVOLA libro I. Quæstionum.

RESpiciendum enim esse, an quantum in natura hominum sit, possit sciri eam debitum iri.

39. PAPINIANVS libro I. Definitionum.

ITaque tunc potestatem condicionis obtinet cùm in futurum confertur.

Ad l. Cùm ad præsens 37. *& duas seq.* 38. 39.

Has tres leges coniunximus, quomodo & à cæteris interpretibus coniungi solent. Tractant enim de condicione, & condicionis potestate, nec nisi vnicam dubitandi & decidendi rationem admittunt. RATIO igitur *dubitandi* ex eo petēda est, quod de natura & essentia cuiuslibet condicionis est vt actum suspendat, cui adhibetur, alioqui nec condicio esse potest. Ergo condiciones quæ ad præsens, vel ad præteritum tempus referuntur vel condiciones dicendæ non sunt, vel fatendum est habere illas vim, vt loquuntur, suspensiuam. Scilicet quandiu nescitur an condicio, id est, materia condicionis, vt bene licèt aliis verbis Accursius explicat, vera sit an falsa. Dici enim solet, quod & verissimum est, non entium & non apparentium idem esse iudicium, adeò vt etiam ἀπάτορες dicantur qui patrem certum demōstrare nullum possunt, quamuis sine patre nasci nemo possit, ne is quidem, cui pater populus est § *si aduersus Instit. de nupt. l. duo sunt Titij* 30. *infr. de testam. tutel.* Quid verò interest an rex Parthorum viuat necne, quantum ad hoc vt condiciones istæ,

a *Si Rex Parthorum viuit, si rex Parthorum heri viuebat* veræ condiciones sint, suspendántque stipulationem quandiu nescitur an viuat hodie, aut heri vixerit? Inscientia enim nostra inspicienda est potiùs quàm ipsa rerum natura intuenda, apud quam certa sunt omnia etiam futura, vt Paulus loquitur ex Stoicorum sententia *in l. sed etsi* 28. §. *vlt. supr. de iudic. vbi diximus.* Parum ergo refert an condicio relata sit in tempus præsens aut in præteritum, an in futurum, sed distinguendum tantùm est an sciuerint contrahentes extitisse condicionem aut defecisse, an ignorauerint. Nam si sciuerint vtique fatendum est, neque esse neque dici condicionem posse quæ non solùm iam extiterit aut defecerit, sed etiam extitisse aut defecisse non ignoretur à contrahentibus, nec de hoc dubitandi causa vlla esse potest. DEC. Aliud est habere nomen condicionis, aliud verò vim naturam, & potestatem cōdicionis. Condiciones nomine sunt omnes eæ, quæ concipiuntur per articulum SI ad differentiam modi qui concipitur per VT *l. cùm ab eo* 41. *infra de contr. empt.* At vim & potestatem & naturam condicionum habent eæ solæ quæ actum cui adhibentur possunt suspendere: quod in iis demum obtinet, quæ possunt existere & non existere, & vt interpretes loquuntur quæ habent se indifferenter ad esse & non esse: Cuiusmodi esse non possunt condiciones, quæ sunt vel necessariæ, vel impossibiles. Quæ enim sunt necessariæ non possunt non esse, sicut impossibiles non possunt esse: cùm autem condicio concepta est de re quæ iam extiterit necessaria est, cùm non possit amplius non esse, quæ verò defecit, impossibile est vt sit, quia non potest ampliùs existere. Igitur condiciones solæ & propriè eæ sunt quæ in futurum tempus conferuntur, quoniam futura incerta sunt non solùm apud nos sed etiam apud ipsam rerum naturam. Hactenus saltem etiam secūdum Stoicos vt nec à nobis nec à quoquam homine sciri possint, ideoque inspecta saltem humana inscientia non possunt non esse incerta *dict. l. sed etsi* 28. §. *vlt. de Iudic.* Sed præsentia & præterita omnia sunt certissima per rerum naturam nec tantum apud naturam ipsam siue naturantem intelligas, siue naturatam vt Accursius loquitur, sed etiam apud homines, licèt à contrahentibus ipsis ignorentur. Nec enim contrahentium inscientiam oportet inspici sed humanam quæ in rebus præteritis aut præsentibus nulla esse potest, quæ enim ab initio fuerunt contingentia, ex postfacto, id est, vbi contigerunt, fiunt necessaria: idem quod in his legibus scriptum est *in l. condicio in præteritum* 100. *l. si ita stipulatus fuero, hanc summam* 120. *infra de verb. oblig.* §. *condiciones Instit. eod. l.* 3. §. *si patronus vers. si tamen de bon. libert.* Malè tamen Accursius in hanc rem adfert quod Paulus ait in *l. interdum* 73. *in princip. de verb. oblig.* Ibi enim non de stipulatione condicionali agitur, nec de condicione collata in tempus præsens aut præteritum aut futurum sed de pura stipulatione quæ dilationem capit ex re ipsa, id est, ex materia stipulationis sumpta ex eo quod futurū est. Planè probat optimè is locus, futura omnia esse adeò incerta, vt si in stipulationem, etiam purā collatum sit aliquid, quod pendeat ex futuro, stipulatio hoc ipso non quidem pura esse desinat, nec fiat condicionalis, sed tamen accipiat dilationem ex re ipsa: quæ dilatio licèt non sit condicio, quia neque obligationis, neque actionis natiuitatem suspendat, suspendit tamen exercitium, atque ita impedit effectum puræ stipulationis vt non magis ex ea agi possit quàm si esset condicionalis; quod ad condicionis naturam proximè accedit. Nā nec valde referre solet an quis debitor non sit an conueniri nondum possit *l. Fulcinius* 7. §. *si in diem quib. ex caus. in poss. eat.*

40. PAVLVS lib. I Quæstionum.

LEcta est in auditorio Æmilij Papiniani præfecti prætorio, Iurisconsulti, cautio huiusmodi: *Lucius Titius scripsi me accepisse à Publio Mæuio quindecim mutua numerata mihi de domo. & hæc quindecim proba rectè dari* Kalendis *futuris, stipulatus est Publius Mæuius, spopondi ego Lucius Titius. Si ea die suprascripta summa Publio Mæuio,*

Mæuio, eiue ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satísve eo nomine factum non erit: tunc eo amplius, quo post soluam, pœnæ nomine, in dies triginta, inque denarios centenos denarios singulos dari, stipulatus est Publius Mæuius, spopondi ego Lucius Titius, conuenítque inter nos, vti pro Mæuio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summâ ei, heredíve eius. Quæsitum est de obligatione vsurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta incontinenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quo ad tardius soluta esset, vsuras adiecisset: igitur, finito primo mense, primæ pensionis vsuras currere: & similiter post secundum, & tertium tractum vsuras non solutæ pecuniæ pensionis crescere: nec autem sortis non solutæ vsuras peti posse, quàm ipsa sors peti potuerat. Pactum autem, quod subiectum est, quidam dicebant [a] ad sortis solutionem tantùm pertinere, non etiam ad vsurarum, quæ priore parte simpliciter in stipulationem venissent: pactúmque id tantùm ad exceptionem prodesse: & ideo, non soluta pecunia statutis pensionibus, ex die stipulationis vsuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Sed cùm sortis petitio dilata sit, consequens est, vt etiam vsuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant: &, si (vt ille putabat) ad exceptionem tantùm prodesset pactum, (quamuis sententia diuersa obtinuerit) tamen vsurarum obligatio ipso iure non committeretur, non enim in mora est is, à quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Sed (si) quantitatem, quæ medio tempore colligitur, stipulamur, cùm conditio exstiterit, sicut est in fructibus, idem & in vsuris potest exprimi: vt ad diem non soluta pecunia, quo competit vsurarum nomine, ex die interpositæ stipulationis præstetur.

Ad l. Lecta 40.

[a] Suaues certè sunt interpretes quibus solemne est dicere legem hanc sæpius lectam esse, sed numquam intellectam, nihil enim facilius est quàm videre quid Paulus sentiat, & quam rationem Pauli sententia habeat. Proponuntur in hac lege tres conuentiones & ex iis duæ priores factæ per stipulationem, tertia verò per pactum nudum. Prima de tota sorte, quæ erat quindecim millium soluenda Calendis futuris, id est, proximis vt *in l. eum qui Calendis* 41. *infr. de verb. oblig. probat*, id est, in nummis non reprobis vt benè explicat *Accurs. ex l. eleganter* 24. §. *qui reprobos de pign. act.* Secunda de vsuris totius sortis ita soluendis vt si non ad dictam diē tota sors solueretur: in singulos centenos aureos singuli denarij singulis mensibus, id est, in dies triginta [sic enim legēdum est vt Florentiæ, non vt vulgò *in dies vigintiquinque*] præstarentur, quæ vsura est duodecima & cētesimā quâ maior nulla erat legitima extra nauticam, de qua in *Tit. de nautic. fœnor.* Tertia verò de solutione totius sortis in singulos menses per trecentos aureos diuidenda, nec vlla facta vsurarum mentione. Hinc nimirum dubitatio de vsuris quibus, & quomodo computandis. Nam cùm debitor neque in Calendis proximis, vt ferebat prima stipulatio, neque in toto sequenti tempore quod pacto nudo comprehensum erat. quicquam soluisset, nec ex sorte, nec ex vsuris, quærebatur quantum vsurarum nomine deberet, & an totius sortis vsuræ computandæ essent ex die primarum Calendarum, ob non solutam ea die sortem, vt secunda stipulatione continebatur, an verò ex singulis mensibus præteritis vsuræ trecentorum duntaxat denariorum qui ex pacto incontinenti apposito solui eo mense debuissent. Pro prima parte mouebat quod ita stipulatio concepta erat disertis verbis ita vt nullus dubitationi locus relictus videretur, quamuis pacto incontinenti apposito de sorte aliis diebus soluenda conuenisset, tum quia pacta incontinenti apposita [id est antequam contrahentes ad alia negotia diuerterint *l. duos* 6. §. *vlt. inf. de duob. reis l. continuus* 137. *de verb. oblig. l. heredes palam* 21. § *vlt. qui testam facer. poss.*] non aliis contractibus inesse soleant ad formandam actionem ex eo contractu, quàm qui sint bonæ fidei, nec aliis iudiciis quàm quæ sint etiam bonæ fidei *l. iuris gentium* 7. §. *quinimò* & §. *adeò* vbi latè diximus *sup. de pact. l. in bona fidei* 13. *C. eod. tit.* Tum etiam quia in pacto incontinenti apposito de quo quærimus, nihil dictum est de vsuris, de quibus proinde seruandum videbatur, quod stipulatione cautum erat de totius sortis vsuris ex die primarum Calendarum soluendis, acsi pactum nullum esset subsecutum, Præsertim verò cùm non soleant pacta incontinenti post contractum stricti iuris, qualis stipulatio est adhibita prodesse nisi ad exceptionem *d. §. quinimò* & § *adeò*. nec proinde possint impedire vim & potestatem stipulationis vsurariæ, quominus non soluta sorte ne quidem iis diebus quibus ex pacto solui debuerat, totius sortis vsuræ ex diē primarum Calendarum per stipulationem debeantur. Atque hæc Vlpiani nostri videtur fuisse sententia. Fuit enim cùm Paulo adsessor in auditorio Æmilij Papiniani, eumque perstringit haud dubiè

Paulus non Papinianum vt vult Cuiac. [argumento nescio cur ducto *ex l. 3. de separat. qua* Papiniani quidem est verùm ad hunc tractatum nil pertinet] sed modestè vt par fuit, tacito eius nomine in illis verbis *Pactum autem quod subiectum est, quidam dicebat* [sic enim legendum est non vt vulgo *dicebant*, vt sequentia demonstrant *vt ille putabat.*] Nam & illā Vlpiani sententiam non obscurè expressam legimus *in dict. § quinimò*, vbi cur de pactis incontinenti post bonæ fidei contractum appositis locutus fuisset, si idem de pactis post stricti iuris contractum adhibitis existimasset? Cur de iudiciis & actionibus bonæ fidei per pactum incontinenti appositum informandis & reformandis, si non aliud in iudiciis & actionibus strictis sensisset? Paulus tamen cui solemne fuit, nec cum Vlpiano, nec cum aliis facilè consentire, contrà putat, nimirum pacta incontinenti post stipulationem facta etiam stipulationi inesse: quamuis stipulatio sit contractus stricti iuris, si quis vsquam alius, neque ad exceptionem tantùm hoc pactum de quo quæritur prodesse debere, sed etiam ad actionem quæ ex vsurarum stipulatione nascitur, informandam, vt in proposita specie, id est, interposita stipulatione vt si Calendis proximis tota sors soluta non esset aut aliter eo nomine satisfactum, tunc pœnæ nomine in singulos menses & in centenos denarios singuli denarij penderentur, deinde secuto statim pacto de trecentis denariis ex omni summa sortis vnoquoque mense soluendis, perinde esse debeat, ac si creditor per singulos menses certam pecuniam, id est, trecentos denarios stipulatus, adiecisset vsuras eius quantitatis quæ tardiùs soluta esset, & quoad tardiùs esset soluta aut quo tardiùs, vt mauult legere Cuiacius *ex l. vlt. infr. de re iudicat.* Ex quo infert Paulus, finito primo mense quo trecenti denarij solui debuerant, primæ pensionis duntaxat vsuras currere ... secundæ aut tertiæ & similiter post secundum mensem secundæ pensionis quæ aliorum fuerat trecentorum denariorum: Itémque post tertium tractum, vsuras quoque eius non solutæ pecuniæ quæ solui debuerat, crescere: cæterùm non ante vsuras peti aut deberi posse non solutæ sortis, quàm sors ipsa peti potuerit ac solui debuerit, vt dilatio quæ per pactum incontinenti appositum sorti soluendæ data est contrà quàm prima stipulatione cautum fuerat, ad vsuras quoque pertineat per tacitam quandam consequentiam, vt nec tam citò deberi ac peti possint, quàm potuissent si vsurarum stipulation pactum illud incontinenti subiectum non fuisset. Itaque cùm alias ius ita comparatum sit, vt stipulatio non nisi per stipulationem elidatur ipso iure, per pactum verò posterius ne quidem pactum prius quod multo infirmius est nisi ope exceptionis, quia in stipulationibus ius, in pactis autem factum versatur, vt idem noster Paulus ait in *l. si vnus 27. § pactus ne peteret supra de pact.* Hîc tamen contrà euenit vt stipulatio ipsa per pactum tollatur, si non in totum, saltem ex parte, & ita reformetur vt noua quodammodo stipulatio contracta esse videatur vt in *d. § adeò d. l. iuris gentium sup. eod. tit. de pact.* Nempe quia pactum hoc vt diximus inest stipulationi ipso iure etiam ex parte actoris & stipulatoris, ac proinde parit formátque actionem, quod alioqui non prodesset nisi ad exceptionem si ex rei tantùm parte inesset, vt Vlpianus existimabat. Diuersam enim sententiam obtinuisse ait Paulus, id est, non sibi tantùm sed etiam Papiniano placuisse. Sed tamen progreditur Paulus vlterius, & admisso quoque eo quod Vlpianus putabat, Paulus verò negat, vt pactum hoc de sorte per pensiones menstruas soluenda non insit nisi ex parte rei, nec prosit nisi ad exceptionem, probat tamen & quidem optima ac concludenti ratione, fieri non posse vt ex stipulatione vsurarum debeantur vsuræ totius sortis ex die primarum Calendarum. Quia, inquit, cùm vsuræ in proposito casu promissæ sint pœnæ nomine, vt habent verba stipulationis, id est, in pœnam moræ, quæ in sorte suo tempore soluenda committeretur, vt deberi regulariter solent *l. cùm quidam 17. § si pupilla infr. de vsur. l. Titia Seio 87. § vsuras de legat. 2.* Certum est nullam potuisse per debitorem contrahi moram nisi quatenus sortem soluisset tardiùs quàm debuisset. Id enim faciunt verba illa stipulationis *tunc eo ampliùs quo post soluam, pœna nomine.* Porrò quemadmodum mora nulla contrahi intelligitur vbi nulla petitio actióve est vt habet iuris regula *l. nulla 88. de regul. iur. l. si pupillus 127. de verb. obligat. l. non solum 8. § illud videndum de liber. legat. l. Lucius 24. in fin. infr. depos.* Ita neque cum actio aliqua quidem competit, sed eiusmodi tamen quæ per iustam exceptionem aliquam elidi possit. Nam vt est in alia iuris regula: Nihil interest si effectum rei spectes, an ipso iure quis actionem non habeat an ea per exceptionem infirmetur *l. nihil interest 112. iunct. l. non videtur 13 l. Marcellus 66. de reg. iur.* Inanis enim est actio quæ per exceptionem elidi potest *l. quamuis 8. § Marcellus infr. ad SC. Velleian. l. sciendum 21. infr. de vsur. l. penult. de cond. ob turp. caus. l. si dari 25. de verb. oblig.* Atqui exceptio nulla iustior est quàm quæ ex pacto conuento nascitur, si modò pactum illud neque contra leges neque contra bonos mores interpositum sit *l. 1. d. l. iuris gentium 7. § ait Prætor de pact.* Cùm igitur in proposita specie habuerit debitor exceptionem pacti ne ex stipulatione sortis totius soluendæ proximis Calendis conueniri potuerit ad totius sortis solutionem, sed tantùm trecentos denarios singulis mensibus soluere debuerit, consequens omnino est vt nec moram contrahere potuerit nisi in trecentis denariis per singulos menses soluendis si eos suo tempore non solueret. Nec proinde vsuras maioris quantitatis propter moram & pœnæ nomine debuerit, quàm eius in cuius solutione per singulos mēses cessasset, non magis, quàm si ad diem pecuniam obtulisset & creditor accipere noluisset vt in *l. Celsus 2. § vlt. sup. de recept. Qui arbitr. recep.* Quid? inquies, nónne potest vtraque conuentio subsistere, & ea quæ in stipulationem de vsuris deducta est, & ea quæ in pactum incontinenti appositum? Vt scilicet sors quæ ex prima stipulatione solui in Calendis proximis tota debuerat, soluatur ex pacto diuisis per singulos menses pensionibus, nec eo minus tamen totius sortis vsuræ ex die primarum Calendarum præstari debeant, quasi promissis ab initio integris & totius quantitatis sub ea condicione si suis diebus sors non solueretur. Potest sanè ita fieri si ea contrahentium voluntas fuit. Non minus enim possunt in conuentionem deduci sub condicione vsuræ futuri temporis, quàm fructus qui nondum percepti sunt [nam & aliàs solet eadem esse ratio fructuum & vsurarum quia vsuræ vicem fructuum obtinent *l. vsuræ 34. infra de vsur. l. 3. de vsufruct. ear. rer. quæ vsu consum.*] Vt quandocunque nati & percepti erunt tunc debeantur ex die interpositæ stipulationis siue expressa fuerit condicio siue tacita *l. huiusmodi 64. l. interdum 73. infra de verb. obligat.*

Maximè

Maximè adiecto articulo *tunc* quo denotatur extremitas temporis *l. 4. §. 1. de condic. & demonstr. l. in substitutione 33. in fin. de vulg. & pup. subsit.* Neque enim deberentur eo casu vsuræ propter moram sed propter conuentionem: quod cùm accidit non inspicimus an mora aliqua contracta sit, sed tantùm an & quomodo vsuræ promissæ sint *l. qui Romæ 122. eod. tit.* de cuius sententia scripsimus *lib. 1. Conìect. cap. 1.* dum ne duplices vsuræ pro eodem tempore præstentur, quod certè numquàm ferendum est *d. l. cùm quidam 17. in princip. de vsur.* Non magis quàm vt vsura vsuræ præstetur *l. si non sortem 26. in princip. infra de condict. indeb. l. vlt. C. de vsur.* At in proposita specie nihil tale est. Fuerunt enim promissæ vsuræ solius sortis & quidem pœnæ nomine, & consequenter propter moram: quo casu habet locum ratio illa quam ex Paulo attulimus, quòd non priùs deberi possint quàm mora contracta sit, nec mora priùs contrahi, quàm tempus præterierit, quo sors peti cum effectu potuerit. Atque hæc perspicua & dilucida est totius legis huius explicatio, circa quam vix vlla potest difficultas incurrere, nisi in eo quod cum Paulo diximus, pactum incontinenti post stipulationem adhibitum inesse etiam stipulationi, quandoquidem certum est & stipulationem, vt iam diximus, esse contractum stricti iuris, & contractibus ac iudiciis stricti iuris pacta incontinenti facta non inesse ex parte actoris, si Bartolo & aliis interpretibus credimus, ad producendam aut formandam siue informandam actionem. Id enim proprium esse dicunt pactorum incontinenti adiectorum post contractum bonæ fidei *d. l. iuris gentium 7. §. quinimò & §. adeò supra de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eod.* Qua de causa non potest Castrensis concoquere, quod Bartolus & alij magis communiter putant, eam esse Pauli nostri sententiam, etiam in contractibus stricti iuris pacta *incontinenti* apposita inesse, vt nouam pariant actionem, & veterem informent. Id enim dici posset, inquit Castrensis, si pacto contineretur aliquid diuersum, quod priore contractu non contineretur, & quando apponitur pro actore. Secus verò si contineat illud idem, vel quando ponitur pro reo. Hîc autem pactum continet idem quod prima stipulatio, scilicet reddi sortem vel solui licèt in diuersis terminis, & ponitur pro reo vt habeat longiores terminos, non pro actore. Ergo, inquit, non debet actori proficere, vt actionem ei producat, aut veterem informet. Addit, pactum hoc venire ad destructionem stipulationis, in quantum per ipsum receditur à termino in stipulatione comprehenso: Ergo non debet ab illa robur recipere vt ab ea vestiatur ad nouam actionem producendam, nec etiam illi robur dare vt eam informet, cùm tendat in oppositum vt eam destruat. Denique si per pactum informaretur actio ex stipulatione, inquit Castrensis, sequeretur quòd actio ex ea competens daretur vt soluatur in proximis Calendis tota sors, itemque vt non soluatur tota sed singulis mensibus trecenta: quod tamen contradictorium est, & implicat. Itaque concludit in casu huius legis nec actionem nouam per pactum produci nec veterem informari, sed ipsam informari stipulationem, vt censeatur facta secundum terminos appositos in pacto. Quam sententiam mordicus defendit Cuiacius, eiusque vni cum authorem laudat Castrensem. Mihi verò videntur omnes Pauli sententiam non satis benè percipere. In eo primùm, quod ad omnes stricti iuris contractus porrigunt, id quod Paulus ait de sola stipulatione. Non enim ait Paulus pacta incontinenti facta inesse contractibus stricti iuris ex parte actoris ad formandum aut informandum contractum, quamuis generaliter dici soleat ea quæ incontinenti fiunt inesse videri *l. quoties 29. in princ. infra solut. matrim. l. si quis 5. vers. quod ita infra de incend. ruin. & naufrag. l. pen. in fi. Cod. de instit. & substit.* Sed duntaxat ait inesse stipulationi: cuius certè diuersa ratio est à cæteris contractibus stricti iuris, quia cum constet pactum ex verbis & consensu non minus quàm stipulatio, nec in alio differant quàm in animo stipulandi aut paciscendi *d. l. iuris gentium 7. §. quod ferè sup. de pact. l. 1. §. enim qui de rer. un. constit.* & in solemnitate verborum quam requirit stipulatio non etiam pactum, nihil impedit quominus pactum appositum incontinenti post stipulationem ita insit stipulationi vt quicquid in tale pactum deducitur, in stipulationem quoque deductum intelligatur. Quasi idem stipulandi animus qui ab initio fuit, durare adhuc videatur vt docuimus ad *d. § quinimò*. Neque sit hoc absurdum, etiamsi cum Accursio fingas in stipulationem deductum esse quid certum, in pactum autem quid incertum. Non magis quàm si eadem stipulatione qua promittis mihi centum, promittas etiam te iturum pro me Romam. Nempe cùm tot sint stipulationes quot sunt res *l. siue de l. centum 29. de verb. oblig.* nihil vetat in eandem verborum conceptionem deduci certum & incertum, & pro re certa dari condictionem certi ex stipulatione, pro incerta verò actionem ex stipulatu. At cùm credidi tibi centum hoc pacto incontinenti addito, vt pro me Romam eas, nemo dixerit pactum hoc quamuis incontinenti appositum ita inesse contractui vt condictionem certi quæ ex mutuo nascitur, informare possit & extendere ad id quod pacto est comprehensum. Strictæ enim actionis natura repugnat, tametsi nec possit negari quin pactum hoc inter contractum, eique det legem, ne alioqui decipiar, qui ob quod alias non fueram crediturus & contracturus, vnde est quod ex huiusmodi pacto actionem mihi dari æquum est, non minus quàm si appositum esset incontinenti post contractum bonæ fidei, at non actionem ex contractu ipso, id est, condictionem certi ex mutuo, sed præscriptis verbis *l. vlt. C. de rer. permut. l. legem 9. C. de donat.* Nam nec donatio de qua in dictis legibus agitur inter bonæ fidei contractus enumeratur *l. eum qui 22. infra de donat.* In mutuo autem æquè dari actionem ex pacto scriptum est *in l. frumenti 11. C. de vsur.* nec aliam quàm præscriptis verbis: cùm vltra id quod reuera numeratum est condictio certi ex numeratione nasci nulla possit *l. cùm vltra 9. C. de non numer. pecun. l. rogasti 11. §. si tibi*, vbi diximus *sup. hoc tit.* In eoque fatendum est diuersam esse rationem contractuum bonæ fidei, & contractuum stricti iuris, quoniam actio ex contractu bonæ fidei datur ad id omne quod pacto incontinenti apposito comprehensum est *dict. §. quinimò.* Quamuis non eo minus detur etiam ex pacto illo actio præscriptis verbis *l. 1. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ne alioqui ad illam actionem præscriptis verbis inducendam debilius videatur pactum quod incontinenti post contractum bonæ fidei adhibitum est, quàm quod post contractum stricti iuris. Nec rursus verum est quod vir doctissimus Iacobus Cuiacius ad hanc legem scripsit, & alibi sæpe. Pacta incontinenti post contractum stricti iuris apposita non inesse contractui ex parte actoris

quoque, sed tantùm ex parte rei. Nam imò verò insunt etiam ex parte actoris cùm nouam actionem pariant, id est, præscriptis verbis vt ostendimus, cùm si non inessent nisi ex parte rei vt ille putat non parerent nisi exceptionem sed & cùm nullam pariunt actionem nouam, quod contingit, quoties pactum incontinenti appositum est post stipulationem [quis enim vnquam dixit vel audiit ex stipulatione nasci vllo casu actionem Præscriptis verbis?] non eo minus tamen inest ex parte actoris, vt scilicet actori detur actio & condictio certi ex stipulatione, si stipulatio sit certi aut actio ex stipulatu si incerti ad hoc vt fiat id quod pacto promissum est, non solùm si pactum sit detrahens vt in hac lege sed etiam si adiiciens, puta si centum à te stipulatus sim hoc pacto incontinenti addito, vt pro me Romam eas sed & in specie huius legis, tametsi pactum incontinenti appositum respiciat fauorem debitoris, perinde tamen inest ex parte actoris, non vt aliquam ei præbeat actionem nec vt ei prosit, sed vt informet & transformet non modò stipulationem ipsam vt putat Castrensis, sed etiam actionem ipsam ex stipulatione competentem impediatque ne ex ea possit stipulator agere ad solutionem totius sortis ex die primarum Calendarum vt habebant verba stipulationis, sed cogatur agere ad diuisas pensiones trecentorum per menses singulos soluendorum. Quasi mutata & conuersa materia stipulationis in materiam pacti, solaque manente vi & potestate stipulationis ad petendum illud ipsum quod ex pacto peti posset, si ex pacto daretur actio. Inesse igitur pactum ex parte actoris non illud est semper quod plerique putant, proficere pactum actori aut ex eo dari actionem, quemadmodum nec inesse ex parte rei est semper dari reo exceptionem, sed inesse ipso iure ex parte actoris cùm dicimus, intelligimus formari actionem ex stipulatione per pactum, ita vt non ad aliud agere possit stipulator quàm ad id quod pacto continetur: Quo casu nulla reus indiget exceptione, qua vtique indigeret si pactum non inesset ex parte actoris, sed tantùm ex parte rei. In eoque errat sanè Cuiacius, existimans in specie huius legis posse stipulatorem finito primo mense in solidum agere ad totius sortis solutionem, sed conuentum debitorem posse tueri se potestate pacti tanquam quod insit stipulationi, nec teneri se ipso iure nisi in pensionem primam, quia pactum faciat partem stipulationis. Hoc enim si ita esset, constaret stipulatio ex partibus secum pugnantibus, perindeque esset acsi stipulatio sic concepta esset, vt debitor primis Calendis, & totam sortem & sola trecenta soluere cogeretur: quod absurdum vtique esset, & contradictorium. Ergo & illud quoque, vt ex huiusmodi stipulatione detur actio stipulatori ad totius sortis solutionem: vtve necessaria sit debitori exceptio pacti ad euitandam condemnationem, vt in *l. quæcunque 14. supra de Public. in rem act.* Quam nec necessariam esse fateri tandem Cuiacius cogitur: sed ita tamen vt semper velit tutum esse debitorem exceptione pacti, sed quę tamen non sit opponenda, sed insit iudicio stricto, ideoque suppleri possit & debeat per iudicem si modò pactum allegetur. Quod Accursius noster ita explicat vt quod hîc dicitur pactum inesse stipulationi ipso iure, suppleat subauditis his verbis *exceptionis vel æquitatis* quod est ridiculum. Nos verò negamus allegationem pacti vllam esse necessariam, & tacente quoque reo fieri nullomodo posse vt ex ea stipulatione detur actio in solidum stipulatori. Tantùm distat vt ex ea actione sequi possit vlla solidi condemnatio. Longèque diuersum est quod aliàs solemus dicere doli & pacti exceptiones ipso iure inesse bonæ fidei iudiciis. Id enim ad ea quoque pacta pertinet quæ ex interuallo adhibentur nec nisi exceptionem pariunt *l. pacta 72. de contr. emp. l. 3. de rescind. vendit. l. sed etsi 21. infra solut. matrim.* Et ideo pactum eo casu allegandum est vt & dolus non hîc. Nec vnquam certè illa fuit siue Vlpiani siue alterius quem Paulus reprehendit, quisquis ille fuerit, sententia, vt existimaret Calendis proximis totam sortem peti posse, in quo rursum vir doctissimus fallitur, sed tantùm vt diceret, non soluta primis Calendis pensione prima, totius sortis vsuras ex eo die deberi ob stipulationem secundam de vsuris interpositam de quibus nihil in pacto dictum fuisset. Quòd si è contrario per stipulationem placuisset solui sortem diuisis pensionibus, id est, trecentos aureos in singulos menses, mox autem per pactum incontinenti appositum solui totam sortem Calendis proximis, aut vt ponit Cuiacius, si conuenisset per stipulationem solui sortem totam Calendis proximis, per pactum verò solui eam intra triduum, æquè dicendum esset, posse totam sortem exigi ex stipulatione iuxta formam pacti, id est, priore casu in Calendis proximis. Posteriore verò intra triduum, quia pactum hoc æquè stipulationi inesset ex parte actoris, daretúrq; in eã rem stipulatori actio non ex pacto, vt malè putat Cuiacius, sed ex ipsa stipulatione tãquam per pactum informata & reformata. Nam nec diuersitatis ratio vlla reddi potest inter hos casus & eũ quẽ Paulus hîc tractat. Planè si pactum ex interuallo appositum sit, omnes consentiunt & verissimum est, non posse illud inesse ex parte actoris nec reo prodesse nisi ad exceptionẽ, quia & idem esset etiamsi bonæ fidei contractus præcessisset *d. l. 7. §. quinimò & seq. de pact.* Denique non puto fieri posse, vt pactum incontinenti appositum post contractum stricti iuris insit contractui ex parte rei & ipso iure quin etiam insit ex parte actoris. Sed quod præcipites egit omnes interpretes, præcipuè verò Cuiacium, illud est, quod differentiam quam attulimus inter stipulationem cæterósque contractus stricti iuris, non obseruarunt. Quæ tamen probatur etiam ex *l. si ita quis 135. §. Seia infra de verb. obligat.* vbi æquè tractatur de pacto incontinenti apposito post stipulationem, nec tamen dubitat Scæuola, quin per pactum illud ita informetur stipulatio ex parte quoque actoris, vt post tempus breuius quod pacto comprehensum erat, non patiatur agi posse ex stipulatione, quamuis verba stipulationis nullo tempore essent coangustata: nisi sub illa exceptione *si non multo post obtulisset*, vt intelligamus si oblationem antecesserit aliquod longius interuallum, non posse agi ex stipulatione. Idque ex forma pacti contra formam stipulationis, nimirum tanquam reformatæ & transformatæ per pactum: quod proinde vult Scæuola inesse stipulationi etiam ex parte actoris. Nam inesse pactum stipulationi ex parte actoris, nihil aliud meo iudicio est, quàm affici stipulationem & actionem ipsam ex stipulatione competentem, ita vt contra id quod pacto comprehensum est, non detur actio ex stipulatione siue pro stipulatore siue pro reo interpositum sit pactum incontinenti: neque ab hac sententia valde alienum est, quod Pomponius scribit in *l. nec ex prætorio 27. de regul. iur.* Actionum modum qui

vel

vel lege vel per Prætorem introductus est priuatorum pactionibus non infirmari nisi tunc, cùm inchoatur actio, inter eos conuenerit. Etsi enim hæc sententia tam ad bonæ fidei quàm ad stricti iuris contractus pertinet, vt Cuiacius obiicit, generalis tamen adeò est, vt non minùs ad stricti iuris quàm ad bonæ fidei contractus referenda sit,& pacta incontinenti apposita forment actionem ex contractu competentem, nec minus ex parte actoris quàm ex parte rei, si modò talis actio sit, cuius natura non repugnet, quomodo certè non repugnat natura actionis ex stipulatione aut ex stipulatu, quemadmodum ostendimus, sicuti nec repugnat natura condictionis certi ex mutuo, si ponas pactum incontinenti adiectum esse detrahens, puta si cùm decem tibi mutua datem conuenerit inter nos vt nouem tantùm debeas. Verum enim est te hoc casu non debiturum ipso iure, nisi nouem, *d. l. rogasti 11. §. si tibi supr. hoc tit.* Cur ita verò? Nisi quia pactum hoc inest contractui quantumuis stricto & format non modò contractum, sed actionem quoque ex contractu, id est, condictionem certi ex mutuo, quia cùm in eo quod plus est contineatur, id quoque quod minus est, tam facilè patitur natura condictionis, vt numeratis decem condicantur sola nouem, quàm vt tota decem, secus autem si pactum esset adiciens, id est, si numeratis decem conuenisset etiam incontinenti vt vndecim redderentur, natura enim condictionis quæ & stricta est, & ex numeratione nascitur, pati non potest vt vltra id quod reuera numeratum est, nascatur condictio *d. § si tibi, l. cùm vltra 9. C. de non numer. pecun. l. si tibi 17. supra de pact.* In eo siquidem quod plus est continetur quod minus est vt habet iuris regula *l. in eo 110. de regul. iur. non contra.* Planè pareret hoc pactum actionem præscriptis verbis, nisi obstaret odium vsurarum, quicquid reluctetur Cuiacius, vt ex eo constat, quod si de frumenti vel olei accessionibus tale pactum interpositum esset, daretur ex eo præscriptis verbis actio, vt iam probauimus ex *l. frumenti 12. l. oleo 27. C. de vsur. iunct. l. 3. eod. l. Titius 24. infra de præscript. verb.* Nempe quia incerti precij ratio facit vt frumenti vel olei & aliarum huiusmodi mercium accessiones fauorabiles existimentur. E contrario autem odiosæ vsuræ fœnebris pecuniæ, quoniam pecunia non modò sterilis res est & quæ aliam pecuniam gignere non potest, sed etiam habet certam & perpetuam æstimationem *l. 3. infr. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc.* Hactenus autem odiosæ sunt, vt ex pacto nudo quamuis incontinenti apposito deberi non possint, non etiam vt non ex stipulatione debeantur si promissæ sint: quod & in pœna obtinet, & aliis quibusdam rebus, quæ perinde sunt odiosæ, quod & Accursius noster hìc notat ex *l. quod si locus 11 sup. de religio.* vbi diximus *l. seruus ea lege 7. infr. de seru. export. l. auia 6. C. de iur. dot.* Finge itaque credidisse me tibi decem, eaque stipulatum esse de te ita, vt non iam ex causa mutui sed ex stipulatione debeantur iuxta *l. 5. §. 1. & l. 6. infra de nouat.* mox pacto incontinenti apposito conuenisse inter nos vt mihi vndecim redderes addito nummo vndecimo vsuræ nomine. Dico audacter quidem quia nemo fortassis ante me dixit, sed tamen indubitanter & verissimè, ni fallor, competituram tibi actionem ex stipulatione ad vndecim consequenda tanquam nummo vndecimo propter pactum quidem incontinenti appositum debito, at ex stipulatione non ex pacto. Quid enim obsecro impedit? Non certè ratio quam attulimus ex *d. l. si tibi 17. de pact.* quòd non possit re contrahi obligatio nisi quatenus datum est, non enim re contrahitur stipulatio, sed verbis sicut & pactum. Ideoque pacta omnia quæ incontinenti post stipulationem fiunt, perinde habenda sunt, ac si stipulationi ipsi inserta fuissent: quod & Cuiacius fateri cogitur ex *l. 4. §. vlt. eod. ill. tit. de pact.* Quod ipsum, quid aliud est, quàm inesse stipulationi ipso iure ex parte actoris? Inesse siquidem non illud tantùm est, prodesse actori ad producendam actionem vt diffinit Cuiacius, sed etiam prodesse reo ad impediendam actionis natiuitatem. Paris enim efficaciæ & potestatis est impedire ne qua ex stipulatione actio nascatur, quæ alioqui nasceretur si pactum nullum intercessisset, & actionem aliquam producere. Itaque quod diximus aliqua esse quæ non possunt deberi ex pacto, licet incontinenti post traditionem, adeoque post bonæ fidei contractum apposito, quæ tamen ex stipulatione debentur, non potest habere locum si eadem illa promissa sint per pactum incontinenti appositum post stipulationem: vt proinde possit verè dici pacta incontinenti post stipulationem facta, non solùm inesse stipulationi, vt in hac lege scriptum est, sed etiam potentiora esse quàm quæ incontinenti adhibentur etiam post contractum bonæ fidei, vt scilicet etiam nouandi vim habeant iure cuiusdam secundæ stipulationis quod alia pacta non faciunt etiam incontinenti post bonæ fidei contractum interposita *d. l. auia 6. C de iur. dot.* quod nescio an quisquam adhuc obseruauerit. Facilius enim est vt pactum stipulationi ex continenti additum degeneret in stipulationem quàm vt additum contractui emptionis degeneret in emptionem aut in alium contractum bonæ fidei. Neque id mirum videri debet, quia nullum obligationis vinculum stipulatione potentius est, & stipulatio ipsa quolibet alio contractu etiam bonæ fidei fortior est & firmior, licèt dici soleat tantumdem in bonæ fidei iudiciis posse officium iudicis, quantum in stipulatione potest nominatim eius rei facta interrogatio *l. quia tantundem 7. supra de negot. gest. l. quæro 54. infra locat.* Illud sanè Cuiacius post Castrensem benè notat, nihil ad hunc tractatum pertinere, quod scriptum est in *l. petens 27. C. de pact.* Ibi enim agitur, non de pacto incontinenti post stipulationem adiecto, sed de stipulatione interposita seruandi placiti causa siue stipulationem pactum præcesserit, siue subsecutum sit. Cætera quę ad hanc legem pluribus verbis tractant interpretes consulto prætermittimus tanquam à Pauli sensu aliena & ab huius loci interpretatione: sicut & quæ Cuiacius interserit de pactis ex interuallo appositis post contractum bonæ fidei. In quibus solet distingui an adiicientia sint an detrahentia *l. pacta conuenta 72. inf. de contr. empt.* Sed longè alio sensu quàm putet Cuiacius, vt ad eum locum dicemus & iam scripsimus in *Error. 7. Decad. 95. de error. pragmat. & interpr. iur.*

41. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

EIus, qui in prouincia Stichum seruum Kalendario præposuerat, Romæ testamentum recitatum est: quo idem Stichus liber, & ex parte heres erat scriptus, qui status sui ignarus, pecunias defuncti aut exegit, aut credidit: vt interdum stipularetur, & pignora acciperet. consulebatur, quid de his iuris esset? Placebat debitores quidem, qui ei soluissent, liberatos esse: si modò ipsi quoque dominum decessisse ignorassent. earum autem summarum nomine, quæ ad Stichum peruenissent, familiæ erciscundæ quidem actionem non competere cohæredibus, sed negociorum gestorum dari debere. Quas verò pecunias ipse credidisset [a]: eas non ex maiore parte, quàm ex qua ipse hæres esset, alienatas esse. Nam & si tibi in hoc dederim numos [b], vt eos Sticho credas: deinde mortuo me ignorans dederis: accipientis non facies. neque enim sicut illud receptum est, vt debitores soluentes ei liberentur: ita hoc quoque receptum, vt credendo numos alienet. Quare si nulla stipulatio interuenisset [c]: neque creditam pecuniam pro parte cohæredis peti posse, neque pignora teneri. Quod si stipulatus quoque esset [d]: referre, quemadmodum stipulatus esset. Nam si nominatim, fortè Titio domino suo [e] mortuo iam, dari stipulatus esset: procul dubio inutiliter esse stipulatum. quod si sibi dari stipulatus esset [f]: dicendum, hæreditati eum adquisiisse. sicut enim nobismetipsis ex re nostra per eos, qui liberi vel alieni serui bona fide seruiunt, adquiritur: ita hæreditati quoque ex re hæreditaria adquiri [g]. post aditam verò à cohæredibus hereditatem [h] non æquè idem dici potest: vtique si scierint eum sibi cohæredem datum: quoniam tunc non possent videri bonæ fidei possessores esse, qui nec possidendi animum haberent. Quod si proponatur, cohæredes eius id ignorasse [i] (quòd fortè ipsi quoque ex necessariis fuerint) potest adhuc idem responderi, quæ quidem casu illud euenturum [k]: vt si suæ conditionis cohæredes iste seruus habeat: inuicem bona fide seruire videantur.

Ad l. Eius qui in prouincia 41.

Hæc lex est de dispensatore, id est, de institore seruo, præposito Calendario exigendis scilicet pecuniis fœneratitiis, & credendis sub fœnore. Nam & dispensator institor est *l. 5. §. l in eum* 19. *§. vlt. infra de institor. act. l. tutorem* 37. *de administr. tutor.* licèt non omnis institor sit dispensator Est enim nomen institoris generale, dispensatoris speciale. Tractat autem hîc Africanus de dispensatore seruo, qui ignorans mortem domini sui, à quo fuerat manumissus testamento, & heres ex parte scriptus pecunias Calendarij & exegerat & crediderat, quasi negotium domini semper gerens quem adhuc viuere existimabat Duplex igitur quęstio est, vna de pecuniis ab eo exactis. Alia de creditis: de exactis quidē, na ei benè sint solutæ, ita vt per eiusmodi solutionem debitores liberati fuerint ipso iure, de creditis verò an sicuti numeratæ sunt ita factæ sint creditæ & alienatæ, vt earum dominium translatum sit in accipientem, iámque ex causa mutui debeantur. Ad primam quæstionem respondet Africanus, debitores liberatos esse, si modò ipsi quoque ignorassent dominum decessisse: Quod vtique intelligendum est pro coheredum portionibus non pro ea quæ ad seruum hunc iam liberum & ipso iure heredem iure hereditario pertinet. Nam cùm pro ea parte sit ille verus creditor tanquam veri creditoris heres, certum est solutionem vero creditori factam ipso iure & indistinctè parere liberationem sicut & si solutio facta esset vero procuratori *l. vero procuratori* 12. *infra de solut. l. si quis infitiatus* 13. *infr. depos. l. creditoris* 8. *Cod. de condict. indeb.* Sed pro coheredum portionibus, qui sunt veri creditores, cùm sit veram solutionem factam esse alij quàm vero creditori difficilius est vt ex ea solutione acquiratur liberatio, quamuis solutio facta sit bona fide: Non enim sufficit bona fides soluentis existimantis eum qui solutionem accipit habere mandatum si reuera nullum habeat *l. qui hominem* 34. *§. si nullo de solut.* nec si facta sit solutio coniunctæ personæ cui permittitur interdum agere sine mandato *§. si gener. ead. leg. iunct. l. sed & hæ persona* 35 *supra de procurat.* quia ea res non facit illos procuratores *l. 3. §. sed etsi fortè infr. Rat. rem haber.* Et nimia credulitas illa dicenda est quę multum distat à bona fide, semperque imputatur ei qui nimis fuit credulus *l. 1. §. dolum supr. de eo per quem fact. erit non autem alteri l. 3. §. sed si sic accepit infra de in rem vers.* Nisi pecunia tandem peruenerit ad verum creditorem *d. l. qui hominem §. si prædo l. si quid possessor* 31 *§. vlt. sup. de hered. petit.* Aut quod effectu idem est nisi per creditorem, steterit quominus ad eum pecunia perueniret vt hîc Castrensis notat. At cùm præcessit

mandatum

mandatum aliquod, sed quod fuerit reuocatum, si solutio facta sit procuratori iam reuocato, & ab eo qui reuocationem ignorauit, negari non potest quin solutio facta sit bona fide cui factum ipsum creditoris causam dedit, ideóque prodesse debeat soluenti ad liberationem *dict. leg qui hominem §. si Titium & leg. cùm quis 38. §. si debitorem eod. tit.* Porrò nihil interest an mandatum reuocatum sit expressa voluntate, an morte, dum rebus adhuc integris. §. *rectè quoque & sequent. Instit. de mandat.* vbi additur vtilitatis causa receptum esse, si mortuo eo, qui tibi mandauerat, tu ignorans eum decessisse executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione ne alioqui iusta, & probabilis ignorantia te damno afficiat. Et hinc simile esse quod placuit, si debitores manumisso dispensatori per ignorantiam libero soluerint, liberari eos, cùm alioqui stricta iuris ratione non possent liberari, quoniam alij soluissent, quàm cui soluere debuerint. Nam & illud est quod Africanus hic scribit, Receptum esse, nimirum contra strictam iuris rationem vt debitores reuocato dispensatori per ignorantiam soluentes ipso iure liberentur: quomodo argumentatur etiam in *leg. qui negotia 34. infr. mandat.* Et ita debet accipi quod scriptum est in *leg. si seruus peculiari 32. de solut.* liberari debitores, vt scilicet liberentur ipso iure, nec tamen ex stricta & mera iuris ratione, sed tantùm ex æquitate, *Si modò ignorauerit creditorem mortuum esse*, vt ibidem addit Iulianus. Iusta enim & probabilis ignorantia illa est, quæ bonam fidem inducit *leg. si quis seruo 18. & sequent. eod. titul.* Ergo si debitores scientes hunc dispensatorem manumissum ei soluerint, non liberabuntur, quia non possunt videri bona fide soluisse qui scientes soluerunt, nisi fortè iustam quoque causam habuerit non credendi bona fide, vt scriptum est in *leg. 2. infrà quod fals. tutor. author.* Nam & bona fide non creditur interdum, sicut & creditur, vt diximus ad *leg. cùm fundus 31. §. seruum tuum supr. hoc titul.* Sed tamen huic sententiæ obstare valde creditur quod scriptum est in *leg. si quis mancipiis 17. §. si impubes vers. eius contractus infr. de instit. act.* Si impubes patri habenti institores heres extiterit, deinde cùm his contractum fuerit, in pupillum dandam esse actionem propter vtilitatem promiscui vsus quemadmodum si post mortem tutoris, cuius authoritate institor præpositus est, cum eo contrahatur: Deinde addit, *Eius certè contractus nomine qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi furiosus heres existat, dandam esse actionem etiam Pomponius scripsit.* Mox subiicit *Non enim imputandum est ei qui sciens dominum decessisse cum institore mercem exercente contraxit.* Mirum est, quantopere se torqueant interpretes in harum legum conciliatione. Et ipse quoque Cuiacius qui refutatis aliorum omnium opinionibus nec immeritò, constituit totam rationem differentiæ in vtilitate promiscui vsus, distinguítque institorem præpositum mercibus, & mercaturis faciendis à cæteris institoribus, quasi illius præpositio non finiatur, nec institoris officium, nisi remoueatur ille ab heredibus vel à tutoribus eorum vt in *l. sed si pupillus 11. in princip. eod. tit.* Sed malè meo iudicio. Nec enim vtilitas promiscui vsus tam fauorabilis esse potest, vt ob eam pupillus obligari debeat sine tutoris authoritate in fauorem eius qui cum institore mercem exercente sciens dominum decessisse, contraxerit. Cui enim possis aliquid imputare, si nihil imputandum est ei qui sciens dominum decessisse cum institore contraxit? Itaque fatendum est locum illum corruptum esse, & pro *sciens* legendum esse *nesciens* vt à nobis demonstratum est pluribus *libr. 2. Coniect. cap. 11.* Vnde petenda sunt, quæ hîc congerere possemus. Sequitur alia quæstio de pecuniis per dispensatorem hunc Stichum iam factum liberum creditis siue per numerationem, siue per stipulationem contraxerit. De qua incipit tractare Africanus ab illis verbis, *Quas verò pecunias ipse credidisset.* Sed quærit priùs, qua demùm actione coheredes Stichi possint ab eo repetere quod pro ipsorum portionibus hereditariis Sticho solutum fuit, an actione familiæ erciscundæ, quæ coheredibus inuicem dati solet, tùm quoque cùm seruus liber, & ex parte heres esse iussus, aliquid ex rationibus, quas patrisfamilias gessisset, penes se retinet *leg. Maximus 52. §. 1. infr. famil. ercisc.* An potiùs negotiorum gestorum, quæ subsidiaria esse solet actioni familiæ erciscundæ. Respondet autem Africanus, *actionem familiæ erciscundæ coheredibus non competere sed negotiorum gestorum dari debere.* Numquam enim hæ actiones concurrunt circa eandem personam, eandem rem eandémque speciem *leg. filia 18. in fin. leg in familia 20. Cod. famil. ercisc.* quamuis vno respectu possit inter easdem personas locus esse iudicio familiæ erciscundæ, alio autem respectu actioni negotiorum gestorum vt in *leg. 3. Cod. de negot. gest.* vbi heredi qui pignoris liberandi gratia soluit creditori hereditario commune debitum, datur actio familiæ erciscundæ quatenus liberauit pignus cuius causa erat indiuidua, quódque non potuerat ille pro sua parte liberare, quin etiam pro coheredum portionibus liberaret *leg. rem hereditariam 65. de euict. leg. heredes 25. §. idem obseruatur supr. famil. erciscund.* Datur etiam actio negotiorum gestorum, quatenus soluendo totum debitum liberauit etiam coheredes ab ære alieno cuius causa erat diuidua, vt benè Cuiacius docet in hanc legem. Verissima enim propositio est, quoties vnus ex heredibus aut sociis id fecit quod pro parte sua facere non aliter potuit quàm si rem totam gereret, familiæ erciscundæ vel Communi diuidundo actioni locum esse, extra hunc casum negotiorum gestorum agi oportere *leg. si communes 40. suprà de negot. gest. dict. leg. heredes 25. §. idem iuris est, iunct. leg. his consequenter 18. §. vltim. famil. erciscun. leg. si quis putans 6. §. hoc autem, §. si damni supr. Commun. diuid. leg. frater à fratre 38. infr. de condict. indeb. leg. fistulas 78. §. pen. infr. de contr. empt.* In proposita autem specie certum est potuisse Stichum accipere solutionem partis suæ hereditariæ non acceptis partibus coheredum. Ergo non potest locus esse iudicio familiæ erciscundæ, nec magis vtili, quàm directo, quamuis de directo minùs ideò dubitari possit quòd non habeat locum nisi inter coheredes qui aliquid gesserunt tanquam coheredes: hîc autem non potuit Stichus solutionem accipere velut heres qui se heredem ignorabat. Consequens igitur est, vt actioni negotiorum gestorum locus esse debeat. In quo ta-

men dubitandi ratio illa occurrit, quod nihil Stichus gesserit contemplatione coheredum suorum, quos nec magis sibi coheredes quàm se heredem esse existimabat, ac proinde nec ratihabitio coheredum potest facere eorum negotium, quod non ipsorum contemplatione gestum est *l. si pupilli* 6. §. *item quæritur in fin. supr. De negot. gest.* Fecit enim quasi ex necessitate seruili. Sed decidendi ratio fortior illa est, quod effectu ipso negotium coheredum gestum sit à Sticho, & quidem eo tempore, quo licèt nihil ille gereret, nisi tanquam ex serui li necessitate, iam tamen reuera liber erat, & talis qui & obligare poterat, & obligari *l. atquin natura* 19. §. *si libero eod. titul. & l. is qui commodauit* 13. §. *vltim. infr. commod.* Nec pugnat quod in eâdem, vt videtur specie Iulianus dat actionem Familiæ erciscundæ, *in dict. l. Mauius* 52. §. 1. *supr. Famil. ercis cun.* Nam vt benè post Accursium docet Cuiacius, agitur eo loco de pecuniis viuo domino exactis & quæ mortis tempore inueniebantur hereditariæ, hîc verò de exactis post mortem domini, quæ nunquam fuerunt hereditariæ & quas Stichus etiamsi se heredem ex parte sciuisset, exigere tamen pro coheredibus non cogebatur. Quod & nos ad locum illum docuimus. Restat iam vt ad aliam quæstionem veniamus de pecuniis à Sticho post mortem domini creditis antequàm ipse testamentum domini recitatum, séque in eo heredem ex parte scriptum resciuisset, de illa sic Africanus scribit,

a *Quas verò pecunias ipse credidisset* &c. Respondet igitur Africanus cum distinctione, vt ex qua parte Stichus heres scriptus inuenitur, alienauerit nummos quos dedit mutuos, pro partibus verò coheredum, non alienauerit, nec proinde mutuos eos dare potuerit, cùm sine alienatione mutuum contrahi non possit, si mutuum esse non potest quin de meo tuum fiat *l. 2. §. appellata supr. hoc titul.* Cuius distinctionis prior pars illam habet dubitandi rationem, quod nemo errans dominium rei suæ transferre in alium possit *l. 3. §. subtilius infr. De condiction. caus. dat. l. si procurator* 35. *De acquiren. rer. domin. l. & si consensum* 15. §. *vltim. De contrahen. empt.* Hîc autem Stichus errat, cùm nummos reuera suos dat mutuos tanquam dominicos & domini sui nomine. Sed decidendi ratio est, quod hic error leuior est quàm vt dominij translationem impedire possit. Nec enim multùm distat à veritate, cùm persona heredis eadem ferè sit quæ persona testatoris, & rursum persona heredis eadem quæ fuit reuera dispensatoris, qui tam citò factus est heres quàm desiit esse dispensator, vt benè Cuiacius explicat. Quod verò pertinet ad posteriorem supradictæ distinctionis partem, ratio dubitandi illa est, quod quemadmodum iusta huius dipensatoris & debitorum hereditariorum ignorantia facit vt debitores ei soluentes liberentur, sicuti iam diximus, ita eadem ignorantia videatur facere debere, vt etiam pro coheredum portionibus nummi hereditarij alienentur quomodo alienarentur si dominus adhuc viueret. Generalis est enim iuris regula quę habet bonam fidem, tantum præstare quantum præstat veritas vbi lex impedimento non est *leg. bona fides* 136. *de regul. iur.* Sed Africanus respondet, quæ decidendi ratio est, non sicut illud receptum est vt debitores ei soluentes liberentur, ita hoc quoque receptum esse, vt credendo nummos eos alienet. Illud receptum est ne iusta ignorantia debitoris bona fide soluentis damno eum afficiat cui nihil imputari potest §. *item si adhuc Institut. de mandat.* & quia ipsius interest consequi liberationem, quæ ipsa per se fauorabilis est. At hoc non similiter receptum est, nec recipi debet, non ob id solùm, quod quæ singulari iure & contra meram strictámque iuris rationem recepta sunt, non debent produci ad consequentias *leg. quod verò* 15. *supr. de legib.* quomodo idem Africanus argumentatur in *dict. leg. qui negotia* 34. *mandat.* Sed etiam quia nullius damnum est etiamsi nummi à Sticho crediti non alienentur, non domini, quia dominus manet, eorúmque quandiu extabunt vindicandorum ius habet, non accipientis, quia cùm non fit dominus, non tam aliquod ei damnum infligitur, quàm acquirendi occasio eripitur, pro quo tamen incommodo si quod est, sentit illud commodum vt non incidat in obligationem in quam incidere illum necesse esset, si nummi alienarentur. Et verò repugnat regulæ iuris naturalis gentium & ciuilis vt ignoranti domino rei suæ dominium eripiatur, nec in eam rem quicquam prodesse potest prætextus bonæ fidei quia lex impedimento est vt scripsimus ad *d. l. si quid possessor* 31. §. *vltim. supr. de hered. petit. & ad d.* §. *seruum tuum leg.* 31. *supr. hoc tit.* Præter id quod nec regula iuris quæ bonam fidem veritati æquiparat, de qualibet bona fide loquitur, sed tantùm de bona fide possidentis: quæ proinde admixtam habeat causam possessionis, quod hîc non contingit: Probat autem Africanus sententiam suam exemplo mandati, *Nam etsi tibi in hoc dedero nummos*, inquit, *vt eos Sticho credas, deinde mortuo me ignorãs dederis, accipiẽtis non facies.* Bona enim comparatio dispensatoris & mandatarij. Nam dispensator quoque mandatarius est. Et omni casu mandatum alienandi finitur morte, quia per mortem mutatur dominus, & fit nouus dominus, qui antè non erat, cuius proinde voluntas necessaria omnino est ad alienationem *leg. si ego* 9. §. *si res infr. de iur. dot. iunct. leg. id quod nostrum est* 11. *de regul. iur.* Est namque impossibile, vt dominium alienetur ab eo qui non habet *leg. nemo plus iuris* 51. *eod. leg si vniuersa.* 15. *C. de legat.* Aliáque ratio est solutionis factæ à domino ei qui non habuit ius accipiendi solutionem, quamuis solutio quælibet inducat alienationem dominij. Non enim nascitur impedimentum ex parte accipientis, sed ex parte dantis. Huic tamen conclusioni obstare valde creditur quod à Pomponio scriptum est in *leg. fundi* 33. *vers. item si amicus infr. de acquir. poss.* Si fundi venditor mandauerit alicui vt emptorem in vacuam possessionem induceret, & amicus cui mandatum illud est mortuo eo priusquàm sciret mortuum, aut nõ prohibentibus heredibus id fecerit, rectè possessionem traditam esse: sed respondendum est agi eo loco de translatione nõ dominij sed possessionis cuius trãslatio propriè non est alienatio *l. 4. §. 1. supr. de alienat. iudic. mut. caus. fact. leg. non alienat.* 119. *de regul. iur.* licèt per possessionem transferatur etiam dominium, quoties à possessione separari non potest *leg. procurator* 8. *Cod. de acquir. poss. leg. ex empto* 11. §. 1. *de act. empt. leg. traditio* 20. *de acquir. rer. domin.* Non enim attendi solent, quæ non fiunt nisi per consequentias *leg.* 1. *leg. quod dicitur* 7. *infr. de author. tutor.*

tutor. Sed & translatio illa possessionis, etiamsi translationem dominij quoque includeret, non tam alienatio dici tamen deberet, quàm solutio, quomodo & à Paulo dicitur in *d. l. cùm fundus* 31. *§. seruum tuum supr.* Ad hoc enim obligatus est venditor actione ex empto vt rem tradat *dict. l. ex empto §. 1. l. 1. de act. empt. l. si traditio* 4. *C. eod.* Itaque cùm is cui venditor mandauit, vt possessionem traderet emptori, tradidit eam post mortem venditoris antequàm sciret eum mortuum, pro eo habendus est, qui mandatum soluendi habens soluit post mortem mandatoris quem mortuum ignorabat, & bona fide, quem liberari æquum est, non minùs quàm eum qui creditoris procuratori soluit post mortem creditoris, qui adhuc viuere putabatur: de quo iam suprà diximus. Quinimò esse hunc casum fauorabiliorem, ex eo apparet, quod alio casu non prodest solutio ad liberationem si facta sit à mandatario iam sciente mortem mandantis, in hoc autem etiamsi mandatarius sciuerit mortuum venditorem si tamen ab heredibus non prohibeatur tradere valet traditio, quia mandatum tradendi causam habuit non merè voluntariam, sed ex obligationis necessitate profectam cùm ad hoc teneretur venditor actione ex empto vt per se vel per alium rem venditam traderet: quæ obligatio cùm ad venditoris heredes transeat, mandatum hoc casu morte mandantis non finiri æquum est, sed ad heredes transire, quorum etiam interest impleri mandatum vt liberati ab obligatione tradendi hoc ipso locupletiores fiant *leg. si pupill.* 66. *in fin. de solut.* Quod & Bartolus ad eum locum benè obseruauit, cùm notat mandatum factum super eo ad quod mandator tenebatur non finiri morte mandatoris: quamuis ab heredibus reuocari possit. Minùs obstat quod obiicitur ex Vlpiano in *leg. hoc iure* 29. *§. si quis dederit infr. de donat.* Si quis dederit mutuam pecuniam Titio reddendam Seio cui donatum volebat, deinde Titius mortuo donatore, Seio dedisse proponatur, dicendum esse pecuniam fieri Seij siue mortuum donatorem sciuerit Titius siue ignorauerit. Ratio enim ab eodem Vlpiano statim redditur, *quia pecunia fuit dantis,* quæ ratio non similiter locum habet, si pecunia fuit mandantis. Sed si quæratur, an Titius liberatus sit, alia quæstio est: & in ea distinguendum cum Vlpiano an sciuerit donatorem mortuum an ignorauerit, vt hoc posteriore casu liberatus esse intelligatur condictione certi ex mutuo, aut saltem condictione ob causam dati causa non secuta, qua teneretur si pecuniam Seio non dedisset. Priore verò non sit liberatus sed ea condictione possit conueniri ab heredibus donatoris, quia licèt pecuniam dederit Seio, non tamen impleuit legem mutuo dictam, id est, donationem, quam donator mutuam dando pecuniam Titio in Seium conferre voluit. Non enim mortuo donatore potuit perfici donatio collata in Seium, cùm donator ampliùs nō viueret, quem iam mortuum esse sciebat Titius. Sed traditio facta Seio, quæ liberationem parere non potuit, pariet condictionem, vt eam pecuniam Seius Titio reddere teneatur condictione indebiti. Nec enim potest videri debitum fuisse Seio ex causa donationis, quod illi solutum est eo tempore quo perfici donatio ampliùs non poterat. Sed si mandauero tibi vt pecuniam non meam, nec mutuam à me datā, sed merè tuam Titio des, cui donatum volebam & tu post mortem meam Titio dederis, quæ alia species est in qua nec de liberatione, nec de condictione tractari quicquam potest, distinctio omnimodo necessaria est, an scieris an ignoraueris, vt si ignoraueris me mortuum antequàm dares, actionem mandati cōtra heredes meos habeas, si verò scieris nullam habeas, quia mandatum iam erat finitum morte, nec proinde impleri potuit donatio ex mandato. Et hæc Vlpiani sententia, & ratio est in *d. §. si quis dederit.* Sequitur,

c *Quare si nulla stipulatio interuenisset.* RAT. DVB. Adhiberi potest fideiussor, itémque pignus obligationi cuilibet etiam naturali tantùm *l. 5. infr. de pignor. leg. stipulatus sum 6. §. 1. infr. de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. naturalis de solut.* Atqui ob numeratas à Sticho pecunias hereditarias post mortem domini, & bona fide non potest fieri vt nō aliqua contrahatur obligatio saltem naturalis ex parte accipientis, cùm obligatio naturalis æstimetur ex facto magis, quàm ex iure *l. nec seruus* 41. *infr. de pecul.* Ergo fideiussores ex hac causa datos & pignora quoque teneri fatendum est. DEC. Non omnis numeratio parit obligationem aut ciuilem aut naturalem, sed ea tantùm, per quam dominium transfertur in accipientem ne alioqui contingat vt quis locupletetur cum aliena iactura, quod esset contra naturalem æquitatem, vt in *l. naturaliter* 13. *in fin. cū l. seq. de condict. indeb.* Atqui in proposita specie, non alienantur nummi vt suprà diximus. Nulla igitur obligatio ex ea numeratione contrahi potuit, neque naturalis, neque ciuilis. Et consequenter neque fideiussores, neque pignora in eam causam dari potuerunt, alioqui neque vindicatio nummorum extantium dari posset, neque condictio consumptorum, si accipiens esset aliquomodo obligatus: Non magis, quàm si is qui vindicat, aut condicit, naturaliter obligatus esset. Iniquum enim esset accipientem manere obligatum, & carere nihilominùs ea re quæ obligationem peperisset. Porrò nulla subsistente obligatione principali, nec accessoriæ possunt consistere *vulg. leg. cùm principalis* 178. *de regul. iur.* Planè si nummi postea consumpti sint, an conualescet datio pignoris, aut fideiussoris? Vtique quoniam & mutuum ipsum si non conualescit, saltem conciliatur consumptione sicut & ratihabitione vt subtiliter Cuiacius tractat, ex *leg. si quis pro eo* 56. *§. si nummos infrà de fideiuss.* vbi Papinianus ait consumptis nummis nasci condictionem, ex eóque infert fideiussorem obligatum esse, tanquam qui acceptus intelligatur in omnem causam quæ ex ea numeratione nasci potest. Condictio autem illa est quam Cuiacius ex Græcis interpretibus & ex Theoph. in *§. vlt. Instit. quib. alien. licet vel non*, vocat de benè depēsis, cùm bona fide consumpta est pecunia. Alioqui vel vindicanda est pecunia si extet, vel agendum eo nomine ad exhibendū si mala fide consumpta sit *l. rogasti* 11. *§. vlt. d. l. non omnis* 19. *§. vlt. supr. hoc tit.* vbi plura hac de re scripsimus. Sed hæc ita si nulla stipulatio interuenerit. Nam si qua intercessit, dubitandum nō est quin ex ea nascatur obligatio ciuilis, & ex obligatione ciuili condictio certi ex stipulatione efficax, cùm nihil sit quod repugnet *l. 2. Cod. si cert. petat.* Quamquam adhibenda etiam illo casu distinctio est, quomodo concepta sit stipulatio, vt Africanus noster mox subiicit. Cæterū eo casu quo ex consūptione nūmorū acquiritur cōdictio dubi-

tari adhuc poteſt cui acquiratur an coheredibus ipſis, an potiùs hereditati? Diſtinguendum eſt an conſumptio ſuperuenerit ante aditam hereditatem, an poſt, ſi ante aditam hereditatem, acquiretur condictio hereditati ſi qua ſit iacens, qualem eſſe illam neceſſe eſt ſi coheredes Stichi proponantur extranei, qui proinde non fuerint heredes ipſo iure & per mediam hereditatem acquiretur poſteà heredibus. Hereditas enim domina eſt *l. non minùs 31. §. 1. infr. de hered. inſtit. l. denique 13. §. quæſitum verſ. accedit infr. quod vi aut clam. l. 1. §. infr. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ.* aut ſaltem domini perſonam repræſentat, vt loquitur *l. cùm hereditas 9. C. depoſit. iunct. l. liber homo 13. §. pen. ſupr. ad leg. Aquil. l. hereditas in multis 61. de acquir. rer. domin. l. ſi ante aditam 15. de interrog. in iur. faciend.* Ideóque per ſeruum hereditarium acquiri poteſt hereditati quicquid per alios ſeruos acquiritur dominis, vt ſequitur in hac lege, extra caſum *dict. leg. 1. §. Scæuola ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ.* Si verò poſt aditam hereditatem conſumptio nummorum ſecuta ſit, acquiretur condictio heredibus rectà non per mediam hereditatem, quæ amplius nulla eſt, deſinit enim eſſe hereditas vbi heres incipit eſſe. Proinde ſi ponas inſtitutos fuiſſe heredes omnes neceſſarios, nullus diſtinctioni locus relinquetur, quia cùm ipſo iure & ſtatim ſint heredes, etiam ante apertas tabulas ſiue in ſolidum ſiue ex parte heredes ſcripti ſint, vt hæc lex probat, nulla videtur eſſe hereditas non magis quàm in heredibus ſuis, & neceſſariis *leg. in ſuis 11. infr. de liber. & poſthum. l. in ſuis 14. de ſuis & legit.* & ita hebè Cuiacius poſt Caſtrenſem, qui rationem adfert prioris partis diſtinctionis, quod ſi quis pecuniam tuo nomine alij numeret ipſa conſumpta acquiritur tibi actio directa irreuocabiliter, adeóque tametſi tu nomen reprobaueris, eámque numerationem ratam habere nolueris ex *leg. ſi abſentis 4. C. ſi cert. petat. leg. certi condictio 9. §. ſi nummos ſupr. hoc tit.* vbi diximus. Quidni ergo etiã hereditati? In eóque obſeruat benè Caſtrenſis differentiam, quæ eſt inter condictionem certi quæ naſcitur ex numeratione, & illam, quæ ex ſtipulatione, quòd certi condictio ex numeratione potuit per Stichum acquiri non tantùm hereditati iacenti pro coheredum extraneorum portionibus, ſed ipſis etiam coheredibus, ſiue ignorauerint defunctum teſtatorem, ſiue ſciuerint, quia & alij cuilibet extraneo acquiri per alium poſſet *dict. §. ſi nummos & d. l. ſi abſente,* at non etiam condictio ex ſtipulatione *d. l. 2. eod. tit. C. ſi cert petat.* Idque adeò verum eſt vt etiamſi nomen reprobare coheredes Stichi vellent, non eo minùs tamen directa condictio penes eos remaneret, qua cedere illum oporteret, niſi mallet ille ſuo nomine vtili actione experiri *d. l. ſi abſente.* Sequitur apud Africanum

d *Quòd ſi ſtipulatus quoque eſſet.* Percurrit diligenter Africanus omnes caſus qui circa propoſitam ſpeciem poſſint emergere. Ac quoniam huc uſque illam tractauit, quo nulla Stichi ſtipulatio in fœnerandis nummis interceſſerit, pergit quærere, quid ergo ſi Stichus ſtipulatus proponatur ab iis quibus mutuas dedit pecunias? Et ait multum referre quemadmodum ſtipulatus ſit. Nam ſi nominatim Titio domino ſuo iam mortuo ſtipulatus ſit, proculdubio inutilem eſſe ſtipulationem, quòd ſi ſibi ſtipulatus eſſet, dicendũ eſſe hereditati eum acquiſiuiſſe, nempe ſi ante aditam hereditatem ſtipulatus proponatur. Nam ſi poſt aditam à coheredibus hereditatem, aliud reſpondendum eſſe, nullam ſcilicet actionem ex ſtipulatione Stichi acquiſitam eſſe coheredibus extraneis, quia cùm iam liber fuerit Stichus tanquam & liber ſcriptus, & heres neceſſarius, certum eſt per ſtipulationem perſonæ liberæ non alij acquiri poſſe quàm ei cui ſtipulator bona fide ſeruiat, ſi etiam illud cõcurrat vt ex re eius vel ex operis ſuis requirat *l. qui bona fide 23. iunct. l. liber homo 19. infr. de acquir. rer. domin.* In propoſito autem nemo dixerit Stichũ bona fide poſſideri à coheredibus ſuis, qui ſciuerint eum ſibi coheredem datum ex recitatione teſtamenti, ſed ſi ignorauerint, quod fortè ipſi quoq. ex neceſſariis fuerint, atq. ita heredes ipſo iure etiã ante apertas tabulas, aliud eſt, Etſi enim nõ poſſunt videri Stichum bona fide poſſidere ſiue iam liberum eum, & coheredem ſibi datum eſſe ſciant, ſiue ſe liberos & coheredes eſſe neſciãt, quia neutro caſu poſſidendi animum habere poſſunt, poteſt tamẽ Stichus bona fide iis ſeruire, quod ſufficit, vt ex re ipſorum poſſit ipſis acquirere quemadmodum cum Africano ad finem legis dicemus. Sola igitur quæſtio illa ſupereſſe poteſt cùm coheredes ſunt extranei, cui danda ſit condictio nummorum pro portionibus iſtis coheredum ſi conſumpti ſint, vt quæ ex ſtipulatione naſci nulla potuit, ſaltem ex conſumptione naſcatur. Nam ſi extent, cùm alienati non fuerint, apparet vindicationem eorum cõpetere. Cui porrò alij quàm domino? Ergo coheredibus ipſis quos negari non poteſt eorum nummorum dominos eſſe, pro ſua quemque portione hereditaria. Ad hanc verò quæſtionem nihil Africanus noſter reſpondet. Nos quid reſponderi debeat, docebimus, ſi priùs ad vnamquamque partem diſtinctionis Africani proprias dubitandi & decidendi rationes attulerimus. Ait lex,

e *Nam ſi nominatim fortè Titio domino ſuo.* RAT. DVB. Cùm ſeruus ſtipulatur, nihil intereſt an ſibi an domino ſuo, an ſine alterutra eorum adiectione dari ſtipuletur, quia omni caſu ſtipulatio vtilis eſt, & ex ea domino acquiritur *l. 1. in princip. & paſſ. infr. de ſtipulat. ſeruor.* Nam & idem accidit in filiofamilias ſtipulante ſimpliciter vel ſibi vel patri *l. quod dicitur 130. de verb. oblig. §. ſi quis alij Inſtitut. de inutil. ſtipulat.* Atqui ſi Stichus de quo agimus ſibi ſtipulatus eſſet, valeret ſtipulatio, & acquireretur hereditati, vt Africanus ſubiicit. Idem ergo eſt etiamſi Titio domino ſuo nominatim ſtipuletur: Præſertim cùm hereditas, vt diximus, perſonam domini repræſentet *dict. leg. cùm hereditas 9. Cod. depoſ.* DEC. Nihil quidem intereſt, cùm dominus viuit, an ſeruus ſibi ſtipuletur an domino ſuo, nec an ſub nomine proprio domini, an ſub appellatiuo: Sed cùm dominus mortuus eſt vt in caſu quem tractamus, multum intereſt. Stipulatio enim collata nominatim in perſonam Titij, non poteſt in hereditatem transferri: nec in perſonam Stichi, quandoquidem nec hereditas nec Stichus poteſt vllo modo eſſe aut dici Titius. Nec quod hereditas repræſentet perſonam defuncti non heredis ad rem facit. Repræſentat enim perſonam defuncti, vt dominium rerum hereditariarum continuari poſſit in heredem nec ea cõtinuatio, vel vnico temporis momento interrumpatur: Non autem vt Titius iam mortuus etiam nomen ſuum transferat in hereditatem, quippe quod nullam cũ dominij translatione aut continuatione habeat connexitatẽ. In ſtipulationib. autẽ verborum ratio

ratio potissimùm habenda est *l. quicquid adstringend. 99. de verb. oblig.* maximè verò personæ in quam stipulatio collata fuit, adeò, vt nec persona illa quæ nominatim adiecta est solutionis causa, videri vnquam possit adiecta obligationis gratia vel cōtrà *l. eum qui 56. §. qui sibi l. vlt. § pen. eod. tit.* Cōsequens igitur est vt si Stichus pecunias quas fœnerauit stipulatus sit reddi nominatim Titio domino suo iam mortuo, inutilis omnino sit stipulatio, perinde atq. si hominem iam mortuum sisti stipulatus esset *l. si homo mortuus 69. eod. tit.* Aut si decessisset homo sisti promissus qui tamen stipulationis tempore viuebat vt in *l. 4. supr. qui satisd. cogant.* quia neq. acquiri potest Titio, qui cùm iam mortuus sit nullus est, neque hereditati, neq. ipsi Sticho, quia non hereditati, aut sibi stipulatus fuit Stichus sed Titio domino suo nominatim: sic & aliàs plerunq; multū refert an quis nominatim stipulatus sit dominis suis an nō nominatim, vt sciatur an pro dominicis partibus an pro virilibus acquiratur dominis obligatio *l. si cōmunis seruus 37. infr. de stipul. seruor.* Et seruus hereditarius, quāuis sibi aut simpliciter stipulando acquirat etiā heredi futuro *l. si seruus 18. §. seruus l. si ex re 28. §. vlt. l. seruus hereditarius 35 eod. tit.* si tamen nominatim futuro heredi stipuletur nihil agit, quia stipulationis tempore heres dominus eius non fuit *leg. seruus 26. eod.*

f *Quòd si sibi dari stipulatus esset.* RAT. DVB. Seruus quidem hereditarius, & hereditati & heredi futuro, dum ne nominatim rectè stipulatur, vt modò diximus ex *leg. seruus hereditarius 35. iunct. leg. seruus 16. de stipul. seruor.* At is, qui stipulationis tempore non amplius seruus, sed iam liber est cùm sit capax acquisitionis, si sibi stipuletur, cuinam alij obsecro quàm sibi potest acquirere? Aut cur hereditati, cùm non sit hereditarius, nec proinde habeat hereditatem pro domina? Nam & quod dicimus ex stipulatione serui hereditarij, acquiri etiam futuro heredi, non aliam rationem habet, quàm quòd hic seruus aditionis tempore in hereditate deprehendatur *dict. leg. si seruus 18. § seruus eod. tit.* vbi ob hanc causam differentia elegans constituitur inter seruum & filiumfamilias, qui si mortuo iam patre sibi stipuletur, nec hereditati paternæ nec futuro patris heredi quicquam acquirit. Igitur in proposita specie per stipulationem Stichi iam liberi, & heredis ex parte, nihil acquiri hereditati potest, ne quidem pro portionibus coheredum. DEC. Etiam liber homo stipulando acquirit ei cui bona fide seruit, dummodò ex eius re stipuletur *leg. acquiritur 10. leg. liber homo 19 leg. qui bona fide 23. infr. de acquir. rer. domin. leg. liber homo 20. de stipulat. seruor.* Ergo & acquirere hereditati potest cui bona fide seruiat, quomodo in casu proposito Stichus noster seruiebat bona fide hereditati tempore stipulationis cùm se putaret adhuc hereditarium, & ex domini sui testamento libertatem iam sibi obtigisse ignoraret, dummodò acquirat ex re hereditaria, quod & hîc euenerat, quia pro coheredum portionibus pecunia erat hereditaria nondum adita per ignorantes coheredes hereditate. Idque est quod Africanus scribit his verbis, *Sicut enim nobismetipsis ex re nostra per eos qui liberi vel alieni serui bona fide seruiunt acquiratur, ita hereditati quoque ex re hereditaria acquiri.* Quam regulam valde notandam esse benè monuit Ioannes vetus glossator, quòd nullo alio iuris loco prodita inueniatur. Nec sanè aliqua videtur carere dubitatione, quandoquidem non potest hereditas possidere, quæ nec animum possidendi habet, nec bonam fidem, ita vt ne quidem possessio quæ fuit defuncti transire in hereditatem possit *l. 1. §. Scauola infr si is qui testam. lib. ess. iuss.* Quanto minùs potest incipere possidere bona fide Stichum, qui defuncto domino seruiebat non bona fide, sed tanquam qui verè seruus eius esset? Quod enim liber homo aut seruus alienus acquirit ei cui bona fide seruit dum ex ipsius re acquirat, non videtur fieri propter bonam fidem solam sed magis propter possessionem, vt innuit illa iuris regula quæ habet bonam fidem possidenti tantum præstare quantum præstat veritas vbi lex impedimento non est *leg. bona fides 136. de regul. iur.* Cur enim adderet *possidenti* si non potissima possessionis ratio haberi deberet? Neque verò aliud sensisse Africanus ipse videtur, qui cùm subiicit post aditam à coheredibus hereditatem non æquè idem dici posse, vtique si scierint Stichum sibi coheredem datum esse orationem adfert *quoniam tunc non possunt videri bona fidei possessores esse, qui nec possidendi animum haberent.* Nisi dicamus in hereditate speciali quodam iure, & vtilitatis causa sic comparatum esse, vt & alia pleraque, etiam ex iis quæ possessionem aliquam & possessionis continuationem requirunt. Quale illud est, vt nondum aditæ hereditatis tempus vsucapioni prosit siue seruus hereditarius aliquid comparat, siue defunctus vsucapere cœperat *l iusto 44. § nondum adita. Iunct. l. numquam 31. § pen. infr. de vsucap.* Non enim potest imputari hereditati cur non possideat nec animum possidendi habeat, nec proinde ea res debet immutare rationē iuris, cùm non eo minùs verum sit Stichum iam factum liberum seruiisse bona fide hereditati quandiu nescit se liberum, & hereditas pro coheredum portionibus non est adita, licèt nec se putet esse hereditarium, qui dominum suum mortuum esse ignorat. Et verò Stichus qui se scit seruum Titij, quem putat adhuc viuere, quamuis reuera liber sit, mortuo Titio à quo fuit liber & heres ex parte scriptus, adhuc tamen bona fide seruit hereditati, quæ eiusdem domini personam repræsentat: vt perinde haberi debeat, acsi Stichus inter viuos manumissus à suo domino liber factus fuisset ignorans, nec eo minùs eidem domino seruire bona fide perseuerasset: si ita res geri potuisset: quod tamen impossibile est, quia neque ipso iure liber fieri per manumissionem inter viuos ignorans quis potest, neque bona fide possideri ab eo qui ipse manumiserit. Denique non tam inspiciendum est, vtrum homo liber bona fide possideatur ab eo cui acquirit, quàm vtrū ei bona fide seruiat, & ex re ipsius acquirat: vt Africanus quoq. docet in sequentibus, cùm ait, si coheredes Stichi ignorauerint testatorem mortuum, datúmque sibi Stichum coheredem, quòd fortè ipsi quoq. ex necessariis heredibus fuerint, æquè dicendum esse ipsis acquisitam stipulationem pro eorum portionibus hereditariis, tanquam ex re ipsorum contracta stipulatione, per Stichum tunc ipsis bona fide seruientem, tametsi non idcirco posset videri ab iis possessus qui nec possidendi animum haberent, nec possidendi ius posse habere se putarent, cùm se adhuc seruos esse crederent.

g *Post aditam verò à coheredibus hereditatem.* Ponit enim Africanus fuisse coheredes extraneos; quorum est adire hereditatē non autē heredū necessariorum, qui statim & ipso iure sunt protinus

heredes siue velint siue nolint §. 1. *Instit. de hered. qualit. & differ.* Idque apparet clariùs ex sequentibus vbi tractatur tanquam de diuerso casu si coheredes quoque necessarij fortè fuerint. RAT. DVB. Aditio hereditatis facit duntaxat vt per hunc Stichum nihil possit acquiri hereditati, quia nec hereditas vlla est ex quo fuit adita, sed incipit fieri patrimonium heredis per confusionem nisi impetretur separatio *l. 1. infr. de separat.* Atqui potest stipulatio Stichi prodesse coheredibus etiam post acquisitam iis hereditatem, puta si ignorauerint datum sibi Stichum coheredem, vt sequitur apud Africanum: ergo nihil facit hereditatis aditio, & acquisitio, sed tantùm bona fides vel mala fides coheredum. DEC. Extranei heredes sicuti non possunt esse heredes quin fiant, nec fieri citra aditionem in quo differunt à necessariis siue suis, siue non suis *l. in suis 14. de suis & legit. §. vltim. Instit. de hered. qualit. & differ.* Ita neque adire quin sciant se institutos & apertas esse tabulas, ac testamentum recitatum. Cùm non aliter possint adire quàm si de iure suo certi sint, & ex qua causa iis delata sit hereditas *leg. is qui putat 15. cum quatuor seqq. leg. si is ad quem 21. & sequentib. leg. heres institutus 32. & seqq. leg. eum qui 51. & pass. infr. de acquir. hered.* Ideó que lex Iulia Papia de caducis ad eos tantùm, non etiam ad necessarios heredes pertinet, vt iam diximus ex hac *leg. iunct. leg. vnic. in princip. C. de caduc. tollend.* Atqui non potest extraneus heres ex parte institutus scire se institutum, & ex qua parte, quin sciat etiam quem coheredem habeat, & ex qua parte. Porrò scientia illa statim malam fidem inducit, & impedit ne possint in proposita specie coheredes Stichi extranei possidere illum bona fide, vt per eius stipulationem aliquid acquirant, cùm nec habere possint animum possidendi eum, quem iam liberum, & coheredem sibi datum esse intelligunt. Benè igitur Africanus distinguit, an hereditas sit adita, néc ne, vt vel ex hoc solo appareat tractare illum hucusque de hereditate quæ adiri possit & debeat, vt acquiratur. Quamquam apertiùs & generaliùs ne dicam meliùs fecisset Africanus, si distinxisset, non an adita esset hereditas néc ne, sed an Stichi coheredes necessarij fuissent, an extranei, & rursum si necessarij, an sciuissent datum sibi coheredem Stichum, an ignorassent, vt si sciuissent, nihil eis acquiri per Stichum posset (nam & necessarij possunt scire quod extranei possunt, licèt possint etiam ignorare, quod extranei non possunt) si verò ignorassent, acquisita iis esset obligatio ex stipulatione Stichi pro portionibus eorum hereditariis. At si extranei heredes essent, subdistingui oporteret an hereditas per eos adita esset néc ne, non autem an hereditate adita sciuissent datum sibi coheredem Stichum, quandoquidem id ignorare non poterunt. Itaque quod hîc scribitur *vtique si scierint eum sibi coheredem datum* sic accipio acsi scriptum esset *vtique quia sciuerint*, aut *cùm vtique sciuerint.* Sequitur enim statim coheredes non aliter potuisse ignorare datum sibi Stichum coheredem, quàm si ipsi quoque fuerint ex necessariis. Vt intelligamus non nisi in necessariis heredibus posse hanc ignorantiam, & quæ ex ea nascitur, bonam fidem, probabiliter contingere, nisi malis sic intelligere vt distinxerit Africanus in coheredibus generaliter an sciuerint an ignorauerint, sed non in coheredibus extraneis, id est, per aditionem factis in quos vtique non cadit probabiliter hæc distinctio, præsertim cùm heredes soleant & debeant habere penes se exemplum testamenti aperti & recitati *leg. 2. supr. de edend.* Quod nec Accursius noster nec alius ex interpretibus videtur obseruasse, sicut & in eo labitur Accursius quod putat Africanum de pignoribus à Sticho acceptis, de quibus quæsitum fuerat, nihil respondere. An non enim satis respondet cùm de principali obligatione, quæ ex stipulatione nascitur, sententiam suam aperit? Nimirum pignoris, vt & fideiussoris obligatio tanquam accessoria sequitur principalem, & cui acquiritur ex stipulatione actio, & pro qua parte eidem acquiritur etiam ius pignoris & pro eadem parte. Contrà verò cui non acquiritur vlla ex parte principalis obligatio, eidem nec accessoria. Porrò principalis obligatio acquiritur Sticho pro parte hereditaria nisi cùm Titio domino suo iam mortuo nominatim stipulatus est, vt diximus, & quidem pro parte tertia non singulorum corporum sed totius summæ *leg. nam et si fur 13. §. vltim. supr.* Ergo & pignoris & fideiussoris. Coheredibus verò non acquiritur indistinctè, nisi quo casu acquiritur hereditati non aditæ, id est, si Stichus putans dominum adhuc viuere sibi stipulatus sit, aut si iam heredes necessarij ignorauerint datum sibi Stichum coheredem. Ergo nec nisi his casibus pignoris & fideiussoris obligatio ipsis acquiretur, scilicet ex stipulatione. Nam si quo casu concilietur mutuum ex consumptione etiam cessante vinculo stipulationis, pignoris quoque & fideiussoris datio conciliabitur vt iam suprà docuimus ex *l. si quis pro eo 56. §. si nummos inf. de fideiuss.* Errat etiam Accursius in eo, quod tum quoque cùm Stichus ante aditam ab extraneis coheredibus hereditatem, sibi aut simpliciter stipulatus est, quo casu diximus acquirere illũ hereditati ex re hereditaria, distinguit an coheredes sciuerint an ignorauerint Stichũ datũ esse sibi coheredẽ. Illa nãq. distinctio tũ necessaria est cũ quæritur an coheredib. rectà & immediatè ius aliquod ex stipulatione Stichi quæsitũ est, nõ etiã cùm per eum ius acquisitũ est rectà & immediatè hereditati. Quicquid enim hereditati semel acquisitum est, id omnimodo necesse est per mediam hereditatẽ acquiri heredib. siue scientibus siue ignorantib. *d. l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Quod verò addit Accursius, eo casu quo negat acquiri actionem coheredib. ex stipulatione Stichi, nec ipsi Sticho acquiri posse directam ne quidẽ pro parte ipsius hereditaria æquè falsum est. Nã imò acquiritur & ex stipulatione, quãuis alij quàm sibi, hoc est domino suo acquirere voluerit, tum quoq. cùm aut sibi aut impersonaliter stipulatus fuit dũ ne domino suo nominatim, & multo magis ex numeratione, in quã scilicet nõ cadit eadẽ distinctio, cuius nomine numeratio facta sit, cùm pecuniam partim suam partim hereditariam Stichus numerauerit, quamuis si numerationem præcedat, aut sequatur incontinenti stipulatio, ex stipulatione detur actio non ex numeratione *l. cùm enim 7. iunct. §. 1. leg. praced. infr. de nouat.* Alioqui si directa hoc casu non daretur Sticho pro parte sua hereditaria, nec vtilẽ quidẽ ei dandã putarẽ cùm ex inutili stipulatione nõ magis vtilis quàm directa stipulatori actio quæri possit, licèt ex vnius stipulatione possit interdum acquiri alij vtilis actio vt in specie *l. quodcunque 45. §. 1. leg. si procuratori 79. infr. de verb. oblig.* Nec me moueret Pomponius

ponius *in leg. liber homo 19. in fin. de acquir. rer. domin.* qua mouetur Accursius, vbi neque de directa, neque de vtili actione verbum vllum. Itaque si quis cum Castrensi dicat hanc glossam de libro abradi debere vt ipse loquitur, non valde repugnatem. Planè de coheredum portionibus dubitari eleganter potest cui acquiratur ex consumptione actio, illo casu quo ipsis coheredibus ex stipulatione Stichi acquiri nulla possit. Idcirco autem loquimur de consumptione, quia nummis extantibus non posset dubitari, quin eorum vindicatio danda esset domino, ac proinde coheredibus qui vtique siue necessarij essent siue extranei, hoc ipso domini inuenirentur, quòd essent heredes *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & different.* Sed nummorum consumptio sicuti vindicationem tollit, quæ non nisi extantis rei fieri potest, ita difficiliorem inducit quæstionem de actione personali, quippe, quæ non facilè ex alterius contractu nasci potest, cùm tamen vindicatio non ex contractu nascatur, sed ex præsenti possessione *leg. non aliàs 24. §. sed si postulatur supr. de iudic.* Iam autem diximus actionem quæ ex stipulatione acquiri coheredibus non potest, acquiri tamen consumptione, cùm pecunia quam Stichus fœnerauit ipsorum fuerit, non adhibita distinctione illa, quam adhibendam esse diximus, cùm de condictione ex stipulatione quæsita disputatur, An sciuerint Stichum sibi datum esse coheredem, an ignorauerint: quia semper acquiritur actio directa ei cuius fuit pecunia: quamuis si numerationem ratam habere nolit, cogitur eam condictionem mandare numeranti, qui nihilominùs ex persona sua habet vtilem *d. leg. si absentis 4. C. si cert. petat.* Quemadmodum è contrario is qui ex aliena pecunia sibi stipulatus est, & condictionem ex stipulatione sibi acquisijt vt *in leg. 2. eod. tit.* non tamen impedit quominùs condictio certi ex numeratione acquiratur ei cuius fuit pecunia, adeóque actione illa quam ex stipulatione habet alij cedere cogitur, ne ex re alterius fiat locupletior si Castrensi credimus ex *leg. si & me 32. supr. leg. 1. §. si seruum infr. de stipulat. seruor.* quod tamen ego probare non possum, quia loci supradicti de danda non de cedenda condictione loquuntur. Et verò cùm actio ex vtili stipulatione, quæ stipulanti quæsita fuit, doli mali exceptione possit elidi, quandiu pecunia credita vel vindicari potest à domino vel condici ab eo qui dominus fuit, vt scriptum *est in d. §. si seruum iunct. leg. nam etsi fur. 13. supr.* Quem obsecro effectum habere potest cessio actionis quam possit debitor conuentus per doli exceptionem elidere? Aut enim efficax actio cedenda est, aut nulla *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. penult. infr. de solut.* In eóque rursum errat Castrensis, quod subiicit, interueniente vtili stipulatione non esse curandum de consumptione. Nam imò verò semper quærendum est de consumptione, non vt impediatur condictio certi ex stipulatione, quæ omnimodo ipso iure competit, sed vt sciri possit, an efficax ea actio futura sit, & cur non efficax. Si enim nummi extent, idcò non potest efficax esse actio, quia possunt vindicari *arg. d. leg. nam etsi fur*, quod nec Castrensis diffitetur. Si verò sint consumpti, idcirco inefficax actio est, quoniam coheredes habituri sunt condictionem certi ex numeratione si modò ratam eam habere velint, & quidem efficacem condictionem quæ nullo casu per exceptionem eliditur, *d. leg. 1. §. si seruus de stipul. seruor.* Quòd si ratam numerationem habere nolit, eo demùm casu erit vtilis & efficax stipulatio si aliud nihil obstet, nec vlla cessione stipulator indigebit *d. leg. 2. C. si cert. petat.* Sequitur apud Africanum, *Qui nec possidendi animum haberent.* RAT. DVB. Nemo potest solo animo incipere possidere *leg. 3. §. 1. in fr. de acquir. possess.* quia possessio licèt animo solo retineri possit, non tamen acquiri nisi animo, & corpore, vt dixi *ad leg. certi condictio 9. §. vlt. supr.* Ergo non est bona ratio propter quam non possint videri coheredes isti bonæ fidei possessores esse, quia possidendi animum non habuerint. Quandoquidem non aliud dicendum esset si animum possidendi haberent, vt & Accursius fatetur. DEC. Nemo quidem potest solo animo incipere possidere, sed tamen illud quoque verum est, neminem posse sine animo possidere. Est enim possessio corporis & animi simul, sed tamen animi magis quàm corporis adeò vt etiam solo animo possit amitti possessio si amissio incipiat ab animo *leg. 3. §. in amittenda l. si quis vi 17. §. differentia. infr. de acq. possess.* Sensus igitur Africani est Stichum iam factum liberum nihil potuisse ex sua stipulatione acquirere coheredibus suis extraneis, tanquam ab iis pro portionibus ipsorum hereditariis bona fide possessum, cùm neque bonam fidem habere potuerint scientes datum sibi cum coheredem, neque possessores Stichi esse, cuius possidendi nec animum haberent.

i *Quòd si proponatur coheredes eius id ignorasse.* RAT. DVB. Ignorantia coheredum, quòd fortè ipsi quoque ex necessariis heredibus fuerint, non potest eos facere bonæ fidei possessores, qui nec possidendi animum habeant, quandiu se adhuc seruos esse putant, & se factos heredes ignorant. Neque enim sibi possidere quicquam seruus potest, qui suum nihil habere potest, quique ipse ab alio possidetur *leg. 1. §. sed & per eum leg. rem quæ nobis 15. infr. de acquir. possess.* Et quamuis coheredes isti à nemine possideantur, cùm iam liberi sint, attamen vt possidere nihil possint, quòd sine animo nulla queat esse possessio, sufficit vt se putent possideri à domino quem credant adhuc viuere, quemadmodum solemus dicere, ad impediendam repetitionem sufficere, quòd quis se putet condemnatum, licèt reuera non sit condemnatus *leg. cùm putarem 36. supr. Famil. ercisc.* Nec rursum ignorantia illa coheredum facere potest, vt hereditas aliqua supersit cùm non eo minùs sint illi ipso iure & liberi & heredes. Ergo quod in præcedentibus dictum est, ex stipulatione Stichi potuisse acquiri actionem hereditati nondum aditæ ex re hereditaria, quasi hac parte seruus non hereditarius adhuc videatur ab hereditate possideri quodammodo, hactenus saltem vt ei possit ex re hereditaria acquirere, quandiu se putat hereditarium iam factus liber: scilicet pro coheredum, extraneorum portionibus, pro quibus verum est adhuc iacére hereditatem, quandiu adiri ab illis vel repudiari hereditas potest. Non idem hoc casu responderi potest, in quo ponimus coheredes non extraneos fuisse, sed necessarios, & iam factos liberos ipso iure, quia nihil est quod hoc casu de hereditate tractari possit, quæ iam nulla est cùm coheredes necessarij perinde sint ipso iure liberi & heredes, ac Stichus quem toties diximus liberum & here-

dem fuisse ipso iure, etiam ignorantem. Nec tam facile illud est, vt Stichus iam liber factus acquirat coheredibus suis à quibus non possidetur, quàm vt acquirat hereditati ex re hereditaria, quia licèt nec ab hereditate possideatur, quæ possidere nihil potest *leg. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. ess. iuss.* facilius tamen est vt videatur possideri quodammodo ab hereditate, quæ possessoris veri personam repræsentat, quàm vt à coheredibus cum quibus habet ius par, & æquale. Dici enim solet quod & verissimum est paris in parem nullum esse imperium *leg. 4. supr. de recept. Qui arbitr. recep.* DEC. Coheredum ignorantia licèt non faciat eos, possessores facit tamen vt sint in bona fide, ac proinde vt verum sit dicere Stichum iis seruire bona fide quamuis iam sit liber, cùm sint ipsi quoque liberi & is liberum se ignorat, quamuis nec liberos eos esse sciat. Quidni ergo etiam ipsis acquiret stipulando, non quidem simpliciter & absolutè, sed ex re ipsorum, quemadmodum acquirit hereditati ex re hereditaria. Nec enim magis ab hereditate possidetur quàm à coheredibus ignorantibus, sufficitque ad hoc vt possit iis acquirere quod bona fide ipsis seruiat. Nam & homo liber bona fide seruire homini libero potest. Et quod diximus, omnium coheredum necessariorum par esse ius, & æquale, non potest facere quominùs videatur Stichus seruire bona fide coheredibus, sed tantùm vt vicissim ei quoque coheredes bona fide seruire videantur. Quod Africanus libenter admittit, tanquam quod mirabile sit magis, quàm absurdum. Sequitur enim

k *Quo quidem casu illud euenturum est* RAT. DVB. Qui possidetur ab alio, possidere alium ipse non potest *d. leg. 1. §. sed & per eum in fin. de acquir. poss. leg. homo liber 54. §. vlt. infr. de acquir. rer. domin.* Sicuti nec alium in sua potestate habere potest is qui ipse est in aliena potestate *leg. sic enim & 21. infr. ad leg. Iul. de adult.* Non ergo fieri potest vt duo plureſve homines liberi bona fide inuicem sibi seruiant tanquam bona fide possessi simul, & possidentes, non magis quàm vt se inuicem possideant. DEC. Bona fide seruire facti est, non iuris, siue factum ipsum seruiendi consideres (aliud enim est *seruire* aliud verò *seruum esse*) siue bonam fidem *leg. bona fidei 48. §. 1. de acquir. rer. domin.* Possessio autem, licèt ipsa quoque facti sit, est tamen etiam iuris, & plurimùm ex iure mutuatur *leg. possessio 49. in princip. & §. 1. de acquir. poss.* Nihil ergo prohibet, quominùs plures sibi inuicem bona fide seruiant aut saltem seruire videantur, quomodo Africanus hîc loquitur, quamuis fieri non possit vt plures se inuicem possideant. Sicuti nec quicquam vetat plures eiusdem negotiationis socios videri inuicem sibi institores vt ex vnius contractu alij quoque in solidum obligentur etiamsi per seipsos exerceant, dum in diuersis locis aut in eodem etiam loco si separatim contrahant, vt ex Bartolo & Baldo concludit *Castr. ad leg. 1. §. vlt. infr. de exercit. act.* quamuis secus sit in sociis vniuersorum bonorum *leg. antep. infr. Pro socio*, & in exercitoribus eiusdem nauis, quia non æquè inuicem sui magistri videntur *l. 4. in princip. de exercit. act.* Itaque placet valde quod hîc notat Cuiacius ex Stephano Græco interprete & Græcorum, vt ipse vocat, peritissimo, non ita loqui Africanum vt dicat coheredes istos Stichi & à Sticho possideri, & Stichum vicissim possidere, quod non magis fictione iuris, vt putat Accursius, quàm verè fieri potest (ad ea siquidem quæ facti sunt, non potest fictio vlla iuris pertingere *leg. denique 19. supr. ex quib. caus. maior. leg. in bello 12. §. facti infr. de captiu. & postlim.*) Sed sic duntaxat vt dicat videri eos sibi inuicem bona fide seruire, quod longè diuersum est. Sed mirabile tamen vt diximus, magis quàm absurdum. Ex quo intelligimus, Vt homo liber alij possit ex re eius vel ex operis suis acquirere, non illud omnimodo requiri vt ab eo cui acquirit possideatur, sed satis esse, vt ei bona fide seruiat: Bona autem fide posse quem seruire illi etiam, à quo nullomodo possideatur, vt cernere est in hoc ipso Sticho de quo agimus qui licèt iam liber & heres factus, pro coheredum tamen portionibus acquirit, nondum aditæ hereditati quandiu se liberum & heredem ignorat, putans se seruum hereditarium. Acquirit enim hereditati ex re hereditaria, quoniam hereditati seruit bona fide, nec tamen ab hereditate vllomodo possidetur: ipso etiam fatente Accursio ex *d. leg. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Errant igitur qui ex hac lege probant, hereditatem quoque ipsam possidere aut saltem quasi possidere, quod vtrumque sanè falsissimum est, si de illa hereditate intelligatur, quæ est propriè hereditas id est quæ iacet, vt *in leg. 1. §. veteres infr. de acquir. poss. leg. heres per seruum 43. de acquir. hered.* non de ea quæ fuit aliquando hereditas, sed per aditionem facta iam est patrimonium heredis, licèt inspecto eo, quod fuit, retineat aliquando nomen hereditatis vt *in leg. sed si plures 10. § filio de vulg. & pupill. substit. leg. in fideicommissaria 18. ad SC. Trebell. & tot. tit. de petit. hered.* Illud certè notatu dignum est, hereditatem etiam pro parte aditam, nihilominùs hereditatem verè ac propriè remanere pro portionibus nondum aditis, quandiu adiri aut repudiari possunt, quamuis in eo iam sint vt si à coheredibus repudientur, hoc ipso per ius adcrescendi, coheredi qui partem suam adiit acquirantur sola vi & potestate iam factæ aditionis, ita vt nulla sit opus noua aditione *leg. si solus 80. §. item si seruus & §. vlt. iunct. leg. si ego 26. & leg. si duo 38. de acquir. hered.* ne quidem ad acquirendam hereditatem ex causa substitutionis si fortè coheres coheredi substitutus proponatur *leg. si quis heres 35. eod. tit.* Nec minùs illud quoque notandum est, quod ex hac lege infert Bartolus, in heredibus necessariis ignorantiam præsumi eorum, quæ testamento continentur, ac proinde in filiis quoque qui sui sunt & necessarij, & hoc ipso tanto magis necessarij *leg. necessariis 57. eod. tit. leg. in suis 11. de liber. & posth.* Sunt enim heredes iam viuo quodammodo patre *d. leg. in suis*, Serui autem non nisi post mortem domini. Et quamuis habeant beneficium abstinendi, sicut & serui beneficium separationis *leg. 1. §. vlt. de separat.* non eo magis tamen comparandi sunt extraneis aut emancipatis, vt malè hîc tentat Castrensis contra Bartolum. Qui enim sunt in potestate statim heredes sunt & ipso iure etiam ex testamento, nec quod se possunt abstinere quicquam facit vt Vlpianus scribit *in leg. 1. §. qui sunt in potestate infr. si quis omiss. caus. testament.* Adeò vt nec sit sine herede qui suum heredem habet quamuis se abstinentem *leg. cùm quasi 30. §. sed etsi suus infr. de fideicommiss. libert.* De quo videnda

videnda sunt, quæ pluribus scripsimus ad *leg. si filius 12. supr. de interrogationib. in iure faciendis.*

42. CELSVS libro 6. Digestorum.

SI ego decem stipulatus à Titio, deinceps stipuler à Seio, quanto minùs à Titio consequi possim: si decem petiero à Titio, non liberatur Seius, alioquin nequicquam mihi cauetur. at, si iudicatum fecerit Titius [a], nihil vltra Seius tenebitur. Sed si cum Seio egero [b], quantumcumque est, quo minùs à Titio exigere potuero eo tempore, quo iudicium inter me, & Seium acceptum est: tanto minùs à Titio postea petere possum.

Ad l. vlt. Si ego decem

RAT. DVB. In pluribus correis debendi, itémque in reo & eius fideiussore ita comparatum erat iure vetere, ac Celsi temporibus cuius est hæc lex, vt vnius electione alius liberaretur etiam nulla secuta exactione *l. 2. infr. de duob. reis.* Ideóque fuit necessaria Iustiniani constitutio *in leg. vlt. C. de fideiuss.* quæ ius vetus abrogaret, & ad omnes extenderet quod olim constitutum erat in solis mandatoribus *leg. reos 23. iunct. leg. liberum 16. eod. tit.* Atqui in huius legis specie si ego decem stipuler à Titio, deinde stipuler à Seio *quanto minùs à Titio consequi possim,* licèt Titius & Seius non sint correi debendi, neque Seius fideiussor sit Titij, attamen minùs debitor est, minúsque obligatus, quàm si aut correus debendi esset, aut fideiussor. Ergo non debet durior esse ipsius condicio: ac proinde dicendum est electione Titij licèt ab eo nihil exegerim, Seium tamen liberatum esse. DEC. Seius in hac specie neque reus debendi est, neque fideiussor, quia non promittit illud ipsum, quod Titius debet, sed duntaxat quanto minùs à Titio seruare potero, vt indemnitatis tantùm fideiussor esse videatur. Proinde non est purè & simpliciter debitor, sed sub illa demum conditione, si totum debitum à Titio seruari non poterit. Adeo vt si Titius exactus sit in solidum, non ideò tamen liberatus dici possit Seius qui nec obligatus vnquam fuisse intelligitur, vt subtiliter ratiocinatur Papinianus *in leg. decem 116. de verb. oblig. leg. si decem 21. infr. de solut.* Multo igitur minùs sola electione Titij liberari potest, cùm omnis liberatio præsupponat obligationem, sicuti priuatio habitum *d. leg. decem & leg. 4. supr. de iustit. & iur.* Et hæc vera certè ac germana decidendi ratio est. Quamuis illa quoque addi possit, quam Celsus noster insinuat his verbis, *Alioquin nequicquam*, id est frustrà *mihi cauetur.* Cuius sensus est, numquam capiendam esse eam interpretationem quæ inutilem efficiat stipulationem, vt ei qui maximè per stipulationem cauere sibi voluit, non sit cautum. Hæc enim maligna esset interpretatio, talisque dicitur à Paulo *in leg. si ita stipulatus 126. §. Chrisogonus vers. Planè infr. de verb. oblig.* Atqui si sola Titij electione aut condemnatione liberaretur Seius, quamuis à Titio nihil exigi potuisset fieret, vt inutilis mihi esset cautio interpositæ huiusmodi stipulationis per quam maximè prospicere mihi volui. Nam cùm nulla mihi ex hac stipulatione actio contra Seium possit competere, quousque Titius excussus sit, quia nec ante sciri potest quid & quantum debiturus sit, adeóque nec cui sit omnino debiturus (si enim Titius totum solueret, nihil penitus exigere à Seio possem quasi defecta stipulationis condicione) si rursum agente me contrà Titium hoc ipso liberaretur Seius, consequens est vt nullum casum vtilem haberet hæc stipulatio, quod esset absurdum. Nec enim sola ratio iuris potest vnquam aut debet damno adficere creditorem, qui diligenter sibi prospexerit *leg. 3. in fin. infr. de separat.* Sed conuenientior, & fortior est ratio illa quam attulimus, quàm quæ ponitur in hac lege. Hæc enim probat Seium per electionem Titij liberari non debere, illa verò non posse nec si Titius velit, & consentiat. Itaque malè nostri ad hanc legem tractant de exceptione non factæ excussionis, quæ hodie competit fideiussori ex Iustiniani. *Nouel. 4. de fideiuss.* vnde sumpta est *Authent. præsente C. eod.* Nam quod ante excussum Titium Seius conueniri à me non potest *d. leg. decem in fin.* non fit vi huius exceptionis, sed ipso iure, quia prius est vt obligetur Seius, quàm vt conueniatur. Obligari autem non potest nisi excusso priùs Titio, vt sciatur an aliquid debiturus sit Seius, & quid & quantum. Si enim totum soluet Titius, nihil Seius debebit, sin partem duntaxat debiti soluere poterit, quòd pro reliqua sit non soluendo, quanto plus soluet, tanto minùs exigetur à Seio. Et contra quanto plus soluet Titius tanto minùs Seius debebit, adeò vt si ante excussum Titium Seius solueret, dicendum esset competituram ei condictionem indebiti, quia soluisset id quod nondum debuisset nisi sub condictione quæ non fuit omnimodo extatura *leg. sub condicione 16. cum duab. seqq. leg. Iulianus verum debitorem 60. infr. de condict. indeb. leg. stipulatio ista 38. §. inter infr. de verb. oblig.* Non idem est in fideiussore qui si soluat, etiam hodie ante excussum principalem debitorem, non tamen repetit, quia quod ex noua Iustiniani lege habet exceptionem excussionis non factæ, non efficit quominùs interim sit obligatus ipso iure. Alioqui nec conueniri posset sine actione *leg. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest.* nec per actionem sine obligatione *leg. licèt 42. §. ea obligatio de procurat.* nec proinde exceptione vlla indigeret, cuius scilicet non alius vsus esse potest, quàm vt propositam actionem elidat. Ex qua differentia etiam illa nascitur inter fideiussorem acceptum simpliciter & fideiussorem indemnitatis acceptum in id, quod ab alio seruari non potuit, quod si per moram & cessationem creditoris debitor qui ab initio soluendo fuit, fiat non soluendo, non eo magis fideiussor conueniri potest quia sibi debet imputare creditor cur diligentior non fuerit in exigendo debitore, tametsi de eo non fuerit interpellatus per creditorem vt di-

à Titio exigere potuero, vt intelligamus & actum fuisse cum Titio, & ab eo exactum priùs quàm cum Seio ageretur. Intellige autem sic actum esse cum Seio, vt ab eo quoque exactum sit. Ne putes cum Accursio, si nihil à Seio consequi potuerim, non eo magis ad Titium reuerti me posse. Non enim sola Seij electione liberari Titius potest, qui ad solidam quantitatem obligatus est, sed sola exactione & perceptione vt in *d. leg. perceptione 4 supr. de his qui effud. vel deiec.* Nec defendi potest quod vult Accursius videri me hoc casu fecisse duo pacta de non petendo. Vnum cum Titio, ne possim ab eo quicquam petere licèt nihil consequar à Seio. Alterum cum Seio, ne possim vnquam ab eo petere quod à Titio exigere potuissem si cum eo primùm egissem licèt ex postfacto factus sit ille non soluendo. Non solùm quòd huiusmodi pacta sint gratuita sapiántque donationem, nemo autem in necessitatibus liberalis existat, vt cæteri aduersus Accursium ratiocinantur *ex leg. rem legatam 18. infr. de adim. legat.* Sed etiam quia certam legem ab initio habuit hæc stipulatio quæ immutari posteà non potuit *leg. vero procuratori 11. §. penult. infr. de solut.* Fuit autem hæc lex stipulationis, vt neque Seius ante Titium excussum conueniri vllo casu posset, neque Titius aliter liberaretur quàm si decem vel ab alterutro vel ab vtroque integra percepta essent. Nec aliter in legatis obseruatur *leg. si ex toto 8. §. 1. de legat. 1.* licèt species quæ ibi proponitur dissimilis sit ei quæ in hac lege. De illo sanè dubitari potest, si postquam cœpi agere cum Seio in id quod minus seruare à Titio potui, fiat Titius locupletior, an nihilominùs sit condemnandus: quasi res ad eum casum peruenerit à quo incipere non potuit *arg. leg. quia in eum casum 16. supr. ad leg. Aquil.* Sed verius est, non ideò corruere iudicium, quod ab initio constitit & quod vtiliter cœptum est. Non enim hic casus ex numero eorum est, in quibus iudicium bene inchoatum ex superueniente casu soluitur, de quibus *in leg. iudicium soluitur 58. supr. de iudic.* quod nec status mutati ne soluer etur, *leg. tam ex contractibus 57. eod.* Nec si mutatio illa per mortem litigantis aut ... iudicis furorem contingeret *leg. si is qui Romæ 54. l. iudex datus 46. eod.* vbi ratio illa redditur *quia rectè ab initio iudex additus est.* In his namque ca... vt & in aliis fe... omnibus initium spectandum est *l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l. si id quod 58. §. si filiusfamilias infr. Pro socio.* nec varietate status mutatur peri... ult cau'a, vt Papinianus loquitur *in leg. pen. §. 1. infr. de instit. act.* quamuis aliquando tempus rei iudicatæ inspici debeat, non quo iudicium acceptum est vt in *l. quæsitum 30. in princip. infr. de pecul.* Idque satis apertè Celsus hic exprimit his verbis *eo tempore quo iudicium inter me & Seium acceptum est.* Et ita omnino hic locus intelligendus est.

1 ¶ Labeo ait, cùm decem curari stipulatus sis, ideo non posse te præcisè decem dari oportere intendere, quia etiam reum locupletiorem dando promissor liberari possit. quo scilicet significet, non esse cogendum eum accipere iudicium, si reum locupletem offerat.

Ad §. 1. Labeo ait.

RAT. DVB. Promissio facti alieni non valet *leg. stipulatio ista 38. §. 1. de verb. oblig.* de se enim promittere quemque oportet, non de alio *l. inter stipulantem 83. in princip. eod. tit §. si quis alium Instit. de inutil. stipulat.* Atqui videtur promitti factum alienum quoties id agitur, vt pecunia quæ in stipulationem deducitur ab alio quàm à promissore ipso soluatur. Id verò euenit, cùm quis decem sibi dari curari stipulatus est. Ergo dicendum est, ex huiusmodi stipulatione tanquam inutili agi nunquam posse, aut si sit vtilis, posse stipulatorem intendere decem sibi dari oportere: quomodo & intendere potest legatarius si testator heredem iusserit facere, vt Lucius centum habeat *l. si heres iussus sit 73. de leg. 1.* vbi ratio elegans redditur, *quia nemo potest facere vt habeam centum, nisi mihi dederit.* DEC. Factum suum promittit ille, qui promittit curare decem dari stipulatori. Hoc enim promittere intelligitur se curaturum vt decem soluantur. Ergo bona & vtilis stipulatio est, nec tamen sic intelligenda, vt promissor ad danda decem præcisè conueniri possit acsi decem dare promisisset. Aliud enim est *promittere dari decem* aliud verò *promittere curari dari decem.* Nam & satis curat ille qui dat reum locupletiorem, atque ita vel satisdat vel satisfacit *leg. illa stipulatio 67. §. 1. de verb. oblig* vbi hæc eadem Labeonis & Celsi sententia ab Vlpiano refertur & probatur. *Iunct. leg. si quis stipulatus sit 112. §. 1. eod. titul.* Præter id quod in dubio semper facienda est interpretatio contra stipulatorem qui potuit legem apertiùs dicere ex regula *l. veteribus 39. supr. de pact.* Et in fauorem promissoris, vt non so...ùm quod minus est sed etiam quod longius in stipulationem deductum intelligatur *leg. si ita stipulatus fuero 109. de verb. oblig.* Planè qui decem dare promisit non liberatur etiamsi offerat reum aut fideiussorem æquè locupletem, adeóque locupletiorem *leg. promissor 21. §. vlt. infr. de constit. pecun. leg. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pig. vel hypoth. soluit.* nisi stipulator consentiat *leg. si rem 9. §. omnis pecunia infr. de pignor. act.* Nam quemadmodum non potest stipulator plus exigere quàm promissum sit, ita nec minùs præstare debet quàm promiserit. In eámque rem conceptio verborum spectanda est *leg. quicquid 99. d. leg. si quis stipulatus sit 112. in princip. de verb. oblig.* Minùs autem præstat qui decem promisit si pro decem offerat fideiussorem aut expromissorem, at non etiam ille qui tantùm promisit se curaturum. Quid si promiserit quis se facturum vt stipulator centum habeat? Grauior hæc, & promissori onerosior promissio est, cúmque obligat ad danda præcisè decem, exemplo eius quod de herede scriptum est in *d. leg. si heres iussus 73. de legat. 1.* Sic enim malo cum Castrensi dicere quàm cum Accursio distinguere hac parte stipulationem à legato, cùm non satis bona vlla diuersitatis ratio reddi possit licèt in aliis plerisque differant stipulationes à legatis. Interpretes nostri nescio quid tractant hic citra impersonalitatem stipulationis, & distinguunt post Bartolum an impersonalitas sit in verbis obligatoriis an in executoriis, vt prior vitiet stipulationem,

posterior autem non vitiet. Sed non video quænam in hac stipulatione sit impersonalitas, siue ex parte stipulatoris cùm decem sibi dari curari stipulatus sit vt in *d. leg. illa stipulatio 67. §. 1. de verb. oblig.* vbi eadem species proponitur. Nam etsi dictio illa sibi expressa non esset, attamen subintelligi deberet quod nec Bartolus negat *ex d. leg. stipulatio ista 38. §. si quis ita eod. tit.* Siue ex parte promissoris. Aequè enim de se non de alio promisisse intelligitur siue promiserit curare per verbum infinitiuum actiui, siue curari per infinitiuum passiui vt Castrensis loquitur. Nimirum vt vtroque casu valeat stipulatio quæ alioqui non valeret si stipulator alij quàm sibi stipulatus fuisse proponeretur, aut promissor alienum factum promisisse non suum ex *leg. quoties in stipulationibus 80. & d. leg. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus eod. tit. leg. quoties 12. de reb. dub.* Illa tantùm impersonalitas nocet stipulationi si promissor nihil de se responderit, sed impersonaliter *Promittuntur tibi* aut satisfiet non addito *siue à me siue ab alio.* Tunc enim verum est nihil eum promisisse *Auth. si quando C. de constit. pecun.*

DE IVREIVRANDO SIVE VOLVNtario, siue necessario, siue iudiciali,

TIT. II.

GAIVS libro 5. ad Edictum Prouinciale.

MAximum remedium expediendarum litium in vsum venit iurisiurandi religio: qua vel ex pactione ipsorum litigatorum [a], vel ex auctoritate iudicis, deciduntur controuersiæ.

Ad l. 1.

RAT. DVB. Quisquis iureiurando suo decidit controuersiam, iudicem se constituit in causa propria *l. 1. infr. Quar. rer. act. non dat. adeóque testem.* Habet enim iusiurandum vim sententiæ & rei iudicatæ, & probationis *l. 2. l. qui iurasse 26. §. vlt. l. eum qui iurauit 30. inf. hoc tit.* quod vtrumque tamen iure prohibitum est *tot. tit. C. vt nemo in caus. sua indic. vel ius dici l. nullus 12. infr. de testib. leg. omnibus 10. C. eod.* DEC. Semper id agit legislator quantum potest, vt lites breui compendio terminet dum ne qua alterutri litigantium iniuria fiat. Boni enim Prætoris & iudicis est lites dirimere *leg. quidam existimauerunt 21. supr. Tit. prox. l. 1. §. inde quæritur infr. de oper. noui nunciat.* ne scilicet per discordias quæ ex litibus nasci solent, concordia ciuium cuius solius vinculo salus reipublicæ continetur, minuatur. Atqui nulla fit iniuria ei contra quem iuratur, tametsi is qui iurat, iudex & testis in causa sua constituatur, quoniam vtrumque fit ita volente aduersario, qui iusiurandum defert, siue ex ipsorum litigatorum pactione, siue ex authoritate iudicis controuersiæ hoc modo decidantur. Non enim defert iudex vnquam iusiurandum decisorium, nisi aduersario ipso priùs deferente *l. 3. in princip. l. ait Prætor 7. & pass. infr.* Merito igitur vsu ita comparatum est, nulla in eam rem lata lege, aut Principis constitutione sed magis moribus populi Romani sensimque inducta cõsuetudine vt per iurisiurandi religionem decidantur controuersiæ siue ex authoritate iudicis lites terminentur, quæ alioquin si per testes aut alias probationes terminandæ essent moras illas longiores paterentur, quas pati iudiciorum omnium exercitio solet *l. etiam 15. infr. vt legat. nom. caueat.* Ideóque benè Paulus *lib. 2. sentent. Tit. 1. §. 1. iusiurandum* vocat compendium litium, quomodo Caius hîc maximum remedium litium expediendarum. Nec minùs eleganter Laberius quem Cuiacius refert in Paratitlis ad hũc Tit. vocabat *emplastrum æris alieni* sed alio respectu quia etiam solutionis loco cedit *leg. iusiurandum etiam 27. infr.* Ita enim fit plerumque, vt debitor, qui æs alienum de quo vrgetur, exsoluere non posset, hoc remedio, & veluti emplastro applicato se liberet. Nam postquàm iuratum est etiam ex relatione actio denegatur *l. nam postea quàm 9. in princip. & pass. infr.* Mirandum autem non est tantam esse vim iurisiurandi, propter religionem, quam adnexam habet, respectu scilicet diuini numinis cui soli iuratur *l. qui per salutem 33. infr.* Vnde fit vt *iurisiurandi religio* dicatur hîc à Caio, & pass. eáque contempta solum Deum vltorem habeat *l. 2. C. de reb. credit. & iureiur.* cui Titulus hic respondet. Et eleganter *iusiurandum*, vt intelligamus iurando ius acquiri.

a *Qua vel ex pactione ipsorum litigatorum.* RAT. DVB. Quemadmodum exemplo perniciosum est, vt ei scripturæ credatur qua vnusquisque sibi adnotatione propria debitorem alium constituit *l. exemplo 7. C. de probat.* Nempe propter periculum quod subest ne magnam ea res falsitatibus comminiscendis materiam paret, ac fenestram patefaciat: Ita nec permitti debuit vt etiam ex ipsorum litigatorum pactione iusiurandum deferretur, atque ita iudex & testis in causa sua constitueretur, propter ancipitis periurij periculum quod subit is qui iurat, cùm sint plerique tam faciles ad peierandũ, quàm ad iurandum, contemptu nimio diuini numinis, vt tã facili remedio liberationem sibi parent, nec aut carceres, aut bonorum venditionem ex ea causa pati vel metuere vnquam possint: Certíque non aliam sibi pœnam ex periurio imminere, quàm quæ tarditas vltionis diuinæ allatura sit *d. l. 2. C. de reb. credit. & iureiur.* Etsi enim solet deus Opt. Max. tarditatẽ illam grauitate supplicij plerumque compensare, multi tamen sunt adeò impij vt grauitatẽ illam quasi numquam futuram rideant, sibíque omnia interim licere arbi-

re arbitretur. Alij verò sunt adeò timidi ad superstitionem vsque diuini numinis, vt nec de eo quod sciant esse verissimum iurare velint, malintque certo aduersarij periurio litem litisque victoriam committere per iurisiurandi relationem, aut denique rem amittere. In quas angustias conijci eum qui alioquin deberet vincere, durum sanè ac iniquũ videatur. Nã & hac ratione solet Prętor gratiam iurisiurandi facere quoties hereditas aut legatum aut quid aliud sub condicione iurandi relinquitur, vt eleganter Vlpianus noster tractat in *l. quæ sub conditione* 8. *infr. de condic. instit.* estque hæc condicio ex earum numero quas Prætores improbant de quibus in *l. condiciones* 14. *eod. tit.* Ergo nec ratam habere delationem Pretor debet siue ex pactione ipsorum litigatorum siue ab ipso iudice iusiurandum deferatur. Dec. Cùm ex litigatorum pactione & conuentione iuratur, non potest iniqua videri conuentio quæ consentientes habet litigantium voluntates. Nec enim volenti fit iniuria *l. in diem* 9. *§. 1. infr. de aqua & aqua pluu. arcend.* sibique debet imputare, qui eam iurandi legem sibi vltro imposuit, adeo vt nec ei permittendum sit iusiurandum referre etiam si maximè velit. *l. iusiurandum quod ex conuentione* 17. *infr.* Nempe quoniam id fieri non posset citra pœnitentiam quæ in pactis & contractibus non admittitur. *l. sicut* 5. *C. de oblig. & action.* Qua ratione putem nec illud ferendum esse vt qui se ex conuentione ad iurandum obligauit, resilire possit ab ea lege quam sibi dixit, & ad alias probationes confugere, etiam quas sibi ex post facto superuenisse dicat, quod tamen in iureiurando ex iudiciali authoritate delato permittitur etiam in procinctu ipso iurandi & antequàm iuratum sit, dum ne quid dolo malo fiat, nec bis variare quis velit *l. si quis iusiurandum* 11. *C. de reb. credit. & iureiur.* In alio autem iureiurando quod ab aduersario defertur in iudicio, & ex iudicis authoritate præstatur sicuti nullam querelæ causam habet is, contra quem iuratur, quia ipse detulit, ita nec is qui iurare iubetur, quandoquidem non solùm in causa sua & iudex & testis constituitur *d. l. 1. quar. rer. act. non det.* sed etiam indulgetur ei vt si metu diuini numinis ad superstitionem vsque iurare nolit, referre iusiurandum aduersario possit *l. iusiurandum & ad pecunias* 34. *in princip. & §. datur autem & l. manifestæ* 38. *infr. hoc tit.* Quod si nec iurare velit nec referre iam non timiditas nimia & superstitio sed manifesta turpitudo est, adeoque confessio ex qua proinde sequi condemnatio potest *dict. l. manifestæ.* Sibique rursum imputet qui condemnari maluit quàm iurare vel iusiurandum referre. Videtur enim hoc maluisse *l. si patre cogente* 21. *infr. de rit. nupt.* Cæterùm obseruandum est duplicis tantùm iurisiurandi mentionem in hac lege fieri, conuentionalis quod ex pactione ipsorum litigatorum proficiscitur, de quo & *in d. l. 17. in princip. infr.* & iudicialis quod in iudicio defertur, ab aduersario quidem sed tamen adprobante iudice, & ex iudiciali authoritate. De necessario autem iureiurando cuius meminit Tribonianus in conceptione huius Tituli, nihil hîc Caius addit. Hinc dubitatio non modica inter nostros interpretes quodnam iusiurandum illud sit cui appellatio hæc necessarij accommodatur. Bartolus tradit triplex esse iusiurandum necessarium quod pertinet ad litis decisionem. Primum illud, quod putat deferendum esse in supplementum probationis de quo dicemus *ad l. admonendi* 31. *infr.* Secundum quod vocat purgationis de quo *in l. præsent.* 6. *§. sed si hoc facere versicul. Sic vbi deposita Cod. de his qui ad Eccles. confug. & in Auth. nouo iure C. de pœn. iudic. qui mal. iudic.* Tertium quod dicitur in litem ad eam æstimandam de quo in *Tit. de in lit. iurand. infr.* Magis tamen communiter probatum est necessarium illud esse quod est primi generis quódque aliter vocant suppletiuum aut suppletorium, quale tamen nullum esse suo loco docebimus ad *d. l. admonendi*, & iam docuimus fusissimè in libris Coniecturarum. Sed Iacobus Cuiacius in Paratitlis ad hunc Titulum, magis probat vt necessarium iusiurandum illud sit quod ex relatione præstatur quia recusari non possit ab eo qui prior detulit *l. generaliter* 12. *§. 7. vers. necessitate ei imponenda C. hoc tit.* Et præterea est etiam referendi quædam necessitas in referente quia nemo dubitet modestiùs eum facere qui referat quàm qui ipse iuret *l. illud* 5. *§. infr. de pecun. const.* Idémque nos etiam aliquando existimauimus. Verùm ne in eadem sententia persistere possimus, illud facit, quod non minus iudiciale dici possit cùm refertur, quàm cùm defertur, siquidem fit vtrumque ex iudiciali authoritate. Quinimo, quod magis est etiam voluntarium dici potest, quoniam initio inspecto proficiscitur ex voluntate deferentis qui cùm prior detulerit non potest recusare, quominus eo iure vtatur quod in alium constituit *l. 1. supr. Quod quisq. iur.* Debuit enim scire, cum detulit, non alia condicione deferri posse iusiurandum quàm vt si referretur, iurare haberet necesse *arg. l. si duo* 38. *infr. de acquir. hered.* Quamquam nec absolutè necessarium dici potest ex parte referentis, qui si referre nolit, iurare ipse potest aut soluere *l. iusiurandum & ad pecunias* 34. *§. vlt. infr. hoc tit.* sanè ex parte illius, cui refertur, licet adhuc habeat electionem soluendi non eo minus necessarium videri debet. Alioqui nullum penitus erit iusiurandum necessarium quandoquidem iurare præcisè nemo vnquam cogitur sed coactione tantum, vt vocant causatiua, id est nisi malit lite cedere *d. §. vlt. & d. l. generaliter §. 1.* Sed tamen negari non potest quin cadat in speciem iurisiurandi iudicialis, quoniam non aliud iusiurandum est quod refertur, quàm quod delatum fuit, licet ab alio præstetur, vt nec pila repercussa alia est quàm quæ ab alio priùs percussa fuit. Indéq; est quod tale iusiurandum referri debet quale delatum fuit, nisi ex diuersitate rerum vel personarum emergat aliquid quod varietatem inducat *d. l. iusiurandum & ad pecunias* 34. *§. non semper infr. hoc tit.* Malo igitur iusiurandum necessarium referre ad iusiurandum purgationis de quo *in d. l. admonendi*, non de eo quod nostri vocant suppletorium. Est enim iusiurandum purgationis necessarium, non solùm si litigatorem attendimus qui iurare debet, cùm non possit recusare si velit vincere. Sed etiamsi ad iudicem respicimus, qui in causis dubiis non aliter aut saltem non melius quàm exacto huiusmodi iureiurando decidere litem potest *d. l. admonendi & l. 3. C. hoc tit. Cap. vlt. Extr. De iureiur.* Quod verò in litem dicitur, à iudice quidem solo defertur nec ab alio deferri potest *l. 4. §. deferre infr. tit. prox.* sed tamen non ad decidendam, sed ad æstimandam litem pertinet, & vt Accursius loquitur, adfectionis est non veritatis *l. 1. d. l. 4. §. iurare eod. l. qui restituere* 68. *supr. De rei vindic.* Essetque multo conuenientius, si ratio hæc non obstaret, iusiurandum necessarium restringere ad eum casum de quo *in l. in actionibus* 5. *vers. planè*

inf. tit. prox. id est, cùm præsens æstimatio speciei post moram peremptam ineunda est quoniam vt lex ait, non aliter potest iudex æstimare rem quæ non extat. Æstimari autem id quod interest, etiam citra iusiurandum facilè potest. Sed malo tamen cum Cuiacio dicere distinctionem hanc triplicis iurisiurandi esse Triboniani, cùm apud prudentes nostros nuspiam fiat mentio iurisiurandi necessarij: præter id ex iis omnibus exemplis quæ nostri auferunt de iureiurando necessario nullum est quod non æquè benè & accommodatè iudiciale dici possit, cùm in omnibus authoritas iudicialis interueniat, nec sanè verisimile est Caium nostrum ex tribus iurisiurandi speciebus tertiam prætermissurum fuisse si tres assignari potuissent. Sunt tamen & aliæ species nonnullæ iurisiurandi quæ ad hunc Titulum & tractatum non pertinent, quia neque ad controuersiarum decisionem spectant, sed ad quadam præparatoria iudiciorum. Eiusmodi est iusiurandum de credulitate, vt loquitur Accursius, de quo *in tit. de iureiur. prop. cal. dand. & in Nouell. 72. Vt qui oblig. haber. se perhib.* Item iusiurandum testis *l. iurisiurandi 9. C. de testib.* Item liberti de præstandis operis cæterisque libertatis causa impositis *l. vt iurisiurandi 7. infr. de oper. libert.* Iusiurandum minoris, qui se maiorem adfirmauit *Tit. C. si minor se maior. dixer.* Nam quod adfert Accursius ex constitutione Friderici *de pact. tenend. int. subdit. & iur. firm. §. vlt. vnde sumpta est Auth. sacramenta puberum C. si aduers. vendit.* de sacramentis puberum inuiolabiliter obseruandis, ad iusiurandum promissorium pertinet de quo nos hîc non agimus. Est denique iusiurandum testis & Aduocati, de quo in *l. rem non nouam 14. C. de iudic.* Planè quod putat Accursius, iusiurandum necessarium idem esse cum iudiciali, quia iudiciale præstetur ex necessitate iuris *l. vlt. inf. tit. prox.* non est probabile: cùm hic Titulus distinguat necessarium à iudiciali, non minus quàm à voluntario.

2. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

IVsiurandum speciem transactionis continet, maiorémque habet auctoritatem, quàm res iudicata [a].

Ad l. 2.

RAT. DVB. Transactio non fit nisi aliquo dato, vel retento, vel saltem promisso *l. transactio 38. C. de transact.* Nec rursum transactio quicquam aliud est, quàm pactum, nec in alio ferè differt à pacto, quàm quia fit de re dubia & incerta *l. 1. supr. eod. ill. tit. de transact.* Iusiurandum verò etsi æquè de re dubia interponitur, tamen pactum dici non potest ne tum quidem cùm de voluntario loquimur, quia licèt illud ex conuentione & pacto proficiscitur *l. iusiurandum quod ex conuentione 17. inf.* pactum tamen non est, alioqui pactum ex pacto nasceretur, quod absurdum esset, sed neque in iureiurando siue voluntario, siue necessario, siue iudiciali quicquam retinetur aut datur aut promittitur. Quid ergo simile aut commune habet iusiurandum cum transactione, vt dici debeat continere speciem transactionis, vt in hac lege Paulus scribit? DEC. Est iusiurandum in eo simile transactioni, itémque sententiæ, quod imponit finem litibus, & quidem multo expeditius quàm transactio & sententia quæ longiores moras habent *l. etiam 15. infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* & longiorem tractatum vt nemo non videt. Propter quam causam licèt transactio & sententia duo sint magna remedia expediendarum & finiendarum litium *l. 1. inf. de re iud. l. fratris 10. l. non minorē 20. & pass. C. de transact.* Omnium tamen maximum remedium est iusiurandum, vt scriptum est in lege præcedente, & quia multo expeditius est iurare, quàm vel transigere vel litigare, vt modò diximus. Et quia facilius est vt quis restituatur aduersus trāsactionem vel sententiam quàm aduersus iusiurandum siue per restitutionem in integrum *tot. tit. C. si aduers. transact. & tit. si aduers. sent.* siue per appellationem à sententia *tot. tit. de appell. infra & Codice* quàm aduersus iusiurandum ex quo lis decisa sit *l. 1. Cod. hoc tit.* extra casum *l. vlt. eod. tit.* quem solum exceptum puto cum Cuiacio postremis illis verbis, *nisi specialiter hoc lege exceptatur* à Triboniano additis ad Antonini cōstitutionem quæ extat in *d. l. 1. iunct. l. vlt. inf. tit. prox.* Cùm igitur iusiurandum habeat eundem effectum quem transactio & sententia, benè Paulus in hac lege ait simile illud esse transactioni & rei iudicatæ, nec enim aliud quicquam præter similitudinem denotant verba illa huius legis *Iusiurandum speciem transactionis continet*, dixítque Paulus *speciem* pro similitudine ac repræsentatione, & vt vulgo loquūtur *apparentia*, non eo sensu quem absurdè post Accursium adstruunt interpretes, quasi iusiurandum sit species quædam transactionis & sub transactione tanquam species sub suo genere contineatur. Quis enim vnquam diffinivit iusiurandū per transactionem, quomodo species omnes diffiniendæ sunt per sua genera? Imò verò nihil aliud iusiurandum est quàm adfirmatio sancta & religiosa per quam pleraque firmantur inter homines Deo interposito & teste & iudice, vt Cuiacius ex Cicerone aliisque & Græcis & Latinis authoribus eleganter diffinit, in paratitlis ad Codicem. Suauis verò est Bartolus, qui ex eo infert transactionem esse contractum innominatum cùm aliud nomen non habeat quàm sui generis, sicuti permutatio, inquit, Castrensis ad confirmandam Bartoli sententiā, sed probare prius deberent transactionem contractum esse, quod nos negemus qui eam nihil nisi nudum pactum esse dicimus, ita vt ex transactione nulla possit nasci actio non magis quàm ex alio quolibet pacto nudo, nisi cùm stipulatio transactioni subiecta est, quomodo iam olim subiici solebat, vt & ad cæteras omnes conuentiones firmandas, etiam ex quibus alioqui ciuilis actio nasci potuisset, sed maximè nudas, & hodie semper subiicitur, quia nec magis hodie quàm olim ex pacto nasci actio potest. Atque ita accipi debet quod Iustinianus *in l. contractus 17. C. de fid. instrum.* transactiones quoque inter contractus enumerat, eas scilicet quas in instrumēto recipi conuenit, in quibus certum est numquam omitti stipulationē. Sed hac de re plura scripsimus *ad Tit. de transact. ex l. cùm proponas 17. & l. siue apud acta 28. C. eod. ill. tit. l. cùm proponas 21. C. de pact.* & aliis quam plurimis. Ex iureiurando autem non tantùm exceptionem dat prætor, sed etiam si opus sit actionem, in factum ad exemplum & similitudinem iudicati *l actori 8. C. hoc ti.* aut vtilem actionem ex eo contractu super quo iuratum est *l. si duo 13. §. si quis iurauerit infr. eod.* Ex quo tanto apertius intelligimus iusiurandum neque esse transactionem, neque eo nomine donari posse, nisi alio sensu transactionis nomen accipias pro qualibet decisione negotij.

Dicitur

Dicitur enim transigere aliquod negotium qui conficit illud & perficit. Sed longè aliud est transigere negotium, aliud verò transigere de negotio. Qui mandatum à te suscepit & negotium vẽdendi aut emendi fundi si vendiderit aut emerit transegit negotium sed non ideo de negotio transegit. Transigi negotium sine vllo pacto potest, at transigi de negotio citra pactum non potest. Transigere negotiũ quasi trãs agere est, id est sic perficere & peragere vt nihil agendum supersit. Qui autem iurat finit negotium *l. 4. vers. curatores infr. tit. prox.* Meritò igitur transactionis speciem continere dicitur iusiurandum id est transactionis loco cedere, quemadmodum dicitur cedere loco solutionis *l. iusiurandum 17. infr. hoc tit. itémque habere instar iudicij.* & præterea nouationis ac delegationis *d. l. qui iurasse 26 §. vlt. eod.* & pro pacto conuento esse *l. tutor 31 §. 1. infr.* Vt intelligamus non esse iusiurandum verè transactionem nec pactum non magis quàm solutionem aut nouationem, sed habere duntaxat effectum transactionis pacti solutionis & nouationis sicut & rei iudicatæ. Nullũ enim simile est idem, nulláq; similitudo est tam accommodata quæ non aliqua ex parte claudicet. In eo sanè similis causa est transactionis & iurisiurandi quod in iureiurando non minus quàm pacto conuento naturalis obligatio tollitur ipso iure *l. Stichum aut Pamphilum 95. § naturalis infr. de solut.* nempe quia proficiscitur ex conuentione, tum quoque cum in iudicio defertur, dum ne à solo iudice sed ab ipso etiam aduersario *d. l. qui iurasse ... vlt.* Alia ratio est rei iudicatæ. Non enim potest tollere obligationem naturalem cùm reddatur in mutuum *l. inter stipulantem 83. § ... De verb. oblig. iunct. l. Iulianus verum debitorem 60 infr. de condict. indeb.* Etsi enim cùm ab inferiore aliquo iudice pronunciatum est à quo appellari potuit, videtur is qui non appellat hoc ipso saltem tacitè consentire. Re vera tamen non tam consentire aut expressè aut tacitè quàm fingitur consentire quod non sufficit ad tollendam obligationem naturalem, vt non insubtiliter Bartolus hîc ratiocinatur.

a *Maiorémque authoritatem habet quàm res iudicata.* RAT. DVB. Permulta sunt in quibus maior est potestas sententiæ quàm iurisiurandi, vt in exemplis quæ hîc Accursius congerit. Sententia enim contra sententiã inquit, non valet *l. 1. C. quand. prouoc. non est necess.* Sed contra iuramentum valet *l. nam posteàquam 9 §. si damnetur infr. hoc tit.* similiter si patronum se quis iurauerit, non tamen habetur pro patrono quantum ad succedendum: quod secus est si pro eo tanquam pro patrono sententia lata proponatur. Iusiurandum enim patronum non facit. At res iudicata pro veritate habetur *l. si iurauero 14. infr. de iur. patr. l. ingenuum 24 supr. de stat. hom. l. res iudicata 208. De regul. iur.* Addit Accursius sententiam per instrumenta postea reperta non retractari *l. sub specie 4. C. de re iudic.* nisi in casu legis *Imperatores 35. infr. eod. ill. titul.* id est cùm agitur de negotio publico. Iusiurandum verò retractari ex *l. admonendi 31 infr. hoc tit.* Sed malè. Nam nec iusiurandum regulariter prætextu instrumentorum posteà repertorum retractatur, vt constat *ex d. l. admonendi* quæ solum casum illum excipit, quo iuratum sit purgationis gratia, & quo protestetur is contra quem iuratum est non aliis se instrumentis vsurum, quàm quæ post iusiurandum præstitum inuenerit. DEC. Sicut in nonnullis maior est authoritas rei iudicatæ quam iurisiurandi. Ita & in aliis multis plus potest iusiurandum quàm res iudicata, quæ etiam Accursius noster hîc cumulat. In eo primùm quod contra sententiam minor restituitur *tot. tit. C. si aduers. rem iudic.* At contra iusiurandum suum non restituitur siue iuramentum promissorium sit vt in *Authent. sacramenta puberum C. si aduers. vendit siue assertorium vt in l. 3 vers. si tamen C. si minor se maior. dixer.* Sed nos de iureiurando ex quo decisa lis est tractamus, aduersus quod etiã restituitur minor si se captum probet in eo, quod detulit *d. l. nam posteaquàm 9. §. si minor infr. hoc tit.* Item in eo quod iusiurandum tollit ipso iure naturalem obligationem *d. l. Stichum 95. § naturalis. De solut.* non etiã sententia *d. l. Iulianus 60. de condict. indeb.* Denique in eo quod à sententia prouocari potest quandiu non transiit in rem iudicatã *l. 1. & tot. tit. De appellat. l. præfecti 17. supr. De minor.* At non similiter à iureiurando receditur nisi in speciali casu *l. vlt. & hoc tit.* nec reuocatur postquàm præstitum est sed antè duntaxat *l. generaliter 11 §. 1. & ... eod.* Addit Bartolus iusiurandum habere paratam executionem, non minus quàm sententiam ex *l. sed si ... 11 § ... hereditate infr. hoc tit. l. post rem iudicatam 5 ... infr. de re iudic.* ... quod ... iusiurandum præstitum sententia interdum necessaria est per quam sequitur vel absolutio vel condemnatio *l. iusiurandum & ad pecunias ... vlt. infr. h. tit.* ... [illegible] ... sententia semper illa sit ... parata ... executionem, iusiurandum verò paratam absolutionem vel condemnationem. ... [illegible] ... condemnato quàm pro condemnando habeatur. Qua de causa solent nostri dicere post præstitum iusiurandum dare dilationem ei ... quem iura ... fuit intra quam veniat causam dicturus si quam habeat, cur non debeat condemnari quod pragmatici dicunt *venir defendre à la condemnation:* Itaque non possum intelligere quid velit sibi Bartolus, cùm ait mirari se quòd consuetudo nondum adinuenerit hunc modum defendendi in instrumento iurisiurandi vt possit habere paratam executionem, qualem habent certè instrumenta omnia iurata, quæ vocant quarentigiata, idque ex statutis Italiæ quæ volunt eiusmodi instrumenta vim habere rei iudicatæ. Placet sanè quod Castrensis notat. Transactionem iusiurandum & sententiam habere se inuicem vt excedẽtia & excessa. Idque procul dubio est. Ratio enim quam affert Accursius cur maioris potestatis esse debeat iusiurandum quàm sentẽtia, quòd, inquit, sentẽtia nõ nisi iudicis authoritate nitatur, iusiurandũ verò & authoritate iudicis & voluntate litigãtium, ab omnibus meritò improbatur, quòd ad iusiurandum voluntarium non pertineat de quo etiam tamẽ hęc lex loquitur, sed tantùm ad iudiciale. Nec meliùs tamẽ Castrẽsis rationem sumit ex eo quòd lis facilius expediatur per iusiurandum quàm per sententiam. Aliud enim est dicere breuiorem & expeditiorem esse viam iurisiurandi. Aliud verò esse iusiurandũ maioris authoritatis. Nec illud rursus verum est quod ad probationem assumit cõtractus illos qui consensu solo perficiuntur dici maioris potestatis & authoritatis quã cæteros qui præter consensum aut rem aut verba desiderant *ex l. iurisgentium 7. in princip. supr. de pact.* vbi hac de re verbũ nullum. Et nemo nescit contractum stipulationis esse omnium firmissimum & ad firmandos adeóq; nouãdos & tollẽdos reliquos introductũ. Tota igitur ratio ex eo potissimũ petẽda

est quod à sententia iam prolata appellari adhuc potest *l. & post rem 7. supra de transact.* Vbi hanc ob causam dicitur post latam sententiam posse adhuc transigi siue à sententia sit appellatum siue appellari adhuc possit. At verò à iureiurando præstito appellari nunquam potest siue voluntarium fuerit siue iudiciale, vt diximus. Ideóque nec post iusiurandum præstitum transactioni locus relinquitur, nisi fortè negetur iuratum esse aut de eo dubitetur vt in *l. nam postenquàm 9. in princip. infra.* Hoc enim casu non alia ratio esse potest iurisiurādi quàm rei iudicatæ *l. post rem iudicatam 11. supr. de transact.* quia cùm dicimus maiorem esse authoritatem iurisiurandi quàm rei iudicatæ, de eo iureiurando loquimur de quo constet, non quod negetur aut de quo ambigatur.

3. VLPIANVS libro 22. ad Edictum.

AIt prætor: *Si is, cum quo agetur, conditione delata iurauerit.* Eum, cum quo agetur, accipere debemus ipsum reum. Nec frustra adiicitur *conditione delata.* nam si reus iurauit, nemine ei iusiurandum deferente: prætor id iusiurandum non tuebitur sibi enim iurauit: alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens, nemine sibi deferente iusiurandum, oneribus actionum se liberabit.

Ad l. Ait Prætor 3.

Proponuntur initio huius legis prima verba Edicti Prætoris de iureiurando. Cætera subiicientur *in l. ait Prætor 7. infr.* Totus enim edicti contextus hic fuit *si is cum quo agetur condicione delata iurauerit, & de qua re iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo* Fuit etiam alia pars edicti & his quidem concepta verbis *Eum à quo iusiurandum petetur, iurare, aut soluere cogam l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. ait Prætor infr. hoc tit* vbi dicemus. Nunc primā partē cum Vlpiano tractemus. RAT. DVB Nemo facilè credendus est immemor salutis æternæ *l vlt. C. ad leg. Iul. repetund.* nec tam impius vt iurando peierare velit, Deique iustissimam vltionem in caput suum prouocare, cùm iurisiurandi concepta religio Deum vltorem habitura sit *l. 2. C. hoc tit.* Ergo si quis iurauerit etiam non delata per aduersarium condicione iurandi, standum est iureiurando: vel ob id maximè ne alioqui de periurio quæri oporteat, quod tamen impunitum sit mansurum. Ideò namque de periurio quæri nec solet nec debet, quia vbi detectum & probatum esset non ideo tamen puniri posset. DEC. Nemini permittendum est vt facto suo & propria sola voluntate liberet se ab oneribus actionum quibus vrgeatur, sicuti nec potest quisquam facto suo suam obligationem tollere *l. si seruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig. l. ne in potestate 26. sup. de recept. qui arbitr. recep l. 2 §. item si extr. in fin. sup. de iudic.* Alioqui facillimus quisque ad iurandum contemptu diuini numinis iurabit, nemine sibi iusiurandum deferente, atque ita aduersario adimeret actionem *l. Granius 71. § pen. inf. de condic. inst.* Delinquendi autem occasio vitanda est *§. 1. vers. sed ne dum talia Instit. vi bonor. rapt.* Alteri enim iurare quis debet, id est, deferenti aduersario, non sibi, *l. si deferente 13. infra quibus modis pignorat. vel hypoth. soluit. l. illud 25. §. 1. infrà de pecun. constit.* vbi dicitur, modestius tamen eum facere cui iusiurandum delatum est si illud referat, quàm si ipse iuret. Delationem igitur iurisiurandi necesse est præcedere, vt si non steterit per actorem quominus de calumnia iuret, reus per iudicem soluere vel iurare necesse habeat nisi referat iusiurandum *l. delata 9. C. hoc tit.* ac proinde vt iurante reo actor summoueatur eique actio denegetur *d. l. ait Prætor 7. inf.* Alioqui fallaciæ species quædam est si quis vltro iuret nemine deferente *l. si legatarius 23. sup. de dolo.* Nec ideo tamen quæritur de periurio, sed iusiurandum tanquàm malè ac nullo iure præstitum negligitur, quia nemo in causa sua iudicem se constituere potest, ab aduersario tamen constitui potest *l. 1. inf. Quar. rer. act. non det.*

1 ¶ Quacumque autem actione quis conueniatur, si iurauerit, proficiet ei iusiurandum: siue in personam, siue in rem, siue in factum, siue pœnali actione, vel quauis alia agatur: siue de interdicto.

Ad §. 1 Quacunque autem actione.

RAT. DVB. Non debet priuatorum pactionibus iuri publico derogari *l. si vnus 27. §. pacta quæ turpem vers.* item ne experiar. *l. ius publicum 38. l. inter debitorem 42. supra de pact.* Nec enim priuatorum cautiones legum authoritate censentur *l. vlt. infr. de suis & legit.* Atqui ad ius publicum maximè pertinet vindicta criminum, ne remaneant impunita *l. ita vulneratus 51. ad fi. supr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de solut.* & publicè expedit timeri pœnam delicti *d. §. pacta quæ turpem.* Non ergo quacunque actione quis conueniatur proficere ei debet iusiurandum, vt hîc Vlpianus scribit, sed debuerunt excipi actiones, & causæ criminales: præsertim si hactenus de iureiurando voluntario quod ex conuentione litigatorum extra iudicium deferatur. Quid enim absurdius, quàm deferente actore absolui nocentem fortassis reum aut actore iurante condemnari innocentem? denique criminis probationes ex accusatoris vel rei voluntate pendere? Quis enim erit innocens si accusare sufficit & iurare? Quis nocens si negare satis est, & neganti iurare? Quòd si etiam de iudiciali iureiurando loquamur, quod ab actore in iudicio deferatur iudice adprobante, quid insulsius aut iniquius, quàm de crimine pœnaque criminis ex alterutrius litigantium iureiurando pronunciare, cùm iudicibus omnibus præscriptum sit vt non alias criminum probationes admittant quàm quæ sint luce meridiana clariores? *l. vltim. Codice de probat.* Nam & inde fit vt neque ex sua confessione extraiudiciali possit quis de crimine condemnari, sed testibus in eam rem opus sit probandi criminis gratia *l. capite quinto 25. §. vltim. infra ad leg. Iul. de adult.* quamuis secus sit in causis ciuilibus *l. generaliter decimatertia,*

Cod. de

Cod. de non numer. pecun. Neque etiam ex iudiciali si non aliter, quàm ex illa confessione constet de commisso delicto *l. 4. ibi si tamen occisus sit homo infr. de confess.* Nemo enim auditur perire volens *l. non tantùm 6. infr. De appell.* quia nec quisquam est dominus membrorum suorum *l. liber homo 13. supr. ad leg. Aquil.* In eo autem iureiurando quod nostri necessarium dicunt & alio nomine vocant suppletiuum quod in supplementum probationum defertur à iudice, quis ferat in re tanti momenti, quanti est aut vita, aut existimatio ciuis Romani rem totam committi arbitrio, & iureiurando accusatoris, etiamsi reus deferat ei iusiurandum? Atque in eo interpretes omnes consentiunt, quia nec in cæteris causis arduis putant ei iuramento locum esse, vt dicemus *ad l. admonendi 31. infr. hoc tit.* quamuis non negent permitti debere iudici vt reo iusiurandum hoc deferat etiàm post exclusum à probationibus accusatorem, adeò vt nec aliter absoluere reum debeat quàm si iureiurando innocentiam suam purgauerit *ex Auth. nouo iure Cod. de pœn. iudic. qui mal. iudic. & argum. l. vbi 21. Cod. ad leg. Cornel. de fals.* Idémque ferè circa causam matrimonialem tractari potest quod circa criminalem: non solùm quòd æquè magni sit momenti, & ad statum personæ pertineat & habeat instar seruitutis, quomodo post Baldum Castrensis loquitur: sed etiam quia non debeat in potestate partium esse vt matrimonium dissoluant, quod sui natura est indissolubile. Ergo etiam causa matrimonialis excipi debuit à generalitate huius §. eademque ratione causa, vt vocant, monachationis, quæ matrimonium quoddam spirituale est *cap. inter corporalia Extr. De translat. prælat.* DEC. Generalis ratio est quæ facit, vt quacunque actione reus conueniatur, si delata condicione iurauerit proficere ei debeat iusiurandum. Nempe quia ab aduersario suo constitutus est iudex in causa propria *d. l. infr. quar rer. act. non det.* Volenti autem nulla fit iniuria, vt diximus *ad l. 1. supr. Ex l. in diem 9. §. 1. De aqua & aquæ pluu. arcend.* Dum ea cautio adhibeatur vt non aduersus alium proficiat iusiurandum quàm aduersus eum ipsum qui detulit *§. penult. infr. l. nam posteaquàm 9. §. vlt. & l. seq. infr.* Nam nec pactum vnius alij prodest vel nocet *l. si vnus 27. §. pacta quæ turpem. vers. ante omnia supr. De pact.* adeóque nec res iudicata *tot. titul. Cod. quib. res iudic. non nocet & tit. Int. alios act. nisi in casibus l. sæpe 63. infr. De re iudic.* Quidni ergo etiam in causa criminali poterit absolui reus ab actione, siue instituta siue instituenda, si modò ex aduersarij delatione iurauerit. Idque indubitatum quidem est si de crimine agatur ciuiliter & priuata actione ad pœnam actori ipsi applicandam. Is enim sensus est eorum verborum *siue pœnali actione.* Nam & in popularibus actionibus iurari posse constat dummodò bona fide iuretur *l. eum qui 30. §. in popularibus infr. hoc titul.* adeò vt eiusmodi iureiurando etiam publica actio consumatur si non per collusionem actum sit vt ibidem scriptum est. Nimirum quia licèt in popularibus actionibus vtilitas publica quoque versetur, *l. 1 infr. De popul. act.* adeò vt non intelligatur locupletior qui habet has actiones antequàm litem contestatus sit *l. pen. eod.* pœna tamen applicatur actori *l. si quis id quod 7. in princip. supr. De iurisd.* Sed si de crimine agatur criminaliter ad vindictam & pœnam publicam, difficilius videtur vt iusiurandum vires aliquas habeat, nè reipublicæ præiudicium fiat, cuius certum est per priuatos lædi ius non posse. Placet tamen illa distinctio, vt si deferente eo qui agere volebat, iuratum sit extra iudicium, proficiat iusiurandum, vt ab accusatione actor summoueatur *arg. l. si maritus 15. §. si negauerit infr. ad leg. Iul. de adult.* Non tamen noceat ea res accusatori publico quominùs vindictam criminis publicam prosequi suo iure possit nulla etiam probata, vt Castrensis ait, præuaricatione, si iudicis authoritas non interuenerit. Alioqui aut collusio probanda est, vt *in dict. §. in popularibus,* aut ex nouis instrumentis causa iterum tractanda *l. Imperatores 35. infr. De re iudicat.* Sed si deferente reo accusator iurauerit reum crimen admisisse, si quidem extra iudicium nihil proficere iusiurandum potest, nisi vt reus qui detulit, hoc ipso crimen extra iudicium confessus esse videatur, at non etiam, vt ex ea confessione, quæ non nisi extraiudicialis est condemnari possit, cùm in criminali usu ad pœnam publicam irrogandam requiratur sententia nec sufficiat confessio *l. infamem 7. de public. iudic. l. si confessus 5. De custod. & exhib. reor.* Si verò in iudicio delatio facta sit accusatori à reo siue reo ab accusatore, non debet iudex eam delationem admittere: Ne aut reipublicæ fiat iniuria, si deferente accusatore nocens absoluatur, aut reo si ob iusiurandum accusatoris innocens reus condemnetur, ad pœnam scilicet corporalem. Nam in pœna pecuniaria etiam ex crimine publico, quin possit reus deferendo iusiurandum actori nocere sibi vt ex eo iureiurando condemnari possit, nostri non dubitant, & nos iam diximus. Quod tamen ita intelligendum mihi videtur si constet de delicto admisso, nec de alio dubitetur quàm quis admiserit *ex dict. l. 4. infr. De confess.* Nam nec in ciuilibus omnimodo condemnandus est is qui confessus fuit, si eius rei nomine confessus sit de qua dubitetur an sit in rerum natura *l. vlt. iunct. l. certum 6. §. 1. eod. tit.* Nec quod ex eiusmodi crimine quod publici iudicij causam habeat lata sententia infamiam irroget, impedire delationem aut effectum iurisiurandi potest. Nam & in criminibus plerisque priuatis vt in furto, rapina, & aliis nonnullis idem obtinet, de quibus tamen nemo dubitat quin iusiurandum deferri & ex eo præstito sententia ferri possit *d. l. infamem l. 4. §. vlt. & l. seq. supr. De his qui not. infam. iunct. l. si duo 13. §. idem Iulianus infr. hoc tit.* Nempe quia membrorum quidem suorum dominus nemo est *d. l. liber homo 13. in princip. sup. ad leg. Aquil.* Sed existimationis suæ dominus quisque est. In causis matrimonialibus idem ferè tractatus, est sed alia tamen distinctio adhibēda: vt iurisiurandi delatio admittatur ad probandum matrimonium dummodò inter eas personas inter quas possit nunc primùm contrahi, quasi ex noua voluntate etiamsi contractum anteà non fuisset: Ad dissoluendum autem matrimonium quod iam contractum esse dicatur, quódque sui natura indissolubile est propter vim & religionem sacramenti, non perinde admitti debeat. Idem in monachatione vt post Iacob Butrig. bene sentit Bartolus & post eum Castrensis, longè meliùs quàm Accurs.

2 ¶ Sed & si de condicione personæ fuerit iuratum, prætor iusiurandum tuebitur. vtputa, detuli iusiurandum, & iurasti in potestate mea te non esse: tuendum erit iusiurandum.

Ad §. 2. Sed et si.

RAT. DVB. De causa status compromissum fieri non potest. quia fauor eius est vt maiores iudices habere debeat *l. non distinguemus 32. §. de liberali supra de recept. qui arbitr. recep.* Tanquam quæ sit maioris momenti cùm ex statu personæ iura ipsius omnia pendeant § *si ab hostibus Instit. quibus mod. ius patr. potest. soluit.* quandoquidem res omnes non nisi personarum gratia sunt comparatæ *l. 2. supra de stat. homin.* Nec sanè fieri potest vt hominis status qui à natura tantùm esse potest, vel à lege in cuiusquam sit arbitrio & potestate, alioqui facilè subuertentur omnia & peruertentur, præsertim cùm ius quod circa statum personæ constituitur afficiat omnes quia indiuiduum est, sicut & persona ipsa *l. ex ea causa 9. supra de postul.* Atqui ad causam status pertinet. vt quis in alterius potestate sit, vel non sit, siue de patria potestate quæratur, siue de dominica *l. 2. C. si aduers. rem iudic. l. si putas 6. C. de petit. hered l. 1. & pass. C vbi caus. stat. agi deb l. 1. C. de patr. potest.* Ergo nec de hoc iusiurandum deferri potest, sicuti nec de statu suo interrogari quis in iure potest vt ex sua responsione obligetur *l. si seruum ab hostibus 16. supra de interrog. in iur. fac.* Vnde est quod si is qui tutor non erat interrogatus in iure responderit se tutorem esse, nulla tamen ideo actione teneutr. id est, ne quidem interrogatoria *l. vlt. infra quod fals. tutor. author. gest. sit*, quia tutorem esse quem, vel non esse ad statum personæ pertinet. Cùm sit etiam potestas quædam tutoris in pupillum sicut & patris in filium *l. 1. infra de tutel.* Est enim tutoria potestas quodammodo vicaria patriæ potestatis, ideòque extenditur ad annum vsque decimum quartum completum, quo is qui filius fuit, effici iam pater ac tanquam paterfamilias de bonis suis testari possit *Tit. quib. mod. tutel. finit. Instit.* Alioqui si de condicione personæ iusiurandum deferre liceat, eueniet vt etiam inter alios seruari debeat, quod supra diximus esse contra naturam iurisiurandi & mentem Prætoris *§ pen. infr. d. l nam posteaquam 9. § vlt. & l. seq. infra hoc tit.* DEC. Iusiurandum non tantum ad pecunias pertinet, sed etiam ad res omnes *l. iusiurandum & ad pecunias 34. in princip. infr.* ac proinde etiam ad personas, quarum scilicet nomine etiam actiones comparatæ sunt, adeoque vindicationes *l. 1. §. 1. supra de rei vindic.* Quacunque autem actione reus conueniatur, si iurauerit, proficere illi iusiurandum debet vt dictum est *in §. præcedente.* Quidni ergo tuendum erit iusiurandum, si quis iurauerit deferente aduersario se non esse in illius potestate? Semper enim ratio illa facit pro iurante quod aduersarius vltro iudicem in sua causa constituerit *d l 1. quar. rer. act. non det.* Neque verendum est vt iusiurandum hoc alij prosit vel noceat, cùm sit personalissimum & restrictũ ad personas actoris & rei. Qui enim iurat se in actoris potestate non esse, nõ ideo iurat se in nullius esse potestate: neque rursum, vt maiores iudices hæc causa status non habeat, cùm dirimatur hoc casu controuersia ex voluntate litigantium, ita vt neque maioribus, neque aliis vllis iudicibus opus sit *arg. l. 1. §. inde quæritur infra de oper. noui nunciat.* In eóq; obseruandum est aliam esse hac parte rationem iurisiurandi, aliam compromissi aut sententię, cùm causa status neque per compromissum decidi possit neque per sententiam ab alio quàm ab aliquo ex maioribus iudicibus latam *l. nec si volens 6. C. de liber. caus. d. §. de liberali.* vbi dicitur idem esse de causa populari, in qua tamen etiam iusiurandum deferri posse iam suprà diximus ex *l. eum qui 89. §. in popularibus infra hoc tit.* sicut & in causa criminali, cùm tamen aliàs crimen fateri videatur qui de crimine transigit sanguinis pœnam non ingerente *l. transigere 18. C de transact. l. furt. 6. §. pactúsque supra de his qui notant. infam.* Nec enim fatetur crimen qui iurando negat se id admisisse, vt benè Accursius noster ad *§. prox. supr.* Et sanè æquissimum est potentius esse iusiurandum in eo de quo iuratur, & inter quos iuratur, ob fauorem præcipuum & vinculum religionis, maximè verò apud Christianos apud quos ex regula iuris pontificij seruandum est inuiolabiliter iusiurandum quodcunque seruari potest citra dispendium salutis æternæ *cap. cùm contingat. Extr. de iureiur cap. 2. De pact. in 6.* nisi dolo malo vel metu extortum sit, aut præstitum contra bonos mores *cap. non est obligatorium de regul. iur. in 6.*

3 ¶ Vnde Marcellus scribit, etiam de eo iurari posse, an prægnas sit mulier, vel non sit: & iuriiurando standum. denique ait, si de possessione erat quæstio, seruari oportere: si fortè quasi prægnas ire in possessionem volebat, &, cùm ei contradiceretur, vel ipsa iurauit se prægnatem, vel contra eam iuratum est, nam si ipsa, ibit in possessionem sine metu: si contra eam, non ibit, quamuis verè prægnas fuerit. proderítque (inquit Marcellus) mulieri iuranti iusiurandum, ne conueniatur quasi calumnię causa[a] ventris nomine fuerit in possessionem, néve vim patiatur in possessione: sed ad iusiurandum eousque prosit[b] vt post editum partum non quæratur, ex eo editus, an non sit, cuius esse dicitur, Marcellus tractat. & ait, veritatem esse quærendam: quia iusiurandum alteri[c] neque prodest, neque nocet, matris igitur iusiurandum partui non proficiet, nec nocebit, si mater detulerit, & iuretur ex eo prægnans non esse.

Ad §.

Ad §.3. Vnde Marcellus.

RAT. DVB. Non potest iurari an mulier sit prægnans necne quin de partu quoque ipso quæri & tractari oporteat. Cur enim de muliere an sit prægnans quæritur, nisi propter partum? Maximè verò cùm quæritur de muliere in possessionem mittenda ventris nomine ex edicto prætoris. Ventrem enim dixit, prætor pro eo, qui est in vtero, nec alia ratio edicti fuit, quàm quia prætor sicuti eorum liberorum qui in rebus humanis sunt, curam habuit: ita eos qui nondum nati sunt, propter spem nascendi non neglexit *l.1. in princ. de ventr. in poss. mitt.* Imò fauorabilior est causa partus quàm pueri iam nati, quia partui in hoc fauetur vt nascatur, puero autem vt duntaxat in familiam inducatur, partus igitur interim alendus est, qui non tantùm parenti, cuius esse dicitur, verùm etiam reipub. nascitur. *d.l. 1. §. & generaliter.* Ideoque vt venter in possessionem mittatur, mulierem omnimodo prægnantem esse oportet, nec sufficit vt prægnans esse dicatur *d. l.1. §.1.* Atqui iusiurandum matris partui neque prodesse debet, neque nocere, vt scriptum est in fine huius § *& in l.1. in princ. infra si mulier ventr. nomin. in poss. calumn. caus. ess. dicet.* Ergo de eo iurari non potest an prægnans sit mulier, vel non sit, nec si de eo iuratum sit iuriiurando stari debet, ne partui proficiat iusiurandum, vel noceat, & ita frustra iuratum esse appareat. DEC. Iusiurandum quidem matris partui neque prodesse debet neque nocere, sed tamen non eo minus ratum esse debet, siue per ipsam mulierem siue contra eam iuretur, si fortè quasi prægnans noluerit ire in possessionem cùm ei contradiceretur, quasi prægnans non esset. Nam si ipsa iurauerit se prægnantem esse, ibit in possessionem sine metu etiamsi verè prægnans non fuerit, nec poterit conueniri quasi calumniæ causa ventris nomine fuerit in possessione. In eoque proderit ipsi iusiurandum, itemque ne vim patiatur in possessione, vt proinde non frustra interpositum dici possit *d. l. 1. in princ. si mulier ventr. nom. in poss. calumn. caus. ess. dicet.* Non enim parua vtilitas est huiusmodi iurisiurandi cùm & alimenta mulieri præstita ventris nomine restituenda sint tanquam indebita, si quandocunque posteà mulieris calumnia detegatur *d.l. 1. §. interesse.* & infamia notetur mulier, quæ calumniæ causa ventris nomine in possessione fuit *l. non alia 19. sup. de his qui not. infam.*

a *Ne conueniatur quasi calumniæ causa.* RAT. DVB. Per calumniam in possessione ventris nomine fuisse mulier dicitur, quæ sciens prudénsque se prægnantem non esse, voluit in possessionem venire *d. l.1. §. per calumniam.* Atqui nihil vetat eam quæ iurat se prægnantem esse vltro peierare & scire se prægnantem non esse. Non est igitur bona consecutio, vt mulier quæ iurauit se prægnantem non esse ob hoc solùm de calumnia accusari non possit. Nec enim dolosum mendacium carere potest calumnia. DEC. Ea quæ falsa existimatione decepta est non potest videri per calumniam missa fuisse in possessionem *l. ea quæ 18. supra de his qui not. infam.* Non potest autem non decipi falsa existimatione mulier quæ iurat se prægnantem non esse cùm iusiurandū inter eos inter quos iuratum est, non tantùm pro præsumptione sed etiam pro veritate habeatur, nec vllum quæstioni locum ampliùs relinquat, an verum sit necne id de quo iuratum est *l. 5. §. dato l. nam posteaquàm 9. §. 1. l. eum qui 30. in princ. infr.* Non igitur accusationem calumniæ vereri potest. Alioqui non iam de calumnia, sed de periurio quærendum esset, de quo tamen quæri non solet contra eum qui ex necessitate iuris, id est, aduersario deferente iurauit *l. 1. C. hoc tit. l. vlt. infr. tit. prox.* Nec proinde potest hæc mulier quæ iurauit se prægnantem non esse vereri actionem in factum quæ datur ad id quod interest intra annum contra mulierem quæ calumniæ causa in possessione fuisse probatur omnibus quorum interest, missam eam non fuisse siue substituti sint, siue coheredes vel qui ab intestato si partus non fuisset, succedere potuissent *dict. l. 1. §. competit simul ventr. nomin.*

b *Sed an iusiurandum eò vsque prosit.* RAT. DVB. Iusiurandum inter eos saltem inter quos iuratum est pro veritate habetur, vt modò diximus. Atqui partus quandiu in vtero est nihil nisi pars & portio quædam est viscerum matris *l.1. §.1. inf. de ventr. inspic.* Non igitur fieri potest vt non habeatur pro veritate quantum ad partum, cum habeatur pro veritate quod ad matrem. DEC. Non potest iusiurandum vnius nec debet prodesse aut nocere alteri, ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur vel ius aliquod acquiratur: quod vtrumque abhorret æquè à iuris regulis *l. non debet 74. de regul. iur. l. stipulatio ista 38. §. alter. De verb. oblig. l. 2. quod vi aut clam.* Atqui matris & filij personæ sunt diuersæ non quidem quandiu partus est in vtero & portio viscerum matris sed vbi editus est cœpítque esse homo *l. in falcidia 9. §. 1. ad leg. falcid.* Nos autem tractamus hîc de partu iam edito. Matris ergo iusiurandum neque illi prodesse neque nocere debet tanquam res inter alios acta *d. l. nam posteaquàm 9. § vlt & l. seq. infr. d. l. 1. in princip. si mulier ventr. nomin. in poss. Tot. tit. Cod. int. alios act.* Quemadmodum nec transactio matris nocet filio *l. transactione matris 26. C. de transact.*

c *Quia iusiurandum alterius.* RAT. DVB. Iusiurandum filiifamilias prodest patri, serui domino *l. si seruus 23. & seqq. infra hoc tit.* Item socij & correi stipulandi *l. si duo 13. §. idem dicemus l. in duobus 28. in princip. infr.* Ergo etiam vnius iusiurandum alteri prodesse interdum potest aut nocere. DEC. Iure potestatis fit, vt iusiurandum à filiofamilias vel seruo præstitum perinde habeatur acsi à patre ipso, aut domino præstitum esset *l. placet 79. infra de acquir. hered. l. 1. in princip. si quis à parent. manum. fit*: In sociis verò & correis stipulandi ius societatis & indiuisionis *l. si vnus 27.* vbi diximus *sup. de pact. l. si is qui duos 29. infr. de liber. legat.* & vt Accursius loquitur, alius ille cui iusiurandum his casibus prodest fingitur non alius Facilius est vt iusiurandum de vna re præstitum ad aliam de qua iuratum non sit trahatur, scilicet si veniat illa in consequentiam eius rei de qua iuratum est in *d. l. si duo 6. si quis iurauerit infr. hoc tit.* de procuratore alia quæstio est, an iurare, vel iusiurandum deferre possit, de qua dicemus ad *l. nam posteaquàm 9. §. iusiurandum & ad l. iusiurandum quod ex conuentione 17. §. vlt. & l. seq. inf.*

4 ¶ Iurari autem oportet, vt delatum est iusiurandum. ceterum si ego detuli, vt per Deum iurares, tu per caput tuum iurasti.

Ad §. vlt Iurari.

RAT. DVB. Non semper consonans est tale iusiurandum præstari quale delatum est, sed ex diuersitate rerum vel personarum quibusdam emergentibus qua varietatem possunt inducere aliter atque aliter conceptio iurisiurandi officio iudicis terminanda est *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. non semper infra hoc tit.* vbi licèt loquatur Vlpianus de iureiurando relato, non aliud tamen iuris esse debet in delato, quia & quod refertur defertur, idque expressim vetere statuto Sabaudiæ apud nos cautum est vt delationi iurisiurandi possit ex iusta causa iudex quam velit adferre moderationem. Nec immeritò. Quis enim ferat senatorem vel aliam clarissimam personam cogi iurare publicè populo in eam rem ad sonum campanæ vt fit conuocato super reliquiis sancti Antonij de re minima plebeio aliquo & qui de fece populi sit, deferente? Quidni saltem ex causa necessitas populi per sonitum campanæ conuocandi necessitas remittatur? Quid si superstitionem aliquam miscuerit is qui detulit iusiurandum? Cur non iudici liceat decernere quod passim apud nos decernere senatus solet, vt citra superstitionem iuretur? DEC. Iusiurandum quod ab aduersario defertur siue in iudicio siue extra iudicium transactionis speciem quandam continet *l. 2. sup.* quia etiam quod inuito defertur in iudicio proficiscitur ex voluntate deferentis licèt non ex partium conuentione. Transactio autem non fit nisi ex mutuo partium consensu cui neque addi neque detrahi quicquam debet. Consensus enim ille indiuiduus est, vt in omnibus contractibus *l. cum ex causa 139 infra de verb oblig l pacta conuenta 72. de contr. empt.* Alioqui deciperetur is qui iusiurandum detulit, cùm non alia lege & condicione fuerit delaturus suúmque aduersarium, quod perdurum sanè est nec nisi omnibus aliis probationibus deficientibus faciendum est, iudicem in causa propria constituturus. *arg. l. si donaturus 9. §. 1. infra de condict. caus. dat. l. purè 5. § penult. infr. de doli mal. except. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ergo vel recusandum omnimodo iusiurandum est, vel eo ipso modo præstandum quo delatum fuit, nec alia, meo iudicio referendi relatiue iurisiurandi ratio est si iuris rationem spectemus, potius quàm quod sub Vlpiani nomine Tribonianus ni fallor de suo addidit in *dict. §. non semper*, vt ad eum locum dicemus. Quamuis tentari possit digniorem esse cui succurratur eum qui iurat ex relatione, quia iurandi necessitatem præcisam habet nisi malit liti cedere, cùm tamen non quasi iuraturus detulisset iusiurandum sed quasi iuraturo. Idque ipso etiam statuto nostro de quo diximus benè comprobatur. Non enim erat, cur statutum moderandi iurisiurandi facultatem iudici daret si iuris communis ratio non aliud suasisset. Frustra enim statuto cauetur, quod iure communi permittitur *l. Imperatores 30. de reb. author. iudic possid. aliàs l 15. de priuileg. credit.* Optima enim ratione statutum nostrum subnixum est, cùm nimia deferendi præstandique iurisiurandi facilitas plerasque superstitiosas, & improbandas formulas inuexisset, quas per moderationem iudicis restringi æquum fuit ne rei tam sacræ & religiosæ superstitionem aliquam misceri contingeret, parum enim distat superstitio ab impietate, licèt à religione, & pietate causam habeat. Semper enim & ante omnia obseruandum est, vt iusiurandum sit licitum, eaque cognitio in iudicis æstimatione est, & moderationem plerunque exigit ne fiat illicitum quod alioquin esset licitum: Cæterùm vbi constat licitum esse iusiurandum per quod sibi quis iurari voluit, dubitari non debet quin idoneum sit, & eo ipso modo, quo delatum est, præstandum, tuendúmque, vt sequitur *in l. non erit 5. in princ. infr.* Ergo si detuli tibi iusiurandum vt per Deum iures, tu verò per caput tuum iurasti vel filiorum tuorum, non erit ratum habendum iusiurandum vt ex Vlpiano & Paulo subiicitur in hoc *§. & in legib. seqq.* quia non eo modo iurasti quo delatum tibi fuit, sic dicimus restituta hereditate fideicommissaria non transire actiones ex *SC. Trebelliano* nisi restitura sit eo modo quo testator voluit *l. sed etsi ante 10. iunct. §. vlt. l. praeced. inf. ad Senatusconsultum Trebellianum l. si mulier 59. §. ex asse infra de iur. dot.* Idque Accurtius etiam adnotauit.

4. PAVLVS libro 17. ad Edictum.

VEl filiorum tuorum.

Ad l. Vel filiorum tuorum.

RAT. DVB. Iurandum est per Deum & per creatorem non per creaturam aliquam, alioqui quid religionis & sanctitatis obsecro in iureiurando esse potest si alij quàm Deo, & per alium quàm per Deum iuretur? Atquin is qui per caput suum iurat vel filiorum suorum per creaturam iurat, non per creatorem, non est igitur licitum hoc iusiurandum, nec permittendum. DEC. Qui iurat per caput suum vel filiorum suorum, per salutem suam aut filiorum suorum iurare intelligitur, ac proinde respectu diuini numinis, à quo solo cuiuslibet salus pendet *l. qui per salutem 33. infr.* licitum ergo iusiurandum est licèt nulla Dei mentio fiat, quemadmodum & si quis per genium Principis aut per salutem Cæsaris quod idem est iurari sibi velit *l. si duo 13 §. vlt. inf.* Placet tamen quod nostri notant, hodie inter Christianos iurandum esse Deo & per Deum nominatim, non per creaturam licèt prætextu diuini numinis iuratum esse videatur.

5. VLPIANVS lib. 22. ad Edictum.

NOn erit iuratum habendum iusiurandum quòd si exegi, vt per salutem tuam iurares, & iurasti: stabitur. omne enim omnino licitum iusiurandum [a], per quod voluit quis sibi iurari, idoneum est. &, si ex eo fuerit iuratum, prætor id tuebitur.

Ad l.

Ad l. Non erit 5.

RAT. DVB. Nihil refert quid ex æquipollentibus fiat *l. vlt. infr. mandat l. mulier 21. in princip. vers. Brasidus infr. ad SC. Trebell.* Atqui iusiurandum Deo præstitum æquipollet iurando præstito per salutem, aut per caput iurantis. Fuerunt enim iurisiurandi verba illa solemnia, *Ita me Diespiter salua vrbe arceque bonis eiiciat vt ego hunc lapidem* vt ex Cicerone, Sexto Pompeio, Plauto, & Polybio tractat *Cuiac. lib. 1. Obseruat. cap. 21.* nec negari potest quin is qui iurat per salutem suam iuret etiam respectu diuini numinis *l. qui per salutem 33. inf* vt diximus *ad leg. praced.* Ergo ratum habendum est iusiurandum quo quis per caput suum aut per salutem suam iurauit, quamuis delatum ei fuerit vt per Deum iuraret. Dic, Iurisiurandi delata condicio implenda est, vt & aliæ ferè omnes in forma, vt nostri loquuntur, specifica *l. qui heredi 44. l. Mauius 55 infr. de cond. & demonstr.* Non autem impletur in forma specifica, cùm is cui delatum est iusiurandum, vt per Deum iuret, iurat per caput suum aut filiorum suorum Nec ergo videtur præstitum, ac proinde ex integro solemniter iurandum est, vt idem Vlpianus noster scribit in *l. qui per salutem.* Planè si exegerim à te vt per salutem tuam iurares, & tu per caput tuum iuraueris, puto huic iurisiurando standum esse: idque Vlpianum hic sentire, iuncto principio huius legis cum fine legis præcedentis. Quasi nihil intersit, quomodo nihil procul dubio interest, nisi solo verborum sono an quis per salutem suam iuret, an per caput suum: verèque vsurpari hoc casu potest quod obiecimus, nihil referre quid ex æquipollentibus fiat, nam sic locum hunc intelligere quomodo nostri vulgo intelligunt vt iurisiurãdo standum sit si is cui delatum est iusiurandum vt per salutem suam iuret per salutem suam iurauerit, ridiculum est. & extra omnem omnino dubitationem cùm nec dubitandi causa vlla sit quin sic deferri iusiurandum possit, vt per salutem tuam iures. Quid ergo si cùm tibi delata esset condicio iurandi per tuam salutem iuraueris per caput filiorum tuorum? Ostendit enim lex præcedens nihil interesse an per tuum an per filiorum tuorum caput iures. Sed non puto. Aliud enim est iurare te per tuam salutem, aliud verò per caput filiorum tuorum. Nam etsi delatum tibi esset, vt per caput tuum iurares, adhuc idem esset si per caput filiorum tuorum iurares, itémque si vt per salutem tuam iurares, non poteris iurare per salutem filiorum tuorum. Alia enim est salus tua, alia verò salus filiorum tuorum. Nec argumentum contra nos sumi potest ex lege præcedente, quę alterius Iureconsulti & Pauli est, non Vlpiani, erit tamen bona comparatio si detulerim tibi iusiurandum vt per salutem iures, tuorum filiorum, túque per eorum caput iuraueris, aut contra, nam inter caput, & salutem nihil interest, nisi verborum sono vt dixi.

a *Omne enim omnino licitum iusiurandum.* Malè Accursius noster subiicit exceptionem Nisi specialiter à iure prohibeatur, *ex §. sed si quis inferret l. quæ sub conductione 8. inf. de condic institu* Non enim licitum potest videri iusiurandum quod à iure prohibitum est vt in *d. § sed si quis*, vbi disertè illicitum appellatur. Quod verò à Prætore remittitur vt in specie *d. l. quæ sub condicione*, non quidem illicitum est sed tamen est inutile tum quoque cum ab eo præstitum est qui iurauit se daturum aliquid, vel facturum, nisi det posteà vel faciat, nec ad aliud prodesse potest quàm ad præbendam causam periurij, ideóque benè ac sapienter Prætores remittendum illud putauerunt *l. hac scriptura 26. infr. de condic. & demonstr.* Sed non pertinet iusiurandum illud nisi ad institutiones & legata vel fideicommissa quibus iurandi condicio adscripta est, nos de eo loquimur quod ab vno ex litigatoribus delatum est alteri siue in iudicio siue extra iudicium, quod cùm licitum est nunquam à Prætore remittitur, sed ab eo solo remitti potest qui detulit si forte contentus sit voluntate suscepti iurisiurandi *§. vlt. & l. prox. infr.* Illud certè non malè Accursius ex hoc loco notat, satis esse si fiat aliquid ad voluntatem eius cui fit. Id enim demum ac propriè satisfacere est *l. si rem 9. § omnis pecunia. inf. de pign. act. l. item liberatur 6. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. 3. §. necnon illud quoque de in rem vers. l. 1. sup. qui satisd. cogant. l. satisfactio 52. de solut.* Iunge quæ scripsimus ad *§. vlt. l. 3. sup.*

1 ¶ Diuus Pius iureiurando, quod propria superstitione iuratum est, standum rescripsit.

Ad §. 1. Diuus Pius.

Habet hic §. duplicem lectionem, Affirmatiuam vnam quæ ponit Diuum Pium rescripsisse standum esse iurisiurando quod propria iurantis superstitione iuratum sit. Negatiuam alteram huiusmodi iurisiurando standum non esse. Qui affirmatiuam probant, intelligunt de superstitione propria publicè non improbata, qui verò negatiuam, de propria superstitione publicè improbata. Castrensis, qui negatiuam magis probat, benè ponit rescriptum hoc Diui Pij ad eum casum pertinere, quo iusiurandum simpliciter delatum sit inter eos qui sint eiusdem religionis, quorum tamen alter propriam aliquam superstitionem habeat secundum quam iurauerit: sed non probo exemplum quod ille adfert de eo qui iurauit per aliquem sanctum, inquit, in quem habebat deuotionem. Religio enim hęc, & deuotio non superstitio est: nec video quodnam exemplum huius §. adferri possit apud Christianos, qui propriam superstitionem nullam agnoscunt, quæ non sit publicè improbata qui tamen casus tractatur *in §. seq.* Rescribebat enim Diuus Pius ad paganos & infideles, quorum tot erant ferè superstitiones, quot capita, cùm vix esset quisquam qui non proprium aliquem Deum peculiari aliqua superstitione coleret: nisi fortè ad Christianos potius respexit Diuus Pius quorum religionem ethnici passim vocabant superstitionem, præsertim verò Vlpianus noster, vt fuit ille nomini Christiano infestissimus, adeò vt Christianos exorcismis vtentes, impostores appellet in *l. 1. §. medicos infra de extr. cognit.* quod iam alio loco à nobis obseruatum est. Sensus igitur erit si paganus iusiurandum Christiano deferat vt iuret fortè per Iouem aut genium aut salutem Cæsaris aut per salutẽ suam vt in *l. si duo 13. §. vlt. l. qui per salutem 33. inf. hoc tit.* Christianus autem quia per creaturam iurare prohibetur iuret per Christum, aut vt passim hodie fit, per sacrosancta Christi

Euangelia non esse standum huic iuriiurando tanquam præstito contra formã delatam & ex propria superstitione iurantis. Ita enim Vlpianus & Diuus Pius loqueretur. Atqui hoc iniquissimum fuerit, sic namque eueniet, vt tali delato iureiurando quale Christianus sua religione præstare prohibeatur, nunquam possit ille iurando vincere, cùm tamen pagano lis esse possit cum Christiano. Iuris autem ratio faciat, vt inter quos omnes lis esse potest decidi quoque lites & controuersiæ iureiurando possint., quamuis Romanorum legibus & moribus Christiana religio publicè improbata esset, non minus quàm hodie apud nos Mahometica, non igitur defendi potest negatiua lectio, sed affirmatiua qualis est Florentina, omnimodo retinenda est, vt huic iuriiurando quod Christianus iuxta suam religionem præstiterit standum sit, licèt contra formam delatam præstitum fuerit. Eoque iure passim vtimur. Nam si hodie Catholicus hæretico deferat iusiurandum vt iuret super veneranda Christi crucifixi imagine vt Catholicis moris est, aut super sacrosancto missæ Canone aut super sanctis Diui Antonij reliquiis: Hæreticus verò cuius impietas & imaginem Crucifixi, & Missæ canonem & omnes omnium sanctorum reliquias ridet per sacrosancta Dei Euangelia iuret, ratum habetur iusiurandum. Alioqui sic, vt diximus, delato iureiurando, nulla iurandi ratio hæretico superesset. Proinde si Mahumetano etiam apud Christianum iudicem litiganti cum Christiano quod Venetiis & aliis plerisque locis sæpe accidit, Christianus deferat iusiurandum Mahumetano vt iuret per Christum in quem Mahumetanus non credit, ille verò per Mahumetum suum iuret, non dubito quin ratum haberi debeat iusiurandum, quamuis Mahumetana superstitio & impietas publicè apud nos improbata sit, quia Mahumetano Mahumetus pro Christo est; adeò vt si è contrario iuraret per Christum, non esset ei credendum, quia id ageret sanè vt Christiano illuderet, non vt serio iuraret, perinde ac si Christianus per Mahumetum apud Mahumetanos. Nam apud Christianos tale iusiurandum nec per iocum in re tam seria tantique momenti ferenda esset. Ex quo apparet quàm malè hic §. à Bart. Castrensi & aliis interpretibus acceptus sit qui hunc §. restringunt ad eum casum quo iusiurandum simpliciter delatum sit, nullo modo specialiter expresso, & inter eos qui sint eiusdem sectæ, aut si inter eos qui sint diuersæ, ad eum casum quo delatum sit iusiurandum per Deum eius cui defertur, non per Deum deferentis. Quod esset ridiculum & contra §. *sed si illicitum infr* vbi dicemus. Nec dubitãdi causa vlla, cur non huic iuriiurando standum esset quod præstitum inueniretur quale delatum fuisset. Ratio igitur dubitandi ad hunc §. illa est, quòd iusiurandum tale præstari debeat quale delatum est. Sed decidendi illa fortior quòd cùm iusiurandum Deo præstetur, & in testimonium religionis non minùs quàm veritatis, permittendum est ei cui defertur vt iuret secundum propriam suam superstitionem quæ vnicuique pro religione est. Et sufficit hoc casu præstari per æquipollens iusiurandum quod nec aliter præstari posset. Facit enim necessitas licitum quod alioquin esset illicitum.

2 ¶ Dato iureiurando, non aliud quæritur, quàm an iuratum sit: remissa quæstione, an debeatur: quasi satis probatum sit iureiurando.

Ad §. 2. Dato iureiurando.

Rat. dvb. Etiam post præstitum iusiurandum, multæ tamen possunt superesse quæstiones puta vtrum iuratum sit iuxta formam delatam *l. 3. §. vlt. supr.* aut an priusquàm iuratum sit delatio fuerit reuocata *l. si quis iusiurandum 11. Cod. hoc tit.* Item an delatum fuerit ab eo qui ius habuit deferendi aut præstitum ab eo qui ius habuit iurandi *l. nam posteaquàm 9. § iusiurandum l. iusiurandum quod 17 §. vlt. & l seq. l. tutor 35. in princip. & §. 1. infr.* Ergo etiam dato iureiurando aliud quærendum est, quàm vtrum iuratum fuerit. Dec. Semper præsupponendi sunt termini habiles *l. 1. §. vlt infr. ad SC. Tertyll. l. tutor 35. §. 1. inf. hoc tit.* Proinde cùm loquimur de iureiurando delato & præstito, de eo intelligere debemus quod rectè delatum & ritè præstitum sit; nec vnquam reuocatum. Et cùm ait Vlpianus postquàm iuratum est non aliud quæri quàm an iuratum sit, excludit duntaxat quæstionem an debeatur, quasi hoc ipsum satis probatum sit iureiurando, vt scriptum est *in hoc §. & in d. l. nam posteaquam 9. in princip & §. 1. l. in duobus 28. §. vlt. infr. l. post rem iudicatam 56. infra de re iudic.* Sic dicimus in actione in factum quæ competit ad precium recuperandum si mancipium redhibitum fuerit, non illud quæri, an mancipium in causa redhibitionis fuerit, sed hoc tantùm an sit redhibitum *l. quod si nolit 31. § in factum 17. infr. de ædilit. edict.* Interdum tamen etiam post præstitum iusiurandum superest quæstio an debeatur vt in specie *l. admonendi 31. infr. l. vlt. C. eod. l. si legatarius 23. supr. de dolo.* Sed omnes illi casus speciales sunt, & specialem habent rationem quæ ex ipsis legum verbis collegi facilè potest, habet ergo iusiurandum maximè vim probationis sicut & transactionis, & rei iudicatæ *l. 2. l. qui iurasse 26. §. vltim. & l. seq. infra.*

3 ¶ Sed si quis illicitum iusiurandum detulerit scilicet improbatæ publicæ religionis: videamus, an pro eo habeatur, atque si iuratum non esset: quod magis existimo dicendum.

Ad §. 3. Sed si illicitum.

Rat. dvb. Non habet quod conqueratur ille cui iuratum est ad eum modum quo ipse detulit cùm nulla volenti fiat iniuria *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua, & aquæ pluu. arcend.* iuncto principio huius legis. Ergo nil attinet distinguere an licitum iusiurandum sit an illicitum, sed illud tantum inspicere oportet an præstitum sit eo modo quo fuit delatum. Dec. Prius est vt iusiurandum bene deferatur, quàm vt benè præstetur. Non autem potest videri

benè

benè delatum,& iure,si sit illicitum & irreligiosum, cùm in omni iureiurando pietas maximè ac religio debeat elucere. Iuratur enim Deo aut saltem respectu diuini numinis, & in venerationem non in contemptum ipsius *l. quæ sub condicione 8. infra de condic. instit. l. qui per salutem 33. infra hoc tit.* Illicitum ergo est iusiurandum omne quod est irreligiosum, puta si quis apud nos deferat iusiurandum vt per capillos vel per viscera Dei iuretur, quod exemplum adfert Bartolus. Blasphemia enim esset, quæ etiam pœnam mereretur. Aut si Christianus Christiano deferat iusiurãdum vt iuret per Dianam aut Apollinẽ, vt apud Accursium. Est enim hoc iusiurandum improbatæ publicè religionis: Itaque quamuis permittatur ei cui iusiurandum licitum delatum est, vt per suam propriam superstitionem iuret, quamuis publicè improbatam sicuti diximus ad §. *Diuus Pius supra* non tamen permittitur ei qui iusiurandum defert vt illicitum deferat & religionis publicè improbatæ. An enim licitum vel illicitum sit iusiurandum quod præstandum est ex delatione ipsa æstimari debet non ex pręstatione. Quisquis enim iusiurandum defert, tale deferre debet quale præstare ipse possit si referatur *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. datur autem infr.* Et iuramentum quod defertur, argumentum præbet religionis non personæ illius, cui defertur, sed eius qui defert. Nullius ergo momenti est iusiurandum illicitum vt neque probationis neque sententiæ neque transactionis vim habeat, & ideo perinde habetur, acsi non esset iuratum.

4 ¶ Si neque iuratum est, neque remissum iusiurandum: pro eo debet haberi, atque si res iusiurandum admissa non esset, proinde si post ea iurare paratus sit, nihil ei hoc iusiurandum proficiet: quia ex eo, quod delatum est, iuratum non est.

Ad §. vlt. Si neque.

RAT. DVB. Quod factum est non potest haberi pro infecto *l. in bello 12. §. facti infr. de captiu. & postlim.* Nec rursum potest quisquam mutare consilium in alterius iniuriam *l. nemo potest mutare 75. de regul. iur.* Atquin is qui semel iusiurandum detulit, hoc ipso iudicem constituit aduersarium in causa propriâ *l. 1. in princip. infr. Quar. rer. act. non det.* Non ergo potest recusare quominus iuret aduersarius etiam ex interuallo neque ex pœnitentia delationem reuocare, sed sibi imputare debet cur semel voluerit *l. in diem 9. §. 1. inf. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Aut cur delationi non iniecerit condicionem si incontinenti iuraretur? Loquimur enim de purè facta delatione, cui tacitam condicionem addi quæ expressa non sit, facile non oportet *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus in fin. de verb. oblig.* Sunt enim odiosæ condiciones omnes, per quas scilicet fit vt actus condicionalis reuocari possit, & haberi pro non facto acsi nunquam interuenisset *l. pecuniam 36. sup. tit. 1.* quomodo & lex commissoria in venditionibus odiosa creditur, quia resoluit venditionem *l. Aemilius Larianus 41. supr. de minor. l. 1. 2. & pass. infr. de leg commiss.* Maximè verò cùm iurisiurandi religio tanti momenti sit vt nihil imputari possit ei, qui post delatum sibi iusiurandum non tam facilis esse voluit ad iurandum sed deliberare maluit an iurare expediret, aut referre *l. quæ sub condicione 8. De condit. instit. l. iusiurandum & ad pecunias 14. §. 1. inf hoc tit. l. illud aut illud 21. §. 1. infr. de pecun. constit.* DEC. Iusiurandum pro pacto conuento cedit *l. tutor 35. §. 1. infr. hoc tit.* Vnde & transactionis speciem continere dicitur *in l. 2. supr.* In omni autem pacto, conuentione & contractu consensum vtriusque paciscentium & contrahentium concurrere oportet *l. 1. supr. de pact. l. in omnibus rebus 55. infr de oblig & action.* ac proinde interuenire eodem tempore, alioqui non possunt videri concurrere, quæ fiunt diuersis temporibus. Consensus autem illius qui defert iusiurandum interuenit in ipsa delatione, illius verò cui iusiurandum defertur, in acceptatione & susceptione iurandi: suscipi ergo iusiurandum oportet & acceptari statim & incontinenti, hoc est, priusquàm diuertatur ad alia negotia *l. duos 6. §. vlt. infr. de duob. reis. l. continuus 137. in princ. de verb. oblig. l. 1. §. item si ita infr. ad leg. falcid.* non autem ex interuallo, ne facile eueniat vt quo tempore reus suscipere iusiurandum volet, is qui priùs detulit, nolit iam deferre, nisi fortè qui detulit perseueret instare vt iusiurandum vel præstetur, vel referatur, tunc enim iurari etiam ex interuallo post nouam delationem potest, sed quasi ex noua voluntate, nouaque delatione, nec quod purè ac sine vlla condicione facta sit delatio, ad rem facit. Tanto magis enim agnosci & suscipi statim debuit nulla interposita dilatione, nam quemadmodum quod purè promittitur statim debetur, ita quod purè defertur, statim agnoscendum & expectandum est, aut nunquam. Et sicuti aliquando accidit vt pura stipulatio ex re ipsa dilationem capiat *l. interdum 73. De verb. oblig.* ita & nonnunquam vt condicio tacitè aliqua inesse intelligatur, etiam cùm actus purus est, nempe cùm ex eo de quo agitur intelligi id potest, vt Paulus loquitur in *d. §. Chrysogonus in fi.* In proposito autem natura rei de qua agitur, id est, delati iurisiurandi ita fert vt etiamsi purè fiat, condicionem tamen tacitam habere videatur, si incontinenti iusiurandum suscipietur, aut referetur, vt neutro secuto sit locus pœnitentię, & deferens reuocare delationem possit, postquàm verò susceptum est iusiurandum non est locus pœnitentiæ, quamuis nondum iuratum sit non magis quàm si iuratum esset, nisi hactenus vt is qui iusiurandum detulit, gratiam iurisiurandi facere possit, hoc est, iusiurandum ei remittere, cui delatum est, & eum qui iuraturus fuit, habere pro iurato, vt dicemus *in l. seq.* Aut nisi post delatum iusiurandum, superueniant nouæ probationes, quibus malit actor confidere, quàm lubrico periurij rem committere, vt in *l. si quis iusiurandum 11. C. hoc ti.* Cuius periculi metu eo iure passim vtimur, vt in ipso quoque procinctu iurandi reuocari iusiurandum possit etiamsi non modò susceptum sit ab eo, qui iurare debeat, sed etiam si iudex iusiurandum admiserit, & interlocutus sit iurari oportere. Solemus enim dicere, interlocutionem de iurando nunquam transire in rem iudicatã quousque iuratum sit: Itaque tametsi iudex pronunciauerit ex delatione iurari oportere, intra certum diem [plerunque autem octauus dies in eam rem præstituitur] liberum est ei qui detulit, pœnitere impunè, id est, nullis ob eam causam refusis sumptibus, multo magis autem intra tempus, quod dari solet ei, cui iusiurandum delatum est, ad deliberandum vtrum

iurare velit, an alio modo intentionem actoris excludere suámque probare, nec enim aut iurare, aut referre, aut soluere cogẽdus est si per testes, aut per instrumenta probare malit. Adeò plerq; sunt timidi metu diuini numinis, & ad superstitionem vsque vt nec de ea re, quam certissimam esse sciant, iurare velint *d. l. quæ sub condicione*, in quo certè modestius faciũt, nec tantùm modestius, vt illi qui referre malunt quàm iurare *d. l. illud 25. §. 1. inf. de pecun. const.* sed etiam longè certius. Quod autem datur iis tempus ad deliberandum, ex *d. l. iusiurandum & ad pecunias 34. in pr. inf.* non impedit quominus suscipere iusiurandum possint, etiamsi ex interuallo id fiat instante scilicet ac vrgente non tantùm aduersario, sed etiam iudice. Cæterùm posteaquàm delatum susceptùmque est, iusiurandum non est ei permittendum, qui detulit, vt reuocet, nisi ex iusta causa: vt puta si quis easdem probationes habebat tempore delati iurisiurandi quas nunc habeat. Sibi enim debet imputare qui vltro detulit, cùm non cogeretur, *d. l. iusiurandum 34. §. datur autem & fr. l. 3. §. vlt. & l. seq. inf. vt in poss. legat. l. qui bona fide 13. § de illo inf. de damn. infect.* Prudenter itaque faciet is, cui iusiurandum delatum est, si petat tempus ad deliberandum, non an iurare velit, aut referre, ne locum pœnitentiæ relinquat, sed qua de re, aut ad quam formam iuraturus sit, vt hîc Bartolus notat, ex *dict. l. iusiurandum in princ.* Quamuis nec quicquam vetet peti tempus ad deliberandum ante acceptationem, vt tutius, & minore periurij periculo iuretur. Isque proculdubio sensus est Vlpiani, in *d. l. iusiurandum*, vt benè ad illum locum Castrensis, nisi malis nostram interpretationem probare, quam ad eum locum adferemus: necenim ideò verendum est, vt iusiurandum delatum reuocari faciliùs sine causa possit, aut vt præstari minùs possit, quasi ex interuallo, cùm tẽpus medium quod ad deliberandum petitur, & indulgetur coniungat extrema delationis & acceptationis, vt negari nõ possit iuratum esse ex eo iureiurãdo quod delatum est: Multum verò interest, an remissum sit iusiurandum, an reuocatum. Remissum enim habetur pro præstito, vt dicemus ad *l. seq.* sicut & illud quod habetur pro remisso de quo in *l. si nõ fuerit 37. inf hoc tit.* Reuocatum autem pro nec delato: nec tãtùm si reuocatum sit, sed etsi nulla reuocatione interueniente, neque iuratum sit, neque remissum iusiurãdum perinde namque haberi debet, acsi res in iusiurãdum admissa non esset, vt hîc Vlpianus scribit: sed non iuratum intellige, si nullo modo iuratũ sit, id est, neque ex delatione neque ex relatione.

6. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

REmittit iusiurandum, qui, deferente se, cùm paratus esset aduersarius iurare, gratiam ei facit, contentus voluntate suscepti iurisiurandi. Quod si non suscepit iusiurandum, licet postea parato, iurare actor nolit, non videbitur remissum, nam, quod susceptum est, remitti debet.

Ad l. Remittit iusiurandum 6.

Hæc lex est de remisso iureiurando id est, quod delatum quidem susceptumque sed tamen nec præstitum adhuc, nec ampliùs præstandum est, quod accidit, cùm is qui detulit, contentus est voluntate suscepti iurisiurandi, habétq; id pro præstito. RAT. DVB. Fieri facilè potest, vt qui iusiurandum suscepit, fingens paratum se iurare, nunquam tamen iuraturus sit, aut conscientia mendacij, aut etiamsi maximè antea iurare paratus fuit, mutata subinde voluntate, iniecto fortassis scrupulo, propter quem non modò iusiurandum relaturus, sed etiam litem omissurus, & amissurus sit, faciliùs quàm iuraturus. Lõgè enim aliud, & quid multo periculosius est iurare, quàm iusiurandum suscipere. Peierat, qui malè iurat, non etiam is qui delatum sibi iusiurandum duntaxat suscipit. Ideóque solent iudices, & debent eum qui iurare paratus est, piis, variisque exhortationibus, proposita diuinæ vltionis comminatione conscientiã hominis & instruere, & terrere, ne quid contemptu diuini numinis faciat, aut inconsideratius, quibus exhortationibus persuasi vel deterriti plerique, aut recusant iurare, aut iurant timidius, sæpe etiam verius: quam ob causam illud quoque benè receptum est, vt is cui iusiurandum delatum est, iurare per se debeat, non per procuratorem, qui huiusmodi exhortationes parum curaturus sit, tanquã in alterius animam, vt loquuntur, & alieno periculo iuraturus: nisi per se iurandi impossibilitas tanta sit, vt neque is qui iurare debet, possit ad iudicem accedere, neque ad eum iudex: quo tamen casu obseruandum est, vt alius iudex substituatur in ea prouincia, eóque loco vbi iurari oportet, potiùs quàm vt per procuratorem iuretur: quæ res tamẽ magnorum sumptuum plerumque materiam præbet, cùm eum cui iurandum est, adesse oporteat, & quidem sumptibus illius, quem coram substituto iudice iurare necesse est. Ergo iusiurandum remissum, non eo magis pro præstito haberi debet, quod susceptũ fuerit, cùm reuera non sit præstitum. DEC. Cùm ex delatione iuratur non tam sibi iurat is, qui iusiurãdum suscepit, quàm ei qui detulit: in cuius potestate fuerat, vt non deferret si vinci maluisset: quidni ergo ei licere debeat iurisiurandi gratiam facere, & habere iusiurandum pro præstito contra se, si malit contentus esse voluntate suscepti iurisiurandi: siue quòd rem aliter se habere posteà compererit, quàm ab initio crediderat cùm iusiurandum deferret, siue quòd aduersarium, qui iurare paratum se dicit, in eo esse videat, vt temerè sit peieraturus? quod cùm accidit, valde prudentis, & pij hominis est, iurisiurandi gratiam facere, potius, quàm sua pertinacia in id adigere aduersarium, vt peieret: nã nec citra peccatum mortale fieri hoc posset, si Diuo Augustino credimus, vt credere debemus, quoties is qui iusiurãdum defert, certò scit aduersarium peieraturum. Denique nihil tam naturale est, vt habet iuris regula, quàm vnumquodque dissolui eo modo quo colligatum est, atqui iurisiurandi non solùm voluntarij quod ex conuentione proficiscitur *l. iusiurandum quod 17. inf.* sed etiam iudicialis, quod in iudicio defertur, delatio tota pendet à voluntate deferentis, *l. qui iurasse 26. §. vlt. & d. l. tutor pupilli 35. §. 1. inf.* Quidni ergo ex sola deferentis voluntate reuocari poterit? planè sicuti non potest iusiurandum reuocari, nisi quod delatum fuit, ita neque remitti nisi quod fuit susceptum: & mutatio voluntatis superueniens post delatum, & ante susceptum iusiurandum, non remissio, sed reuocatio iurisiurandi dicenda est. Est etiam quædam quasi tacita remissio iurisiurandi, de qua in *l. si non fuerit 37. inf.*

7. VLPIA-

7. VLPIANVS libro 22. ad Edictum.

AIt prætor: *Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit: neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo. eius rei* sic erit accipiendum siue de tota re [a], siue de parte sit iuratum. nam de eo, quod iuratum est, pollicetur se actionem non daturum: neque in eum, qui iurauit: neque in eos, qui in locum eius, cui iusiurandum delatum est, succedunt [b].

Ad l. Ait prætor 7.

RAT. DVB. Iureiurando siue dato & præstito, siue remisso, reus qui iurauit, acquirit sibi exceptionem, *l. nam posteaquàm 9. §. 1. l. sed si possessori 11. l. si duo 13. §. idem Iulianus & pass. infr. adeòque perpetuam l. iusiurandum à debitore 40. eod.* Atqui exceptio omnis præsupponit actionem, nec eam tantùm quæ competat, sed etiam quæ instituta & proposita sit, cùm nihil aliud sit exceptio, quàm actionis exclusio, & quædam velut elisio *l. 2. in princip. & pass. infr. de except.* Implicat ergo contradictionem, vt prætor ex huius edicti verbis polliceatur se actioné non daturũ aduersus eum qui ex delatione iurauerit, & tamen ei qui iurauit det exceptionem, quandoquidem sine actione agere nemo potest, *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest.* Nisi contra seipsum *l. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* DEC. Actiones omnes ciuiles competunt quidem ipso iure, id est, priùs etiam quàm à prætore dentur, itémque prætoriæ nonnullæ, sed tamen dantur omnes à prætore, tanquam ab eo qui sit viua vox iuris ciuilis, *l. nam & ipsum 8. supr. de iustit. & iur.* Quamuis ergo non possit prætor ius ciuile tollere, nec quicquam facere contra leges, *l. necnon 28. §. quoad eius supr. ex quib. caus. maior. l. cùm sponsus 12. §. si res supr. de Public. in rem act.* prætoris tamen est sicuti actiones iure competentes dare petentibus, ita & denegare si iustam denegandi causam subesse videat, vt in specie *l. necessariis 57. infr. de acquir. hered.* Nec enim prætor cùm ita facit, tollere dicitur ius ciuile aut aliquid contra ius aut leges facere, sed asperitatem iuris ciuilis æquitate summa corrigere ac temperare, quod ei facere licet, *Instit. de bonor. poss. in princip.* Nam & cùm Prætor dat actionem sub exceptione, aut exceptionem sub replicatione, dicitur emendare exceptionem per replicationem, & actioné per exceptionem *l. in duobus 28. §. si is qui infr. hoc tit.* Est igitur in potestate prætoris, à quo petitur, actio post præstitũ, ex delatione iurisiurãdũ vt vel actioné omnino deneget, ex verbis huius edicti, si nihil allegetur eorum quæ diximus, ad *l. 5. §. dato iureiurando supr.* posse obiici aduersus iusiurandũ præstitum, vel si quam adhuc subesse controuersiam videat, siue de eo ambigatur an iuratum sit, siue, quod effectu idé est, an ritè rectéq. iuratum sit *l. qui per saluté 33. inf.* actioné det quidem sed sub exceptione *d. l. nã posteaquàm 9. in princ. & §. 1. infr.* Imò interdum etiã sine exceptione, si fortè per obreptionem petita sit actio & impetrata nullius iurisiurãdi facta mentione. Potest enim postea & apud iudicem datum allegari exceptio iurisiurãdi, etiamsi omissa esset in formulã si modũ iudicium esset bonæ fidei. Cùm huiusmodi iudiciis insint exceptiones omnes etiã iurisiurãdi non minùs quàm pacti & doli *l. sed si ideo 21 solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum delegat. 1. l. 3. infr. de rescind. vendit.* Parũ verò interest, si effectum rei inspicias, an actioné alicui deneget prætor, an verò det aliquam cum exceptione, cui locus esse possit, *l. nihil interest 112. iunct. l. Marcellus 66. de regul. iur.* Et quemadmodum solemus dicere, ei cui damus actionem, multo magis exceptionem dandam esse, *l. inuitus 156. §. cui damus eod. l. 1. §. is autem infr. de superfic.* Ita & dicendum est, contra eum cui actio denegatur, multo magis exceptioné dari oportere. Sic dicimus ex *SC. Macedoniano* nullã ei, qui contra Macedonianum filiofamilias pecuniã credidit, petitionem actionémve esse *l. 1. infr. de SC. Maced. & ex SC. Velleiano* nullam similiter cõtra mulierem, quæ aduersus Senatusconsultũ intercessit, *l. 2. ad SC. Velleian.* Nec tamen in iis titulis quicquam frequentius est, quàm vt mentio exceptionis fiat, vt & in *l. qui exceptionem 40. de condict. indeb. & alibi pass.* Sed non patiar vt cum Accursio, Bartolo, & Castrensi dicas, verba illa edicti *actionem non dabo* id significare, vt actio competens tollatur, non ipso iure, sed ope exceptionis. Neutrum enim verum est, & significatur iis verbis denegari actionem à Prætore, vt in *d. l. necessariis.* Actio autem, quæ denegatur, nec tollitur ipso iure, nec per exceptionem: non ipso iure, quia non aliter potest denegari quàm si petatur, sicuti nec concedi *l. 4. §. hoc autem iudiciũ infrà de damn. infect.* Peti autem non aliter iure potest, quàm si competat ipso iure. Non etiam ope exceptionis, quia actio quæ denegatur, nunquam proponitur, nec vlli exceptioni locum admittit. Sed & defendi potest, contra omnes interpretum omniũ sententias per iusiurandum nouari actionem, ideóque tolli ipso iure cùm habeat vim nouationis & delegationis *l. qui iurasse 26. §. vlti. infr.* vbi dicemus, vt proinde quod ait prætor, se actionem non daturum, in eum qui iurauit, rationem illã habeat, quia nec vlla cõpetit, alio sensu quã quo scriptum est in *d. l. necessariis.* actiones hereditarias, in suum heredé, qui bonis patris se abstinuit denegari. Quanquam nihil vetat obrepi prætori & actionem ab eo impetrari tacito iureiurando. Quo casu exceptio necessaria sit, illud certè constat exceptioné, quæ ex huiusmodi edicto cõpetit, talé esse vt vim habeat exceptionis litis finitæ, & ex earũ numero sit, quæ impediũt litis ingressũ nõ minùs quã exceptio trãsactionis aut doli, ex causa interpositæ trãsactionis *l. legãter 23. §. si post trãsactioné ꝟ. potuit auté quis infr. de cõdict. indeb.* Nã cũ id agit prætor, vt actioné alicui deneget, multo magis id curare debet, vt data actione impediatur tamé litis ingressus, si fortè is qui cõuenitur, opponat exceptioné, & quod magis est, eam probet statim, aut saltẽ petat dilationé, ad eam probãdã, quæ nõ esset similiter cõcedẽda, si de ea exceptione ageretur, quæ nõ esset litis finitæ, quãuis ingressũ litis impeditura esset, si de ea in prõptu constaret, vt ad Bartolũ tractat *Castrẽs. ex c. 1. de lit. contest. li. 6.* Addés aliàs plerasq. exceptiones, quæ impediũt litis ingressũ, si statim opponãtur, & probétur, nec tamé sunt exceptiones litis finitæ, inter quas ponit exceptioné præscriptionis, pacti de nõ adeũdo iudice, cui ego addo exceptioné pacti de nõ petẽdo. Ité exceptioné præiudicialé, & vulgatã illã quæ de euictione tenet, actio eũdé agenté repellit exceptio. Itémq. aliã quãlibet exceptioné notoriã, quia quæ sunt notoria non indigent probatione. Quarum exceptionem omnium singulare, aut potiùs commune ius est, vt opponi possint, & ante litem contestatã vt dilatoriæ *l. exceptioné 19. C. de probat.* & post

litem contestatam vt peremptoriæ *l. præsumptionem 8. C. de except.* Nec minùs tamen impediant litis ingressum, si modò ab initio allegentur, & incontinenti probentur, ita vt hoc casu non sit in arbitrio & potestate iudicis differre pronunciationem super his exceptionibus in longius tempus, non magis quàm iuris ordinem peruertere, vt ex Baldo notat hîc Castrens. *ex cap. exhibita extr. de iudic. l. 1. §. 1. suprà de fer.* Alioqui remittendæ sunt ad tempus vsque quod erit post litem contestatam, quod de dilatoriis & peremptoriis omnibus iuris est, si in vim peremptoriarum opponantur: Solæ præscriptiones fori excipiuntur, quę ab initio ita opponendæ sunt, vt opponi posteà nunquam possint, *l. vlt. C. de except.* Coniungit Castrensis supradictis exceptionibus exceptionem litis renuntiatæ. Sed non satis benè. Est enim hæc litis finitæ, si qua vsquam alia, cùm non meliùs finiri lis possit, quàm si liti renunciatum sit, quod fiebat olim solemniter, & in iure *l. postquàm liti 4. C. de pact.* vt & repudiatio hereditatis *l. sicut 4. C. de repud. vel abstin. hered.* Planè, quoties exceptio, siue iurisiurandi siue alia quælibet, altiorem requirit indaginem, dum ne sit præscriptio fori, differenda est pronunciatio, & in tempus litis contestatæ ex *d. l. nã posteaquàm 9. in princip. infr. l. ille à quo 13. §. si de testamẽto v. quid ergo ad SC. Trebell. l. 3. in princ inf. vt in poss. legat.*

a *Siue de tota re.* RAT. DVB. Iusiurandum habet speciem, & vim rei iudicatæ, *l. 1. & 2. supr.* hactenus scilicet vt imponat finem liti, & cõtrouersiæ, quomodo imponit res iudicata *d. l. in fin. l. 1. l. post rem iudicatam 56. infr. de re iudic.* Atqui non imponitur finis liti, si de parte tantùm iuretur: nam de alia parte lis supererit. Ergo vel nullomodo, vel de tota lite iurandum est. Quemadmodum, & si compromissum factũ sit, cogitur arbiter de tota controuersia sententiam dicere, nec sufficit vt de parte controuersię pronunciet, *l. qualem 19. §. 1. supr. de recept. Qui arbitr. recep. iunct. l. Pompon. 13. §. recepisse eod.* DEC. Boni prætoris est lites diminuere, quantum facere potest, vt si totam cõtrouersiam dirimere fortassis nequeat, saltem pro parte dirimat *l. quidam existimauerunt 21. supr. tit. prox.* Ergo si tota controuersia per iusiurandum decidi non possit, non eo minùs permittendũ est, vt de parte litis iusiurandũ & deferatur, & præstetur. Tantò minor enim futura est reliqua controuersia, tantóque faciliùs expediri alia ratione poterit *l. de rebus 14. infr. rer. amot.*

b *Neque in eos qui in locum eius succedunt.* His verbis videntur significari successores vniuersales, siue iure ciuili succedant, siue honorario aut ex Senatusconsultis, vel ex Constitutionibus. Circa quos minor est dubitatio, cùm succedant in vniuersum ius quod defunctus habuit *l. nihil est aliud 24. de verb. signific. l. heredem 59. de regul. iur.* Et hæc quidem decidendi ratio est: sed dubitandi illa, quòd iusiurandũ sit, quid tam personale, vt non nisi iurantis personã afficiat. Nec enim iurat quisquam alienæ animæ periculo, sed suæ: Vnde est quod si quando petatur in integrum restitutio aduersus contractum, qui iuratus sit, absolutio ei quidem qui iurauit necessaria est, ne alioquin obstet illi exceptio periurij, at heredi eius non item quia periurium in eum cadere non potest, qui iurauit tametsi in iurantis iura omnia successerit. Nec enim succedit heres quantumlibet vniuersalis in iura illa personalissima quæ personam defuncti egredi non possunt *l. ex pluribus 42 de administr. tutor l. si ita expressum 69. de condic. & demonstr. iunct. l. si ita legatum 65. §. illi si volet delegat. 1. l. qui Romæ 122. §. Agerius de verb. oblig.* quamuis faciliùs sit vt personalia ista transeant à defuncto in heredem, quàm à filiofamilias in patrem, vel à seruo in dominum *l. si stipulatus fuerim 76. in princ. eod. tit. iunct. l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* Sed pertinet hæc obiectio ad vinculum iusiurandi, quod certè non modò personale est, sed etiam personalissimum ita vt iurantis personam egredi nunquã possit. Cæterùm ius exceptionis, quod ex iureiurando acquiritur, transit ad eius heredẽ, & successorem quemlibet vniuersalem, non minùs quàm si ex pacto, aut ex transactione aut ex sentẽtia esset acquisitũ, cùm iusiurandũ & pacti conuenti & transactionis, & rei iudicatæ vim obtineat *d. l. 1. & 2. supr. l. tutor pupilli 35. §. 1. infr. hoc tit.* Adeò autẽ verũ est, transire exceptionem iurisiurãdi in heredẽ iurantis, vt transeat etiã in successorem singularẽ, vt subiicitur in *l. seq.* Obserua tamen, aliud esse quærere, an exceptio quæsita ex iureiurando transeat in heredem iurantis, de quo hîc agitur: Aliud autem quærere, an ex iureiurando defuncti, siue promissorio, siue assertorio heres obligetur: de quo neque in hac lege tractatur, neq. in toto hoc titulo. Illa tamen distinctio hac in re obiter notanda est, vt si iusiurandũ tale sit, quod contractũ alioqui futurũ inualidũ cõfirmare possit, *vt in auth sacramenta puberum. Cod. si aduers. vendit. c. 2. de pact. in 6. c. a. cùm contingat extr. de iureiur.* non minùs sit necessaria restitutio in integrum heredi quàm ei qui iurauit, quia in eum transit obligatio, ex cõtractu qui ob iusiurandũ validus est. At si cõtractũ, quia fortassis legib. aut bonis morib. prohibitum iurisiurandi religio validare nõ possit, puta si cõtractus sit vsurarius, aut qui alienæ mortis captandæ votum inducat, tum verò quia nõ est obligatoriũ, contra bonos mores præstitum iusiurandum, ex regula iuris pontificij, necessaria non est absolutio heredi qui non iurauit, quiq. nec ex contractu tenetur, sed iuranti tamen ipsi necessaria semper est, si modo tale sit iusiuradum vt seruari possit citra dispendium salutis æternæ *cap. debitores extr. de iureiur.* metu scilicet exceptionis aut replicationis periurij, quæ alioqui omnimodo obstaret.

8. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

ETiam si in rem successerint.

Ad l. Etiamsi in rem successerint 8.

Sensus est, exceptionem iurisiurandi transire nõ modò in vniuersales successores, de quibus actum est proximè, sed etiam in singulares, qui in re aliquã singularem successerint & titulo singulari puta venditionis, vel donationis vel permutationis, aut alterius huiusmodi. RAT. DVB. Personalis obligatio passiua non sequitur fundi possessorem, nec alium quemlibet singularem successorem *l. vlt. §. 1. infr. de contr. empt. l. 1. §. si heres ad SC. Trebell. l. æris alieni 15. C. de donat.* Ergo neque personalis obligatio actiua, id est, quæ parit actionem, nec ipsa actio transire in alium potest, qui non nisi singularis successor est, ob eámque causam introductum est remedium cessionis actionum *l. 3. §. vltim. supr. vsufruct. quem caueat. leg. si res obligata 58. de legat. 1. l. si res quam 59. infr. de euict. l. Modestinus 76. de solut.* DEC. Qua de re iuratum est,

eius rei nomine exceptio iurisiurandi ei qui iurauit, acquisita est ergo si ea res in alium transferatur, eadem exceptio simul cũ re ipsa transit in successorem singularem. Quemadmodum è contrario, si contra aliquem ius competat ratione cuiusdam rei, transibit ius illud etiam contra singularem eius rei acquisitorem *l. idémque 16. in fin. infr. pro socio. l. in hoc iudicium 14. §. 1. vers. igitur etsi abalienauero prædium supr. Commun. diuid. l. venditor 13. supr. Commun. præd. l. si tertium 6. §. si quis priusquàm infr. de aqua, & aqua pluu. arcend.* Idque est quod habet iuris regula, Ea quæ obstant his qui contraxerunt, etiam successoribus eorum obstare, & plerunque emptoris eandem causam esse debere circa petendum & defendendum quæ fuit heredis *l. quod ipsis 143. l. inuitus 156. §. plerunque l. aliud est 160. §. vlt. de reg. iur.* Fit enim semper alienatio cum sua causa *l. alienatio 67. de contr. empt. l. 3. in princ. & §. 1. infr. de pignor. l. indicata 29. §. 1. infr. de except. rei iudic.* Quamuis in iudicio in quo tractatur de iureiurando præstito, non tam principalis causa exerceatur, quàm iusiurandum conseruatur *l. eum qui 30. in princip. infr. hoc tit.* Optimum tamen est in cautionibus omnibus, quas ideo quis interponit, vt sibi quis suisque successoribus omnibus prospiciat, adiici mẽtionem eorum omnium ad quos res pertinebit, vt in *l. fluminum 24. §. adiicitur infr. de damn. infect.* Ne scilicet locus quæstioni relinquatur, an singulares quoq. successores ea cautione contineantur. Planè cùm agitur de iure aliquo reali, & quod ipsi rei cohæreat, vt in specie *d. l. si tertium 6. § si priusquàm de aqua & aquæ pluu. arc.* aut *de iure hypotheca vt in d. l. si res quam 59. de euict.* dubitari minus potest, quin transeat in successorem, etiam singularem vt pluribus tractat Bart. *ad d. §. si priùs.* At cùm tractatur de obligatione actiua, in singularem successorem transferenda cessio necessaria est, vt diximus, *Tot. tit. de hered. vel act. vendit. infrà & Cod.*

VLPIANVS libro 12. ad Edictum.

NAm, posteaquam iuratum est, denegatur actio, aut si controuersia erit, id est, si ambigitur, an iusiurandum datum sit: exceptioni locus est.

Ad l. Nam posteaquàm 9.

Huius legis initium iam explicauimus ad *l. non erit 5. §. dato iureiurando & ad l. 7. supr.* Neque alia hîc dubitandi vel decidendi ratio occurrit, aut quicquam aliud monendum, nisi quod iam docuimus, ad *d. l. 7.* malè Accursium in hac quoque lege verba illa, *denegatur actio*, sic explicare acsi scriptum esset, *exceptione repellitur.* Aliud enim est denegari actionem, aliud verò dari exceptionem, per quam actio elidatur, vt explicauimus. Veriúsque est denegari actionem hoc casu à Prætore, quia nec vlla competat ipso iure, si modò sciat prætor iusiurandum præstitum fuisse (fieri enim facile potest, vt ei obrepatur,) aut vt de eo ambigatur, vt hæc lex ait cùm iusiurandum sit species quædam nouationis & delegationis, & quidem voluntariæ, *l. qui iurasse 26. §. vlt.* vbi dicemus & ad *l. eum qui 30. in princip. infr.* vt lex ait.

1 ¶ Iureiurando dato, vel remisso, reus quidem adquirit exceptionem sibi, aliísque [a]: actor verò actionem adquirit, in qua hoc solum quæritur, an iurauerit dari sibi oportere: vel, cùm iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit.

Ad §. 1. Iureiurando dato.

Hunc quoque §. iam tractauimus ad *l. 5. §. dato supr.* Eadem enim ferè loci vtriusque sententia est, easdémque admittit dubitandi, & decidendi rationes, nisi quòd ibi agitur de iureiurando præstito duntaxat, hîc etiam de remisso, cuius tamen eadem in omnibus causa est, quæ præstiti cùm iusiurandum ritè, rectéque delatum si remissum sit, pro præstito habeatur, & similiter quod iuratum est, pro probato *l. sed si possessori 11. §. vlt. infr.* Ergo si reus ille sit, qui vel ex delatione iurauit, vel cùm iurare paratus esset, remisso iureiurando pro eo habetur, acsi iurasset, dicendum est, acquirere illum sibi exceptionem, si verò actor sit, acquiret sibi actionem *in l. in duobus 28. §. vlt. infr.* In qua actione hoc solùm quærendum est, an iurauerit dari sibi oportere, an verò cùm iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit. Non enim difficilius est, vt ex iureiurando detur actori actio in factum ad exemplum actionis, quæ ex iudicato nascitur *Lactori 8. C. de hoc tit.* aut actio ex eo contractu de quo iuratum est, vt in *l. si duo 13. § si quis iurauerit infr. eod.* quàm vt reo acquiratur exceptio, sicut & ex iudicato nascitur tam actio in factum quàm exceptio rei iudicatæ. Quo exemplo etiam exceptionem quæ ex iureiurando nascitur, vocamus exceptionem iurisiurãdi, quamuis actio iurisiurandi, quæ speciale hoc nomen habeat, nulla sit, nec minùs exceptiones in factum esse possint quàm actiones. Caue tamen, ne ex hoc §. inferas actionem priorem non perimi ipso iure, ob id solùm quod iuranti reo detur exceptio. Non enim datur hæc exceptio, nisi cùm ambigitur, an iuratum sit, aut an ritè iuratum: Alioqui denegat prætor actionem, quasi peremptam per nouationem & delegationem illã quæ ex iureiurando inducitur, vt scriptum est initio huius legis, *iunct. l. qui iurasse 26. §. vltim. infr.* Quamquam facile fieri potest vt actor obrepat prætori petátque ab eo actionem & impetret tacito iureiurando, & ad hunc casum aptari cõmodè possunt loci omnes in quibus tractatur de prima actione ab actore post iusiurandum instituta vel de exceptione per reũ opposita actori: & quibus abuti solent nostri vt probent nõ fieri nouationem per iusiurandum.

2 *Sibi alijsque.* Placet valde quod Accursius mauult, aliorum nomine intelligere fideiussores, quibus proculdubio prodest fideiussoris iusiurandũ, si modò de ipso contractu & de re agatur, non de persona quæ iurauit, *l. in duobus 28. §. 1. infr. hoc tit.* Siue dicas iusiurandum hoc solutionis loco cedere, vt in *d. §. 1.* siue pactionis: nam & pactum rei prodest fideiussori, si modò in rem fuerit, non in personam, *l. & heredi 21. §. vlt. & legib. seq. supr. de pact.* Nam de iurantis successorib. vniuersalib. ne hoc verbũ intelligi cõmodè possit, quãuis iis quoq. iusiurandũ proficiat, illud facit quod non alij esse videntur, qui eadem cum defuncto persona censentur *Nouell. 48. de iureiur. à morient. præst. in princip.* Cúmque iusiurandum, de quo hîc agimus, habeat vim pacti

d.l.2.supr.1.qui curasse 26.§.vlt.l.tutor 35.§.1.infr.hoc tit. consequens est, vt quemadmodum quisquis paciscitur, non tantùm sibi sed etiam suis heredibus paciscì intelligatur, *l.si pactu 9.infr.de probat.* Ita & quisquis iurat, non minùs heredibus suis, quàm sibi ipsi iurasse videatur.

2 ¶ Si damnetur quis post iusiurandum ex famoso iudicio, famosum esse magis est.

Ad §.2 Si damnetur quis.

Potest hic §. habere sensum duplicem: Vnum hunc, vt sententia post iusiurandum reddita, pro eo qui iurauit, perinde famosum & infamem faciat eum, qui ex famoso iudicio cõdẽnatus est, acsi per veras non fictas probationes cõdemnatus esset: Alterum illũ, vt sententia contra eum lata qui ex aduersarij delatione iurauerat se non deliquisse, nõ eo minùs famosum efficiat condemnatũ. Nascitur autem duplex hęc interpretatio ex iis verbis, *si damnetur quis post iusiurandũ.* Possunt enim intelligi de iureiurando præstito aut à se aut ab aduersario. Prior interpretatio supponit iusiurandũ præstitũ ab aduersario condẽnati: Posterior autẽ à cõdẽnato ipso. Prior ponit condemnatũ fuisse illũ contra quẽ iuratum est: Posterior verò condemnatum esse illum ipsum, qui iurauit. Interpretes vtramq. sententiam probant. Sed Iacob. Cuiacius primam, ad Paulũ in *l.eum qui 30.infr.* dummodò, inquit, condẽnatio secuta sit ex famoso iudicio nõ ex actione illa in factum quam iusiurandũ parit. Ad primam, ratio dubitandi non tam illa placet quæ à nostris adfertur, quòd in criminalib. probationes luce clariores esse debeant, (iusiurandũ enim probatio est, nõ ficta vt putant, sed vera non minùs quàm si facta esset per illius confessionem qui iusiurandũ detulit) quàm quòd is qui post præstitum ab aduersario iusiurandum cõdemnatus est, per iusiurandũ priùs, & potiùs quàm per sententiam condemnatus fuisse videatur, sentẽtia autem illa sit, quæ infamiã irrogat condemnato non crimen solum, non iusiurandum *l.infamem 7.infr.de public.iudic.* Sed ratio decidẽdi est, quia si iusiurandum habeat vim rei iudicatæ, exinde per sententiam condemnatus videtur is, contra quem iuratum est. Quidni ergo famosus fiet ex iudicio famoso, siue aliqua sententia sequatur iusiurandum siue nulla? Causa namque semper inspici debet, quæ est famosa. Quod si probationis tantùm vim habeat, quod necessariò dicendum est, cùm aliqua sequitur sententia (nec enim duplex sentẽtia in vno eodémque iudicio locum habere potest *leg. singulis 6.infr. de except. rei iudic.* & iusiurandum non tam ad hoc tendit vt finiatur instantia quomodo sententia quàm vt finiatur probatio vt Bartolus ad hunc §. non insubtiliter ratiocinatur) nõ eo minùs sententia debet infamare, quod probatũ sit crimen per iusiurandũ actoris, siue quòd non alia certior probatio quærenda sit, quàm quę fit per iusiurandũ *l.eum qui 30.infr.* siue quod quemadmodũ post iusiurandum præstitũ nõ de alio quæritur, quàm vtrũ iuratum sit § *prox.supr.* Ita & post latam sententiam illud duntaxat inspiciendum est, an lata sit sententia & an ex causa famosa quę etiã in priuato iudicio infamiã condẽnato irrogaret si nõ à sententia prouocatum sit *l.furti 6.§.1.supr.de his qui not.infam.d.l.infamem.* Quemadmodũ è cõtrario si quis iudicio famoso cõuentus sit, satis ei erit ad euitandã notam infamiæ, quòd iurauerit se non deliquisse, cùm eo modo suã innocentiã iureiurando adprobauerit *d.l.furti 9.sed etsi iureiurando.* Poterat quidem videri agẽdũ mitiùs cũ eo, qui ex aduersarij iureiurando condemnatus esset famoso iudicio, quasi abundè sufficeret exonerari petitorem necessitate probandi *d.l.eum qui.* Sed vt benè Castrensis respõdet, alia est pœna negationis de qua eo loco agitur & quã non potest incurrere is qui deferendo iusiurandũ fateri potiùs intelligitur, alia verò pœna infamiæ de qua agimus, & quam incurrit etiã ille qui confitetur. Nec ad rem pertinet, quod actio in factum quæ ex iureiurando nascitur, non est per se famosa. Fit enim famosa, cùm actio de qua iuratum, est famosa fuit. Et quamuis iusiurandum nouet actionem præcedentẽ *l.qui iurasse 26.§. vlt.* nõ tamen delet infamiam quia retinet causam quæ famosa est, retinet enim qualitates omnes primordiales præcedentis actionis vt dicemus ad *l.eũ qui 30.infr.* quod Cuiacius supra dicto loco nõ videtur benè percepisse. Ad secũdã verò interpretationẽ dubitãdi ratio illa est, quòd iusiurandũ habeatur & pro sententia, & pro veritate, vt proinde non possit non iniusta valde esse sententia, quæ condemnat eum qui iureiurando suo innocentiam suam adprobauerit *arg.d.§ sed etsi iureiurando.* Tantùm abest vt is, qui quamuis innocens condemnatus perperam fuit, infamia quoque notari debeat. Sed decidendi ratio fortior ea est. quòd licèt in quibusdam maiorem vim habeat iusiurandum quàm res iudicata vt diximus *ad l. 1.supr.* hac parte tamen plus potest res iudicata, quàm iusiurandum vt hic tractat Accursius, quia publicè interest res iudicatas effectum sortiri *l. seruo 65.§.cùm Prator infr.ad S.C.Treb. l. si fundus 16.§.si pluris infr. De pignor.* At iusiurandum haberi pro veritate, & pro re iudicata interest tantùm priuatim & eius qui iurauit, quoniam ex priuata litigantium conuentione proficiscitur *leg. iusiurandum quod 17. leg. qui iurasse 26. §.vltim.leg.tutor 35.§.1.infr hoc tit.* Ergo quamuis sententia contra sententiam lata non valeat *leg.1.Cod. quand. prouoc. non est necess.* iusiurandum tamen per sententiam subsequentem tolli potest, valétq; sententia contra præcedens iusiurandum reddita adeò vt transeat in vim rei iudicatæ si ab ea non fuerit appellatum. Nã si appelletur vix est vt possit defendi sententia contra iusiurandum lata, ex quo sequi potiùs absolutio debuerat *l.iusiurandum & ad pecunias 34.§.vltim.infr hoc tit.* Sic dicimus, si quis post transactionem condẽnatus nihilominùs fuerit, dolo quidem id fieri, sed tamen sententiam valere *leg. eleganter 23. §.si quis post infr. de condict.indeb.* Quidni enim bona comparatio sit cùm iusiurandum habeat etiam vim transactionis *d l.2.supr.* Sed & valeret sententia post sententiã si non esset opposita exceptio prioris rei iudicatæ *cap. inter monasterium extr.de re iudic.* quippe quã cùm sit facti supplere iudex per se nec potest nec debet, sed ea tantùm quæ sunt meri iuris *Tit. C.vt quæ desunt aduoc. part.iud.suppl.* Et certè si quis hanc secundam interpretationẽ probare malit, quam video & Zasio & aliis plerisque magis placuisse, ponendum necessariò est cum Accursio fuisse omissam siue per errorem, siue consulto exceptionem iurisiurandi, quæ nimirum allegata fieri vtique vix potest vt tam fatuus iudex quis reperiatur, qui eum, qui ritè iurauerit, condemnare velit. Quamquam etsi tam fatuus sit is, qui iurauit, vt nolit aut nesciat iurisiu-

iurisiurandi exceptionem obiicere, fatendum est sententiam non eo minùs valituram *argum. dict. §. si quis post*. Non ergo maioris hac parte potestatis est sententia quàm iusiurandum, cùm nulla opposita exceptio est, veriúsque est quod Castrensis concludit, exceptionem rei iudicatæ, iurisiurandi, & transactionis, à pari procedere. Sed si opposita sit exceptio rei iudicatæ aut iurisiurandi, aut transactionis, eo nimirum casu plus poterit res iudicata contra iusiurandum, vel transactionem, quàm contra rem iudicatam, quia valebit sententia vt diximus etiam contra iusiurandum vel transactionem reddita *d. §. si quis post* non etiam contra rem iudicatam *d. l. 1. C. quand prouoc. non est necess.* Cæterùm an valeat processus si exceptio iurisiurandi opposita sit: siue tanquam exceptio litis finitæ ante contestationem, siue post litem cõtestatam quasi peremptoria, alia quæstio est à Castrensi quidem nec indiligẽter nec malè hîc tractata, sed ad huius §. sententiã parum pertinẽs, sicuti nec illa valde ad rem facit, quam ex professo tractat Bartolus hîc, an sententia contra aliam sententiam lata valeat. In qua placet plerisque distinctio, quam ille adfert, an secunda sententia feratur in eadem instantia, an in alia, vt si in eâdem, non valeat siue secunda sit absolutoria siue condemnatoria: quod equidem certissimum & apud omnes in confesso est, quia per sententiam primam finitur instantia *l. 1. de re iudic.* Si autem in alia, valeat, & priore potentior sit, cùm habeat quod sibi imputet, qui aut prioris sententiæ exceptionem non opposuit, aut post habitam pro se sententiam iterum egit ex *l. duobus 19. infr. de except. rei iudic.* Sed magis placet, quod Castrensis contra Bartolum disputat, posteriorem sententiam non tenere etiamsi ex aliis actis aliàque instantia iudicatum fuerit ex *d. l. 1. C. quand. prouoc. non est. necess.* quæ alioqui nullam penitus dubitationem haberet si de eadem instantia intelligeretur. Ob idque cauere boni iudices debent ne sæpiùs eadem causa tractetur, quoniam alioqui facilè contingat non modo diuersa, sed etiam contraria & pugnantia pronunciari *d. l. singulis in fin.* nisi in posteriore instantia nouum aliquid & validum afferatur vt in *d. l. duobus* quomodo in supplicationibus vt vocant ciuilibus, quæ aduersus Senatusconsulta proponi solent, quotidie obseruatur, aut si fortè plures libelli siue ab eadem parte, siue à diuersis partib. propositi sint, iungendę sunt instantiæ quomodo pragmatici loquuntur vt vna eadémque sententia ambæ terminentur ad euitandam contrarietatem.

¶ 3 Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, vt iurem eum dare oportere: egóq; iurauero: tempore non liberatur: quia post litem contestatam cum eo perpetuatur aduersus eum obligatio.

Ad §. 3. Si is qui temporali.

RAT. DVB. Actiones tẽporales non perpetuantur nisi contestatione *l. 1. §. vlt. l. 3. supr. defer. l. vlt. C de præscript. 30. vel. 40 annor.* Atqui iurisiurandi delatio non est litis contestatio, maximè verò si iusiurandum ex conuentione & extra iudicium deferatur. nam & de huiusmodi iureiurando loqui hunc §. magis communiter placuit, & rectè, quamuis non æquè de iureiurando promissorio siue assertorio. Igitur temporales actiones per iusiurandum perpetuari non possunt. DEC. Iusiurandum siue voluntarium siue iudiciale per quod deciduntur cõtrouersiæ licet non sit propriè litis cõtestatio, attamen contestationis vim & speciem quandam continet, vt hic §. probat omnium optimè, aut vt meliùs dicam succedit in locum litis contestatæ quomodo loquitur Paulus in *l sed etsi 28. §. ex quibus supr. de iudic.* Nempe quia si non iuraretur, & eo modo lis non expediretur, contestatio facienda necessario esset vt ad sententiam perueniri posset adeóque ad iudicis dationem. Nec enim iudices dabantur olim à prætore, nisi post litem contestatam. Ideóq; dicitur iusiurandum habere instar iudicij sicut & nouationis & delegationis *l. qui iurasse 26. § vlt. infr.* Delegatio autem fit etiam per contestationem *l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. inf. de nouat.* Ergo si quis actori detulerit iusiurandum vt iuret reum dare oportere ex actione quæ erat temporalis isque iurauerit, non liberabitur debitor tempore sed actio perpetuabitur quasi per contestationem. E contrario igitur si qua talis actio proponatur quæ per contẽstationem perpetuari non possit, qualis est actio de dolo *l. vltim. Cod. de dolo*, dicendum erit nec per iusiurandum eam perpetuatum iri, vt benè Accursius ratiocinatur subiiciens, aliud esse in actione in factum quæ dari solet in subsidium & locum actionis de dolo. Ea namque perpetuatur vt ceteræ, cùm non sit famosa. *l. si superstite 5. eod. l. non debet 11. §. 1. supr. eod. ill. tit.* Actioni de dolo similis est restitutio in integrum quam voluit Iustinianus finiri quadriennio continuo ex eo tempore numerando ex quo annus vtilis incipiebat olim currere *l. vltim. C. de tempor. in integr. restit.* nec tantum ad interponendam contestationem sed etiam ad finiendam litem vt habent verba constitutionis. Dices tempus non esse modum tollendæ aut inducẽdæ obligationis *l. obligationũ ferè 44. §. placet. de oblig. & act.* Frustra ergo quæri, an actio tẽpore pereat. Sed ad actiones illas hoc pertinet, quæ sui natura sunt perpetuæ vt ciuiles omnes & pleræq. honorariæ de quibus in *l. in honorariis 35. eod. tit.* quas tamen etiam triginta annis tolli & perimi posse Imperatores posteriores voluerunt *l. 3. & 4. C. de præscr. 30. vel 40. annor. & Tit. de perpetuis & tempor. action.* Sed quæ hîc natura & ab initio sunt temporales, vltra tempus, quod iis exercendis præstitutum est, quales sunt redhibitoriæ de dolo & aliæ multæ honorariæ, non possunt viuere.

4 ¶ Si minor vigintiquinque annis detulerit: & hoc ipso captum se dicat: aduersus exceptionem iurisiurandi [a] replicari debebit, vt Pomponius ait. ego autem puto, hanc replicationem non semper esse dandam: sed plerumque ipsum prætorem debere cognoscere, an captus sit: & sic in integrum restituere. nec enim vtriq;, qui minor est, statim & circumscriptum se docuit [b]: Præterea exceptio ista [c], siue cognitio statutum tempus post annum vicensimum quintum non debet egredi.

Ad §.4. Si minor.

RAT. DVB. Quoties ex delatione iuratum est, nihil aliud quærendum superest, nisi an iuratum sit *l. 5. §. dato supr.* & in principio huius legis *l. sed si possessori 11 §. vltim. leg. tutor 35. §.1. infr. eod.* tanquam decisa per iusiurandum non minùs quàm per sententiam aut transactionem controuersia *l. 1. & 2. supr. l. post rem indicatam 56. infr. De re iudic.* ita vt nec de periurio quæri vllo prætextu possit *l.1. C. hoc tit. l. vlt. infr. tit. prox.* Ergo si ex delatione per minorem facta siue in iudicio siue extra iudicium iuratum sit, non eo magis restituendus est minor in integrum & adiuuandus per replicationem aduersus exceptionem iurisiurandi, præsertim cùm minore quoque iusiurandum deferente non minùs iurare aut referre cogendus sit aduersarius quàm si maior detulisset, ne alioqui deterioris condicionis sint minores quàm maiores, si hoc modo suas decidere ac terminare prohibeantur, quod iniquum esset *leg. quòd si minor 24. §. non semper supr. de minor.* Atqui si minoris aduersarius conscientia fortè motus iurare ipse noluisset, sed iusiurandum referre minori voluisset, minor autem iurasset, atque ita vicisset, nullam hodie de sua delatione conquerendi & in integrum restitutionem petendi causam haberet, quippe qui per aduersarij relationem iudex in causa sua constitutus victorem se effecisset *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. vltim. infr. hoc tit.* Ergo etiamsi victus fuerit aduersario iurante cui detulerat, non eo magis in integrum restitui debet tanquam læsus, quia nemo audiendus est id petens cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum postulaturus *l. pen. C. de solut. l. si pater puellæ 12. C. de inoff. testam. l. de fideicommisso 11. C. de transact.* Non potuisset autem iusiurandum referri minori, & minor ex ea relatione vincere nisi delatio præcessisset. In integrum autem restitutiones minorum non ex euentu æstimandæ sunt, sicut nec cæteræ, sed ex initio & ex eo quod potuit euenire *l. 3. §. scio in fin. l. verum 11. §. item non restituetur & §. si locupleti supr. de minor.* Nec ad rem pertinere videtur, quod minor ab initio læsus dici possit ex iurisiurandi delatione si eo tempore alias probationes habuit, ex quibus vincere tutiùs potuisset vt in *d. l. tutor pupilli 35. infr. hoc tit.* Nam imò verò ob hoc ipsum tanto minus videtur audiendus si post præstitum ab aduersario iusiurandum restitui velit in integrum, cùm ex ea restitutione futurum sit, vt nouis allatis probationibus periurium detegatur quod ne eueniat, summopere cauendum est, nec damni quod minor incurrit quódque non nisi pecuniarium est, tanta ratio videtur habẽda esse, quãta honoris, & existimationis illius qui iurauit *arg. l. cùm pater 77. §. cùm existimaret in fin. infr. de legat. 2.* Præter id quod esset etiam multo melius non esse detectum periurium, quàm vbi detectum est manere illud impunitum, ideoq. diximus de periurio quæri non solere *d. l. vlt. infr. tit. prox.* quia nec de puniendo eo tractari quicquam potest *l. 2. C. hoc tit.* DIC. Quicquid cum minore gestum est, si ex eo minor læsus sit siue dolo aduersarij siue sua nimia facilitate, rescindendum est per in integrum restitutioné, vt minor indemnis seruetur *l. 1. l. ait prætor 7. in princ. & pass. tot. tit. supr. de minor.* siue minor curatorem habeat etiam cuius authoritas in eo negotio interuenerit siue non *l. 1. & 2. C. si tut. vel curat. interuen.* Atqui minor qui aduersario iusiurandum defert siue in iudicio, siue extra iudicium gerit aliquod negotiũ, cùm iusiurãdum illud susceptum & præstitum habeat vim pacti cuiusdam conuenti *l. 2. supr. d. l. tutor. §. 1. infr. hoc tit.* Meritò igitur placuit aduersus delationem huiusmodi si ex ea iurauerit aduersarius, & minor victus sit, restitui minorem posse: At non absolutè & omnimodo ex hoc solo, quod minor sit, vt credidisse videbatur Pomponius, quem Vlpianus hîc refert, quamquam nec in iure tam certo errasse Pomponium probabile est, sed ita demùm si captũ, id est, læsum se probet ex sua delatione. Non enim subuenitur passim minorib. per restitutioné in integrum, sed ita demùm si capti & læsi nõ modò dicantur, sed etiam probentur *d. l. 1. d. l. quòd si minor. §. non semper d. l. verum 11. §. sciendum est autem leg. non omnia 44. & pass. supr. de minor.* Nec videri potest minor circumscriptus qui vsus est iure communi *leg. vlt. C. de in integr. restit. minor.* aut qui id fecit quod alius quilibet etiã maior annis vigintiquinque facere potuisset, & debuisset *l. minor se in id 48. §. vlt. supr. de minor.* Ergo ita demùm poterit restitui minor qui aduersario iusiurandum siue conuentionale siue iudiciale detulit, si ex ea delatione aduersarius iurauerit, & consequenter vicerit. Nec enim sola iurisiurandi delatio minori damnum vllum adfert quandiu iuratum non est, cùm è cõtrario possit delatio ei prodesse si fortè malit aduersarius referre, quàm iurare, neque rursum exceptio delati iurisiurandi vlla est, sed tantùm præstiti aut remissi. Præstito autem vel remisso iureiurando, quod minor detulerat, nec aliter captus, & læsus minor fuisse intelligitur, quàm si alias probationes habeat quibus causam suam instruere, & ita ius suum in tuto collocare possit, alioqui non habet quod conqueratur si id fecerit, quod etiam tutor pupilli facere ipsius nomine debuisset, nam si tutor pupilli omnibus aliis probationib. deficientib. iusiurandum deferat, vtiq. audiendus est, cùm iusiurãdum ex ea delatione præstitum pupillo quandocunq. agenti obstaturũ sit *d. l. tutor. pupilli.* Quid enim aliud, aut meliùs facere possit tutor qui videat etiam nullo delato iureiurando in ea causa pupillũ esse vt defectu probationum omnium certum sit iamiam cõdemnatum cũ iri? Cur non tentare debeat potiùs an per iurisiurandi delationem possit extorquere relationem, & per relationẽ vincere? Porrò quicquid tutor nomine pupilli sui facere potest, idipsum potest minor suo nomine facere ac citra spẽ restitutionis si tale sit in quo nec pupillo aduersus id quod à tutore gestũ esset dari restitutio deberet. Nec enim restitutio puberis fauorabilior aut plenior potest esse quàm impuberis. Idq. adeò verũ est, vt nec aliud admittendũ putẽ, tametsi aliquæ fortè probationes post iusiurãdũ præstitũ superuenerint minori, qui delationis tempore nullas habuerat. Nullus enim hac parte minoris fauor esse potest, qui iusiurandũ detulit non expectatis probationibus, quas nec sperare tùm potuisset, præsertim si iam tum vel in iure vel apud iudicem vrgebatur, vt intẽtionem suam vel tùm probare vel vinci cogeretur. Excipio casum illum quo etiam maior post præstitum iusiurandum audiendus esset nouas adferens probationes vt in specie *leg. admonendi 31. infr. hoc titul.* Sed si alias probationes minor habuit ex quibus certam propemodum victoriam sperare potuerit, dubitari non potest, quin læsus sit, & hoc ipso restituendus si iusiurandum deferre maluerit atq. ita victus sit. Quid enim periculosius quàm

aduersa-

aduersarium suum in causa propria iudicem constituere: quod tamen fit ab eo qui iusiurandum defert *l.1.infr.quar.rer.act.non det.* Nec sanè maior quisquam prudens ac benè consultus id faceret, vt iuris sui aleam mallet ancipiti periurio aduersarij committere, quàm certiorem litis victoriam ex certis probationibus sibi parare. Minor igitur hoc casu restituendus est *d.l.48.§.vlt.de minor.* Et quamuis hoc etiam casu potuerit euenire vt minor qui iusiurandum detulit ex relatione vinceret, minùs tamen sperandum id fuit quàm vt ex delatione vinceretur, cùm faciliores vulgo sint homines, & à communiter accidentibus procliuiores ad iurandum quàm ad referendum. Inspiciendum autem est ab initio id quod probabiliùs potest euenire *dict. leg. verum 11.§. item si locupleti supr.de minor.* Et quamuis minor victus sit non tam propter delatum, quàm propter præstitum iusiurandum: Delatio tamen à minore facta, illa est, quæ damni causam attulit, cùm non aliud iusiurandum præstari possit, quàm quod delatum fuit: Vt proinde fatendum sit læsum fuisse minorem non eo tempore quo iurabatur, sed quo iusiurandum deferebatur, quamuis non nisi in casum præstiti postea iurisiurandi: vt diximus, exemplo eius, quod scriptũ est *in l.si cui 18.infr. quand.dies legat.ced.* Ergo minori qui in delatione iurisiurandi captus & læsus fuit necessaria est in integrum restitutio. In eóque Vlpianus reprehẽdit Pomponium, qui minori captum se dicenti dabat replicationem quasi sufficeret minori vt læsum se diceret si modo minorem se apud iudicem pedaneum probaret. Non quasi crediderit Pomponius, contra quàm prudentibus cæteris omnibus visum sit minori succurrendum esse, tanquam minori, etiamsi læsus non sit, sed potiùs quasi fieri nequeat, vt non sit læsus minor hoc ipso quod iusiurandum aduersario detulit, si iuratum sit, cùm nõ possit non vinci. Idque significant verba illa Pomponij *& hoc ipso captus sit.* Et sanè vix est vt non lædatur is qui aduersarium suum in causa propria iudicẽ constituit. Et verò læditur quoties habet alias idoneas probationes, per quas certiorem possit sperare victoriam, nec tantùm hoc casu qui tamen vnicus tanquam singularis notatur ab Accursio cæterisque interpretibus, sed etiam si qua iusta exceptione potuit aduersarij intentionem elidere, cùm minor ipse cõueniretur, aut si actore intentionem suam non probante minor qui etiam nihil præstando, tamen absolui deberet *leg.4.C.de edend.l.vlt.C.de rei vindic.* actori iusiurandum vltro detulerit, quem tamen poterat nulla quoque obiecta exceptione summouere tanquam aut nullo iure agentem, aut fortassis etiam sine actione. His ergo casibus & aliis si qui sunt similes quos non multo difficilius esset inuenire, quàm quærere, cùm lædatur minor qui iusiurandum defert si ex ea delatione iuratum fuerit, putabat Pomponius non esse illi necessariam restitutionem, sed posse illi sufficere replicationem aduersus exceptionem iurisiurandi si contra eum ageret qui iurasset, itémque exceptionem si ab eo qui iurasset conueniretur. Sed cùm varij similiter casus sint in quibus fieri potest vt non sit læsus minor qui iusiurandum detulit tametsi aduersarius iurauerit, benè monet Vlpianus non ita indistinctè probandam esse Pomponij sententiam, nec semper dandam esse minori replicationem illam quam dabat Pomponius sed plerumque ipsum Prætorem debere cognoscere an captus sit minor, & sic, id est eo demùm cognito in integrum eum restituere. Nec enim vtique, inquit, qui minor est, statim circumscriptum se docuit. Admittit ergo Vlpianus aliquo casu quod volebat Pomponius ei sufficere replicationem aduersus exceptionem iurisiurandi, sed vult tamen plerunque necessariam esse restitutionem de qua tamen Pomponius nihil dixerat. Nec est quod cum Accursio nostro cæterísque interpretibus pugnantes istas Vlpiani & Pomponij sententias sic concilies vt dicas minori dandam esse replicationem, sed data illi priùs in integrum restitutione. Nam quo casu dabis locum replicationi, necesse est excludi restitutionem in integrum. Et contra inducta necessitate petendæ restitutionis excludes replicationem. Ratio est quam non potuerunt videre interpretes ignoratione eorum, quæ circa restitutionem in integrum minorum, & ea iudicia quæ iuris ordinarij habebant executionem iure vetere obseruabantur. De minorum restitutione in integrum solus cognoscebat Prætor, & in prouincijs Præsides vel Proconsules qui partibus Prætoris fungebantur, vt diximus *ad d.l.1.supr.de minor.* ideóq. ex edicto illo Prætoris de minorib. nulla propria actio vel cautio proficiscitur, sed totum id pẽdet ex cognitione Prætoria *d.l.quòd si minor 24.§.vlt.l.Aemilius 41.eod.tit.* At iudicia ordinaria per datos iudices & pedaneos expediebantur vsque *ad l.2.C.de pedan.* In extraordinariis cognitionibus nullæ vsurpabantur formulæ, nec proinde vlius actioni aut exceptioni, aut replicationi locus relinquebatur *leg.actio 47.supr.de negot.gest.* vbi dixi, *& tot tit.C.de formul.& impetr.act.sublat.* At in ordinariis sicut actio à Prætore dabatur actori & formula: ita & exceptio reo quæ actionem si æquum esset emendaret. Itémque replicatio actori quæ exceptionem si opus esset corrigeret *leg.in duobus 28.§.si ei qui infr. hoc tit.l.2.3.& pass. infr.de except.* Proinde de replicationis, aut exceptionis veritate & æquitate, quàm datus iudex nominatus in formula, qui tamen non poterat de in integrum restitutione minoris cognoscere quæ maiores vt diximus iudices exigebat, vt de causa liberali scriptum est in *leg. non distinguemus 32.§.de liberali supr. de recept. Qui arbitr. recep.* nec si in alia specie quæ per iudicem datum iure ordinario expediebatur, quæstio restitutionis incidisset. Hoc enim primus induxit Iustinianus in *leg.vlt.in fin.C.vbi & apud quem cognit.in integr.restit.agit.sit* vbi & aliis plerisque magistratibus qui antea de huiusmodi restitutione cognoscere non poterant cognitionem hanc dedit, sed Magistratibus non pedaneis iudicibus, nisi hactenus vt de ea incidenter cognoscerent. Quod ita accipiendum videtur, vt de ea pronunciare etiam possint, quamuis regulariter aliud sit in iis qui non nisi incidenter quæstionem aliquam ad se non pertinentem examinant *l.1. C.de ordin.iudic.* Quonam igitur casu dicemus cum Pomponio & Vlpiano posse minorem adiuuari per replicationem? Nimirum eo casu quo appareat & in confesso aut notorio sit læsum fuisse minorem, cùm detulit iusiurandum, puta si probet apud iudicem datum eas se iam tùm habuisse probationes ex quibus haud dubiè potuerit vincere, & ad quas nihil penitus etiamnum respondere aduersarius possit. Nam si altiorem indaginem & prolixiorem tractatum ea res exigat, ad Prætorem necessario remittenda res est, quia & super restitutione in integrum antea pronunciandum est, vt Vlpianus noster significat his verbis *sed plerunque ipsum Prætorem debere cognoscere an*

captus sit & sic in integrum restituere. Illa enim verba *& sic* non aliter à prudentibus nostris accipiuntur quàm si scriberent, *atque ita ex ordine.* Et notandum est, quod ita loquitur Vlpianus vt dicat *ipsum prætorem debere cognoscere* vt significet cognitionem hanc adeo propriam esse Prætoris, vt illam exercere per se debeat nec sit in eius arbitrio & potestate iudici pedaneo eam committere. Prætori enim ea res cognoscenda & inquirenda concessa est, non negligenda aut alij committenda vt in simili noster idem Vlpianus loquitur *in l. cùm hi 8. §. si Prætor aditus supr. de transact.* etsi species quæ ibi tractatur de cognitione transactionis alimentorum, huic nostræ dissimilis in eo est, quod cognitionẽ de alimentorum transactione Diuus Marcus Prætori mandauit. Vnde est quod nec mandare ex hac causa iurisdictionem suam Prætor potest *d. l. cùm hi in princip. & §. sed nec mandare* ex regula *leg. 1. supr. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* Cognitionem verò de minorum restitutione Prætores ipsi sibi reseruarunt verbis illis edicti, *Vti quæque res erit animaduertam d. leg. 1. de minor. l. 1. l. 4. §. duas infr. de damn. infect.* ideóque mandare iurisdictionem suam ex hac causa possunt *leg. solet 16. & seq. de iurisd.* sed iudicem pedaneum dare ea de re non possunt, quia iudex datus iurisdictionem nullam habet sed tantùm iudicationem *leg. ait Prætor 5. infr. de re iudic.* Nec illud quoque defendi potest, quod volunt interpretes posse cum replicatione coniungi restitutionem in integrum per modum contradictionis vt in *l. Papinianus 8. §. si filius supr. de inoff. testam.* Nam in querela inofficiosi testamenti de qua eo loco agitur, erant iidem iudices qui & in petitione hereditatis, nimirum centumuiri. Erat enim vtrumque iudiciũ Centum viuorum ab initio, vt nos docuimus *ad l. 5. §. vlt. supr. de hered. petit. ex l. vlt. C. eod. ill. tit.* licèt immutatũ illud posteà fuerit, vt de hereditatis petitione etiam iudex pedaneus cognoscere & dari posset, quò nos respeximus cùm negauimus de hereditatis petitione cognitionem Centumuirorum fuisse ad *d. §. si filius ex l. 1. C. d. ordin. iudic.* secundum eam illius loci emendationem quam nos in Coniecturarum nostrarum libris attulimus, aliisque quàm plurimis iuris locis, in quibus mentionem fieri videas iudicis de hereditate & eius petitione cognoscentis: Eo namque nomine non alium significare prudentes solent, quàm qui à Prætore vel à Præside datus sit. At restitutionis minorum alia semper ratio fuit. Nec enim de ea cognoscere alij potuerunt quàm Prætores in vrbe & Præfecti vrbis ex appellatione, vt in *d. l. Aemilius.* Præsides verò in prouinciis ad legem vsque Iustiniani quæ extat in *d. l. vlt. C. vbi & apud quem cognit. in integr. restit. agit. sit.* Ergo nec per modum contradictionis proponi potuisset, apud iudicẽ pedaneum qui de principali alia causa ordinaria cognoscendi & pronunciandi ius habuisset, quamuis non negem posse hodie hoc fieri post *d. l. vlt. in fin.* Sed Pomponium, & Vlpianum ex eo iure, quod ipsorum temporibus obtinebat, explicamus, non ex eo quod nunc obtinet. Nam & moribus nostris passim admittitur rescindentis & rescissorij iudicij cumulatio vt pragmatici loquuntur, quæ tamen ex iuris communis ratione admitti certè nunquam potest. Sed rescindens iudicium absolui necesse est antequàm ad rescissorium perueniatur *l. in causa 13. §. 1. in* illis verbis *vel rescissa alienatione dato in rem iudicio supr. de minor.* vbi dixi & *in part. 1. Chiliadis nostræ de error. pragmat. & interpret. iur.* Eodémq; modo intelligendum est, quod in hoc §. sequitur *Præterea exceptio istæ siue cognitio.* Non vt exceptio ista & cognitio sint idẽ quid & vnum, sed vt exceptio, id est vt benè Accursius explicat, replicatio (nã & replicationes omnes sunt exceptiones quædam secundariæ) referatur ad eum casum quo admittit Vlpianus ex Pomponij sententia replicationi locum esse posse, cognitio autem ad eum casum, quo velit Vlpianus non replicationi, sed restitutioni in integrum locum esse debere. Inter quos casus illa etiam differẽtia est, quod petita per cognitionẽ prætoriam restitutione in integrum speciale mandatum requireretur si eam petere minor per procuratorem vellet quod opposita replicatione nõ requireretur, quoniã idem esset iudicium, eadémque instantia vt benè hîc Castrensis notat, *ex l. illud 25. §. vlt. & l seq. supr. de minor. & ex notat. per Innoc. in cap. coram de in integr. restit.*

Iusiurandũ detulerit. Intellige cũ authoritate curatoris, si quẽ habuit: Alioqui nõ valeret delatio, non magis, quàm si à pupillo facta esse, cùm minor curatorẽ habẽs æquipararetur pupillo quantũ ad ea quę ad bonorum administrationẽ pertinent ex *l. si curatorẽ habens 3. C. de in integr. restit. minor.* Si credimus interpretibus, contra quos tamen vide quæ scripsimus in Chiliade *de error. pragmat. decad.*

b *Aduersus exceptionẽ iurisiurandi.* Ponit ergo Iurisconsultis egisse minorem ex prima sua actione quæ ante præstitũ iusiurandum ei cõpetebat, eo scilicet casu, quo non fuerit ipso iure sublata per iusiurandum aut potiùs quo sit obreptum prætori impetrata actione tacito iureiurando, aut etiam minor aut quo non voluerit haberi eam pro sublata. Iusiurandum enim habet speciem quandam nouationis & delegationis vt diximus ad *l. ait Prætor 7. supr. ex l. qui iurasse 26. §. vlt. infr.* scilicet cùm hoc actũ est: nam nec aliter fiebat iam olim nouatio *l. 2. infr. de nouat.* Nam si iusiurandũ modus est tollendæ obligationis etiam naturalis *l. vlt. infr. eod. l. stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* multo magis obligationis ciuilis, ex qua nascitur actio *l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* Quòd si cum Castrensi poneres alium casum, quo sublata fuisset ciuilis obligatio & cõsequenter actio, puta si minor debitorem suum liberasset per acceptilationẽ aut vsucapta esset res mobilis & ita dominium rei suæ perdidisset, (nullo enim casu volunt nostri actionẽ pristinã tolli per iusiurandum vt dicemus ad *d. l. qui iurasse 26. §. vlt.*) non posset minor incipere à prima actione quæ ampliùs nulla esset sed petere in integrũ restitutionẽ deberet, vt ei restitueretur actio quæ nõ iam directa vt antea sed vtilis dicenda esset & rescissoria & prætoria, proindéque annalis tametsi rei persecutoria. Ex *reg. l. in honorariis 35. de oblig. & action.* vt benè Castrensis notat: In qua restitutione de eo quærendũ & cognoscẽdum erit an læsus fuerit minor cùm iusiurandũ detulit, & iureiurando præstito debitorem suum per acceptilationem liberauit, aut rem suam vsucapi passus esset, neque separatim de exceptione aut replicatione vlla tractandum esset. Itaque non est hic casus, de quo egit Pomponius, & post eum Vlpianus.

b *Statim & circumscriptũ se docuit.* RAT. DVB. Minor plerumque læsus præsumitur ita vt probatione onerandus sit potiùs is contra quem restitutio in integrũ postulatur. Puta si minor in eo læsum se dicat, quòd pecunia in rem eius versa non sit vt *in l. prædiorum 10. l. si prædium 16. C. de præd. minor.* Non est igitur probatione onerãdus minor vt se non modò minorem docere debeat, de quo equidẽ non dubitatur

tur *l.minor 32.l.de ætate 43.ſupr.de minor.* ſed etiam circumſcriptum. De c. Generale eſt vt actor quilibet ſuam intentionem probare debeat, alioqui ſummouendus ſit etiam ſi aduerſarius nihil præſtet *l. 4. C. de edend.l. actor 23.C.de probat.l.vlt.C.de rei vindic.* Atqui minor qui petit reſtitutionem in integrum etiam per viam exceptionis & contradictionis actor eſt *l. in exceptionibus 19.infr.de probat.* Ergo minori incumbit onus probandi ſe, & minorem & læſum fuiſſe. Alia quæſtio eſt, An pecunia in rem minoris verſa ſit. Probatio enim ei iniungitur, qui cum minore contraxit ſi contra legis prohibitionem & non ſeruatis ſolemnibus cõtraxerit nec adhibito curatore vt *in d.l.prædiorum & d.l.ſi prædium.* Secus ſi ſeruatis ſolemnibus, & authore curatore. Sed & ſi ſolutio facta ſit curatori ipſi, non cogitur diſputare is, qui ſoluit an pecunia verſa ſit in rẽ minoris *l. ait Prætor 7.§.ſed etſi ei ſupr.de minor.* De quo videnda ſunt quæ ſcripſimus in Codice noſtro *defin. 1. & 4. Si tut. vel curat.interuen.* Separant noſtri creditorem à cæteris, quaſi cauſa eius durior eſſe debeat, vt probare ſemper teneatur verſam eſſe pecuniam in rem minoris ex *l.1.C.ſi aduerſ.credit.* Sed excipiendus tamen ille caſus eſt, quo quis crediderit minori authore curatore, vt ſcripſi *defin. 1. & 2. C.ſi aduerſ.credit.* Subinde quærunt de minore qui renunciauit appellationi aut paſſus eſt labi tempora ad appellandum præſtituta, aut compromiſit in arbitrum vel in arbitratorem, an poſſit ſtatim reſtitui in integrum an verò probandum habeat ſe bonam cauſam fouere, vt ſe læſum probet, quemadmodũ in ſpecie huius §. probare cogitur ſe alias probationes habuiſſe vt probet ſe læſum in delatione iuriſiurandi. Et Bartolus quidem variauit, ſed eo iure vtimur, vt minori quidem detur reſtitutio ſtatim & ſine cauſæ cognitione ad fines vt aiunt agendi aut appellandi, ſed tamen non aliter vincat quàm ſi bonam ſe cauſam habere probauerit, ideóque in finem iudicij differtur pronunciatio de iure & æquitate reſtitutionis. Idque certè multo æquius, & expeditius eſt, nec minùs ſi compromiſſũ ſit in arbitratores quàm in arbitros iuris, licèt Caſtrẽſis diſtinguat. Nam etiamſi malam cauſam habens minor, nec ſatis idoneas probationes, potuit tamen vincere cõpromiſſo facto in arbitratorem qui ſecundum ſuam conſcientiam ferre ſententiam poteſt, non eo minùs tamen læſus intelligitur, qui auxilium iuris communis ſibi ademit, ideóque reſtitui ſtatim & indiſtinctè poteſt quãuis fieri poſſit vt poſt impetratã reſtitutionẽ ſuccumbat in lite: Sibi namque imputet qui reſtitutionem maluit impetrare, quàm arbitri expectare ſententiam aut arbitratoris, per quem vincere fortaſſis potuiſſet *l. ſi minor 34.§.1.vbi dixi ſupr.de minor.iunct.l.ſi dictum 56. §.ſi compromiſero de euict.* Quemadmodum enim non læditur minor qui iure communi vtitur *l.vlt.C.de in integr.reſtit.minor.l inter eos 51.§.pen.infr.de fideiuſſ.* Ita è cõtrario læditur, qui iuris communis auxilium ſibi præripit quale eſt appellationis *l.3.§.falſus procurator infr. rat. rem haber.* Sibi autem præripit qui in arbitrum compromittit, quia ſtandum eſt ſententiæ arbitri ſiue æqua ſit ſiue iniqua *l. diem proferre 27.§.ſtari ſupr. de recept. qui arbitr.recep.l.1.C.eod.* licèt moribus noſtris magno reipublicæ malo permiſſa ſit appellatio & petitio reductionis ad arbitriũ boni viri ex iuris canonici vt vocant æquitate *Can. iudic.2.quæſt. 6.cap.2.& cap.expoſita de arbitr.cap.cauſam Extr.de elect.* Quod iure ciuili nũquam permittitur niſi per oppoſitam exceptionem doli in ſingulari caſu *l.non diſtinguemus 32.§.cùm quidam ſupr.de recept. qui arbitr.recep.* Eſt autem tãto abſurdius quod volunt interpretes minorẽ non aliter poſſe reſtitui ad appellãdum, aut aduerſus cõpromiſſum quàm ſi probet ſe iuſtam appellandi aut non cõpromittendi cauſam habuiſſe, quod volunt probationes in hãc rem factas prodeſſe in principali negotio nõ debere. Sic enim Caſtrenſ. poſt alios, quia inquit, probationes iſtæ ad alium finẽ producuntur. *Ex cap.veniens Extr.de teſtib.* Atque ita duplici incommodo & diſpendio minorem afficiũt, quod iniquũ eſt. Aliud eſſet ſi ſummariam illã cognitionẽ quam exigũt ad dandã minori reſtitutionẽ ex ſola actorũ & inſtrumentorum inſpectione perfici ſufficeret, nullis allatis nouis probationibus. Poſſet enim id fieri commodè ac ſine ſumptu. Sed cùm iudiciũ nullũ ſit adeò ſummariũ, nulláque cognitio tã ſummaria vt nõ ſit neceſſe fieri quicquid fit vocatis omnibus qui ex eo actu lædi poſſent *l. de vnoquoque 47.inf.de re iudic.l.nã ita 59.ſupr. de adopt.* apparet nouas probationes quas noſtri à minore exigunt non ſine magno ipſius incommodo ſumptúque fieri poſſe, quæ nihil ei in principali negotio ſint profuturæ, vt ei actum iterũ agere ſit neceſſe. Cur ergo, inquies, cauſæ cognitionẽ requirit Vlpianus, ſi velit minor in integrũ reſtitui aduerſus delationẽ iuriſiurandi? An non etiã appellationis auxilium ſibi præripit is, qui aduerſario iuſiurandũ defert, cùm ex ſua velut cõfeſſione ac voluntate condemnetur? Eóque ſanè videtur reſpexiſſe Pomponius cùm minori ſuccurrendũ eſſe dixit per replicationem ſolam, nulla reſtitutionis facta mentione, quod nec Vlpianus negat in quibuſdã caſibus ſequendũ eſſe. Sed addit tamen, quod Pomponius prætermiſerat, plerũque Prætorẽ ipſum debere cognoſcere an minor captus ſit. Non quaſi in dubio non ſit præſumẽdus captus & læſus, hoc ipſo quòd aduerſarium in cauſa ſua iudicẽ conſtituerit (in eo namque videtur Vlpianus cum Pomponio ſentire. Alioqui non plerũque, ſed ſemper & omni caſu cognoſcere Prætor deberet, cùm nũquã poſſit ei ſubueniri tanquã minori ſi non & læſus ſit) Sed vt intelligamus non ob id ſolùm quod quis minorẽ ſe docuit, videri etiam docuiſſe ſe captũ vt prohibendus ſit aduerſarius probare contrariũ. Eſt enim hæc tantùm præſumptio iuris qua Põponius nitebatur, vt minor qui iuſiurandum detuliſſet, hoc ipſo quo probatur minor fuiſſe delationis tẽpore pro capto quoque habeatur. Sed quæ tamen nõ tanta probatio eſt vt non admittat probationem in cõtrarium, ſi fortè is qui ex minoris delatione iurauit alleget velítque probare non fuiſſe læſum minorem, ſed ſe non minus ex veritate, quàm ex delatione iuraſſe? An non neceſſaria eſt hoc caſu prætoria cognitio ſi minor perſeueret dicere ſe & minorem, & læſum fuiſſe? Debet quidẽ minor docere ſe captum & læſum eſſe, ſed tamen docet aliquando ſola iuris præſumptione niſi aduerſarius probet contrariũ vt in *d.l prædiorũ & d.l.ſi prædium.* Aliquando verò probare cogitur, idque quoties præſũptio nulla eſt quæ pro eo vrgeat contra aduerſariũ, & eo caſu ſi probauerit haud dubiè vincit. Sic dicimus dotem quæ in prius matrimoniũ data eſt non aliter videri cõuerſam in poſterius quàm ſi id actũ fuerit vt Paulus loquitur *in l dotẽ 30.infr.de iur.dot.* ſed tamen *dum hoc agi ſemper interpretemur niſi probetur aliud cõueniſſe*, vt ibidẽ ſubiicitur. Similiter & minor qui ſe captũ dicit in delatione iuriſiurandi, docere quidem debet ſe captum fuiſſe, ſed docet tamẽ ſatis ſola præſumptione iuris

hoc ipso quod iusiurandum detulit, nisi contrarium ab aduersario probetur.

c *Præterea exceptio ista sine cognitio.* RAT. DVB. Quæ sunt ad agendum temporalia sunt perpetua ad excipiendum *l. purè 5. §. vlt. inf. de doli mali except. l. petente 6. C. de tēpor. in integr. rest. l. licèt 5. C. de except.* Ergo quāuis restitutio in integrū ex capite minoris ætatis sit petenda intra annū vtilem si ius vetus inspiciatur, aut intra quadrienniū continuū ab eo die numerādum quo incipiebat olim annus vtilis currere post Iustiniani constitutionē *in l. vlt. C. de tempor. in integr. restit.* si tamē petatur per viā exceptionis, debet esse perpetua. DEC. Non potest aut perpetua esse aut tempore finiri exceptio quæ nūquā nata est. Prius enim debet quid habere initiū quàm vt finē habere possit vel debeat *l. Titio vsusfructus 96. de condic. & demōstr. l. non potest videri 208. de regul. iur.* Atqui non potest nasci exceptio, aut replicatio, antequàm actio proposita sit, quāuis nasci speretur. Meritò igitur Vlpianus hîc scribit siue per modum exceptionis id est replicationis siue per viā cognitionis prætoriæ velit minor iusiurandū ex delatione sua præstitū improbare: neutrū ei post præstitutū tempus elapsum permitti debere, quasi non tam extincta, finitáque exceptione quàm nūquam nata, vt non insubtiliter Bartolus & Castrēsis tractant. At non meliùs quàm Accursius, qui benè distinguit inter exceptionē & replicationē, vt exceptiones quidem sint perpetuæ, at replicationes non itē, quia cùm sint exceptiones ex parte actoris in cuius potestate fuit quando ageret, nō maior in iis ratio sit cur non finiantur tēpore quàm in actionibus *d. l. petenda l. quæsitū 30. §. in dolo infr. de pecul.* (etsi locus ille de replicatione doli non est vt vulgo putant, sed de actione de dolo domini, quæ inferri solet actioni de peculio *leg. in bonæ 36. eod. tit.* vt bene Cuiac. docuit *ad l. 17. supr. de dolo*) *l. nec non 28. §. exemplo* vbi dixi *supr. ex quib. cauf. maior. & ad l. is cuius 31. eod. tit.* quamuis alioquin, cùm actio perpetua est, etiā doli replicationes sint non minùs perpetuæ quàm exceptiones *l. si pactū 6. C. de except.* Et tamen in specie huius §. vt Castrensis argumentatur, si actor minore iusiurandū deferente iurasset, minorem sibi debere, & conuentus minor vellet excipere de minori ætate, & læsione nō esset ei permittendū extra tempus petendæ restitutioni præstitutū. Esset enim exceptio ista rescissoria vt ita dicam, & restitutoria exēplo actionis vti proinde intra idē tēpus proponi deberet, quoties daretur nō possessori *arg. d. §. exemplo.* Nec vnquā est actio perpetua domino, nisi cùm nactus est possessionē rei suæ ab alio vsucaptæ si eā posteà amiserit *l. si is cuius 31. eod. ill. tit.* nec proinde exceptio, nisi cùm possidet. Non displicet etiam quod Castrensis tradit eas exceptiones nō esse perpetuas quæ de ea re sunt de qua etiam actio cōpetere potuisset, sed eodē tēpore finiri quo actio ipsa finiretur, vt cernere est in exceptione nō numeratæ pecuniæ *l. in contractibus 14. & l. vlt. C. de non numer. pecun.* Eiusmodi est exceptio de qua in hoc §. nec obstat, quòd exceptio doli sit perpetua cùm actio de dolo sit annua iure vetere, hodie verò biennalis. Doli enim exceptio cōpetit etiā ei qui dolū passus nō est *l. 2. §. planè de doli mal. except.* ac proinde qui de dolo agere ipse vltro nō posset, prçter id ꝙ aliquādo dolus nullus est actoris nisi tūc cū incipit agere *vt in l. 2. §. circa eod. tit.*

5 ¶ Sed & si quis in fraudem creditorum iusiurandum detulit debitori: aduersus exceptionē iusiurandi, replicatio fraudis creditoribus debet dari. Præterea si fraudator detulerit iusiurandum creditori, vt iuret sibi decem dari oportere: mox, bonis eius venditis, experiri volet: aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.

Ad §. 5. Sed & si quis.

RAT. DVB. Exceptio iurisiurandi non potest habere locum, nec proinde aduersus eam replicatio nisi in ea ipsa actione in qua iuratum est. Nec enim iusiurandum de actione aut re aliqua præstitum ad alias res aut actiones extendi potest nō magis quàm ad alias personas *l. ait Prætor 7. supr. & §. vlt. huius l. cùm l. seq. l. de rebus 14. infr. rer. amot.* sicuti nec pactum *l. si vnus 27. § pacta quæ turpem verf. ante omnia supr. de pact.* nec res iudicata *l. cùm quæritur 12. & seqq. infr. de re iudic.* Atqui ponimus in actione directa quæ debitori aduersus debitores eius directo competebat iuratum fuisse nihil deberi. Actio autem quæ huius debitoris creditoribus competit aduersus ipsius debitores non alia esse potest quàm vtilis, cùm detur tanquam obligatis prætorio pignore nominibus per missionem in possessionem rei seruandæ causa factam in bona omnia debitoris, & consequenter in nomina, quæ bonorū quoque appellatione continentur *l. bonorum 49. de verb. signific.* acsi conuentione generali bona omnia debitoris pignori data proponerentur quo casu haberet creditor non directam sed vtilem actionem in nomen debitoris *l. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poss. l. si conuenerit. 18. infr. de pignor. act.* sicut & emptor nominis *l. 5. l. postquàm 7. & seq. C. de hered. vel act. vendit.* Ergo creditoribus hac vtili actione agentibus aduersus debitorem debitoris, nō potest opponi exceptio iurisiurandi aduersus debitorē ipsum in actione directa præstiti, cùm & alia sit actio, & alia agentis persona: Nec proinde creditoribus aduersus hanc iurisiurandi exceptionem necessaria vel vtilis videri potest replicatio doli mali. DEC. Actiones directæ & vtiles licèt diuersæ sint speciei, tùm quoque cùm de eadem re competunt, eiusdem tamen potestatis sunt eundémque habent effectum *l. actio 47. supr. de negot. gest.* nempe cùm aduersus eandem personam exercentur. Nec possunt creditores tui habere plus iuris ex tua persona contra debitores tuos, quàm tu ipse habeas *l. nemo plus iuris 54. de regul. iur.* Atqui noceret tibi exceptio iurisiurandi si contra aliquem ex tuis debitoribus experireris qui te deferente iurasset nihil tibi deberi. Ergo & creditoribus tuis eadem exceptio iurisiurandi nocere debet. Quod tamen quoniam iniquū est, cùm in fraudē creditorū tale iusiurandū, & à debitore delatum sit, & susceptum ab eius debitoribus, quos ponendū est fraudē participasse, vt interdicto fraudatorio, & Paulianæ actioni locus esse possit, æquissimum è contrario est doli replicationē creditoribus tuis accōmodari ne ipsis noceat quod in fraudē ipsorum factū est. Non ergo debet hic locus intelligi de creditoribus agentibus Pauliana vt malè putat Accursius, in hoc meritò à Castrensi reprehēsus, sed de creditoribus agentibus vtili actione ex nomine debitoris tanquā obligato

per pi-

per pignus prætorium. Nec enim posset in Pauliana actione locus esse exceptioni iurisiurandi quandoquidem in ea iuratum non fuit nec iurari potuit cùm nec debito i cõ etat qui alienauit aut qui iurauit, sed ipsius creditoribus in quorum fraudem alienatum fuit. Planè, si creditores tui vellent agere Pauliana adre ocationem iurisi rand: possent vtique hoc facere, & vl rò petere vt iusiurandũ in ipsorum fraudem delatum & præstitum pro nec delato nec præstito haberetur, Rescinditur e im per Paulianam, qui quid in fraudem creditorum quoquomodo malo more gestum est *l. 1 & 3. & pass infr. Quæ in fraud credit.* Sed eo casu nihil esset quod de iurisiurandi exceptione aut de replicatione aduersus exceptionē danda tractari posse. Ratio tamen dandæ tuis creditoribus replicationis aduersus exceptionem iurisiurandi in specie huius §. tota ex eo pendet quod cui daremus actionem Paulianam multo magis danda sit agenti replicatio, sicuti daretur ei exceptio si conueniretur, vt ad hunc §. Bartolus notat *l. inuitus 156 §. 1. de regul. iur l. 1. § is autem infr. de superfic.* Dicat aliquis, Replicatio em h nc non posse competere, nisi rescisso prius iureiurando quasi nec delatum fuerit nec præstitutum, non posse autem rescindi iusiurandum nisi per Paulianam. Prius igitur agendum esse Pauliana, exemplo eius quod in specie §. præcedentis placere interpretibus diximus de replicatione minori danda post petitam ab eo in integrum restitutionem. Respondeo tunc necessariam esse Paulianam cùm tale quid ali natum est quod in bonis debitoris esse desierit. Si quidem prius est vt rescindatur alienatio facta in fraudē creditorum, quàm vt quod alienatum est habeatur pro non alienato, credatúrque n a sisse in bonis debitoris *§. item si quis in fraudem Instit. de action.* Nec rursus fieri potest, vt missio in possessionem bonorum debitoris facta rei seruandæ causa postulantibus creditoribus, ea quoque bona comprehendat quæ per alienationem desierunt esse debitoris, quin priùs restituantur quæ alienata sunt in massam bonorum debitoris. At in proposito, cùm debitore iusiurandum deferente in fraudem creditorum suorum iuratum est, non ideò sublata videri potest ipso iure actio ciuilis, quæ debitori in debito es suos competebat cùm iusiurandum non sit modus tollendæ ciuilis obligationis, nec proinde actionis quæ ex ea nascitur, sed naturalis tantùm vt dixi ad *l. ait Prætor 7. supr. ex l. vlt. infr. hoc tit. l. Stichum 95. §. naturalis infr. de solut.* Remanet igitur in bonis debitoris etiam post iusiurandum ciuilis illa actio & quidem directa. Proinde vtilem quoque actionem ex eius persona creditoribus competere non ambigitur, quæ extincta etiam directa nihilominus danda iis esset, cùm neque ex facto neque ex fato vnius alteri actio adimatur *l. Granius 71. §. ven. infr. de fideiuss. l. 3. de separ. l. 1. C de oblig. & act.* Non ergo indigent actione Pauliana, vt possint sibi consulere, sed tantum æquitate actionis Paulianæ vt habeant replicationem. Eiusdem enim æquitatis est dare actionem, & replicationem. Nec simile est quod obiicitur ex §. præcedente, de replicatione danda minori per restitutionem in integrum. Nam neque verum est dari replicationem illam, postulata priùs restitutione, vt ibi docuimus, neque hîc accidit, quod in specie *d. §. preced.* vt alius debeat cognoscere de æquitate replicationis, alius de æquitate Paulianæ actionis: quomodo alius est qui cognoscit de restitutione minoris, alius verò de replicatione aduersus iusiurandum danda. Nam de replicatione iudex datus solus cognoscit, de restitutione verò solus Prætor.

a *Præterea si fraudator.* Diuersus est hic casus à superiore, eandem tamen habens rationem. Dictum enim est de iureiurando delato à debitore debitori vero in fraudem creditorum, qui tamen debitor verus iurauerit se nihil debere. In hoc autem versu agitur de iureiurando quod debitor in fraudem creditorum suorum detulerit falso creditori, qui ex delatione iurauerit aduersarium dare oportere. RAT. DVB. Ex iureiurando non minùs nascitur actio in factum ei qui iurauit, quàm exceptio *§ prox. infr. leg. actori 8. C. hoc tit.* & à nobis iam dictum est sæpius in præcedentibus. Ergo si fraudator detulerit iusiurandum falso creditori, & is iurauerit decem sibi dari oportere, mox bonis eius venditis ex edicto *de reb. author. iudic. possid. seu venund.* non vt mittatur in possessionem bonorum debitoris cum cæteris creditoribus, quomodo malè interpretatur Accursius (debet enim missio in possessionem præcedere non subsequi venditionem bonorum, & cùm vnus ex creditoribus missus est in possessionem, cæteri quoque omnes missi intelliguntur *leg. cùm vnus 12. infr. tit. de reb. author. iudic. possid.*) sed vt in distributione precij ex venditione reducti concurrat suo ordine cum cæteris, non est ei deneganda actio, neque danda exceptio contra iurantem cùm iusiurandum pro veritate habeatur, nealioqui quærendum sit de periurio, quod deiectum tamen nec puniri possit, nec impunitum remanere debeat. DEC. Dolum & factum cuique suum nocere oportet, non alteri *leg. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact. leg. factum 155 in princip. de reg. iur.* nec debet fraus & dolus debitoris iusiurandum deferentis in fraudem creditorum iis nocere, quos fraudare debitor voluit participante fraudem eo qui iurauit. Hoc enim omnimodo requiritur, vt Paulianæ actioni locus esse possit, & æquitati quæ Paulianam induxit *leg. 1. leg ait Prætor 10. §. ait Prætor 5 & pass infr. Quæ in fraud. credit.* Ergo si debitore in fraudem verorum creditorum iusiurandum deferente falsus creditor iurauerit dari sibi oportere, non debet ea res nocere cæteris creditoribus nec falso prodesse quamuis iurauerit, cùm de debiti fide constare non possit *vt in leg 1. C. de non numer. pecun.* Proinde quamuis stricto iure prætorio danda sit actio ex iureiurando, Prætor tamen aut denegare illam debet, ne faciat contra edictum suum, si iusiurandum adprobet quod delatum & præstitum fuerit in fraudem creditorum, vel saltem si de fraude tam euidenter non appareat vt eam absolutè denegare Prætor non possit, dare illam debebit sub exceptione fraudis & doli, atque ita formulam actionis emendare vt loquitur Vlpianus *in leg. duobus 28. §. si ei qui debitorem infr. hoc tit.* Quomodo & aliæ exceptiones quæ ad hanc speciem propiùs accedunt, qualis est non numeratæ pecuniæ, creditoribus debitoris dari solent etiam inuito debitore *leg pen. C de non numer. pecun.* Sed in hac specie hoc dissimile est quod habent creditores aduersus iusiurandũ exceptionē, quam non haberet debitor ipse qui detulit fraudandorum suorum creditorum gratia, quoniam ie factum suum nocere deberet, nec fraudem & turpitudinem propriã allegans audiendus esset.

6 ¶ Iusiurandum defensoris, vel procuratoris ei ab aduersario delatum pro-

desse, exceptionémque domino parere, Iulianus scribit. Idem ergo dicendum erit, & si datus ad petendum procurator, reo deferente, iurauerit dari mihi oportere: nam actionem mihi parit. quæ sententia habet rationem.

Ad §. 6. Iusiurandum.

RAT. DVB. Per liberam personam neque actio neque exceptio acquiri nobis potest, neque aliud quicquam extra causam possessionis *l. 1. C. per quas person. nob. acquir. & extra casum l. 2. C. eod.* Ergo etiam si defensor quis vel procurator alterius iurauerit aduersario deferēte vel nihil deberi actori vel absenti eidémque actori aliquid dari oportere, dicendum est nullam ex eiusmodi iureiurando aut actionem aut exceptionē domino quæri posse. Atque ita ex Pomponio idem Vlpianus noster disertè scribit *in l. non solùm 39. §. 1. supr. de procurat.* si actoris procurator ex delatione vel relatione aduersarij iurauerit absenti dari oportere, agere illū debere hoc iudicio suo nomine propter suum iusiurandum. *Aequè enim* inquit *hac actio cōpetere domino potuit*, sed tamen non eominùs de rato cauere illū oportere. DEC. Tam per procuratorem qui mandatum à nobis habeat, quàm per defensorē, id est eum qui pro nobis vltro litem suscipit, acquirere nobis actionem possumus non quidē directam sed vtilem, in iis nimirum quæ circa litem in iudicio fiunt, adeò vt nulla sit in eam rem opus cessione, vt nostri vulgo tradunt ex *leg. in causa 27. §. si ex parte, iunct. l. seq.* vbi tamen vide quæ dixi *supr. de procurat.* Alioqui dicendum esset neque procuratori, neque defensori permittendum esse vt in iudicium rem deduceret si non posset similiter ea facere omnia quæ ad tractādi & finiendi iudicij causam pertinent *arg. l. 2. supr. de iurisdict.* In quo numero est delatio & relatio iurisiurādi, tùm quoque cùm iusiurandum ex conuentione extra iudicium defertur cùm instar iudicij habeat & rei iudicatæ *l. 1 supr. l. qui iurasse 26. §. vlt. l. tutor pupill. 35. §. 1. infr.* Nemo autem dubitat, quin & procuratori & defensori liceat rem in iudicium deducere, vnde & illud placuit ex eorū pacto etiam domino acquiri exceptionem posse *l. nā & nocere 12. cum præcedentib. & seq. supr. de pact.* Non quidem pacti sed doli vt ad eas leges notauimus. Quidni ergo etiam ex ipsorum iureiurando, quod pacti quoque, & transactionis vim obtinet? *l. 2. supr. d. l. tutor 35. §. 1. & d. l. qui iurasse 26. §. vlt. infr.* Atque ita ex Pōponio scriptum est *in l. vlt. §. pen. infr. hoc tit.* Præsertim cùm facilius sit vt per procuratorem vel defensorem acquiratur domino exceptio, quàm vt actio, quia exceptio prodest ad retentionem, quæ semper facilior est *l. 1. in princip. infr. de pignor.* Debet enim sibi imputare is, qui procuratori alterius dato siue ad petendum siue ad defendendum aut detulit aut retulit iusiurandum. Nisi fortè dicat se & iudicij & iudicio illudere voluisse, quod non esset ferendū. Directa sanè actio per procuratorem acquiri non potest ex alterius iureiurando, vt interpretes omnes consentiunt, sed vtilis tamen plerisque casibus acquiritur, maximè si ex re domini procurator stipuletur aut quid aliud tale faciat mandato non refragante *l. quod procurator 68. vbi* latiùs dixi *supr. de procur. l. si procuratori 79. infr. de verb. oblig.* Hic autem acquirit procurator ex re domini cùm de ea re iuratum sit quæ ad dominum non ad procuratorem pertinet. Nec aliam fuisse sentētiam Pomponij quē Vlpianus refert & probat in *d. l. non solum 39. §. 1. de procurat.* apparet satis ex hoc §. qui eiusdē Vlpiani est, & qui aliter cum *d. §. 1.* conciliari nō potest. Itemq; ex *d. l. vlt.* quæ eiusdem Pomponij est *§. pen. infr.* quāuis eo loco non de actione tractetur sed de exceptione tātùm, quæ vt dixi faciliùs acquiritur, & sine distinctione vtilis, & directæ. Etsi cadit hæc distinctio in exceptiones quoque *l. quoties 21. de præscr. vers.* quāuis exceptiones omnes sint ex æquitate, æquitas autē, vt sæpius monui ex publica vtilitate. Cæteræ interpretationes & conciliationes quas nostri adferunt post Accursiū vt actio quidē directa nō acquiratur domino, sed tamē exerceatur à procuratore ad domini nō ad suā vtilitatē, aut vt hæc lex loquatur de procuratore in rē suā dato, sunt improbabiliores quā vt admitti possint; Itē illa, quā de suo ingenio addit Bartolus vt loquatur Pōponius in *d. l.* 39. §. 1. de procuratore quē nō cōstaret habere mandatū, Vlp. verò in hoc §. de procuratore habēte verū, & certū mandatū planè cōmentitia est vt nemo nō videt. Nec Bartolus ipse negat qui aliā veriorē esse putat quam probamus de differentia vtilis actionis & directæ & in ea tandem conquiescit.

7 ¶ Si petitor iurauit, possessore deferente, rē suam esse: actori dabitur actio. sed hoc dūtaxat [a] aduersus eū, qui iusiurandū detulit: eósque, qui in eius locum successerūt, ceterū aduers. aliū si velit prerogatiua iurisiurādi vti, nihil ei proderit.

Ad §. vlt. Si petitor.

RAT. DVB. Non nuda volūtate amittuntur rerum dominia vel acquirūtur sed tātùm traditionibus iísque à domino factis *§. differentia l. 51. quis vi 17. infr. de acquir poss. l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. traditionibus 20. C de pact.* Nemo autē dixerit iusiurādum esse pro traditione, aut etiā pro titulo qui sit habilis ad trāsferendū dominiū etiā coniuncta traditione vt *in l. nūquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Ergo etiā si petitor iurauerit possessore deferente rē suam esse, non ideo tamen dari ei debet actio in rem siue directa, qualis est vindicatio ciuilis siue vtilis id est Publiciana, de qua tamen Vlpianū hîc intelligendū esse cōstat ex eodē Vlp *in l. sed etsi 7. aliàs l. eum qui §. si petenti supr. de Public. in rem act.* vbi etiam dixi, quāuis Accursius & post eū cæteri locū hunc intelligant de actione in factū, quam nasci volunt etiā ex iureiurando iudiciali non minùs quàm ex voluntario ad exemplū actionis quæ nascitur ex iudicato *l. actori 8. C. hoc tit.* DEC. Iusiurandū pro veritate habetur nec postquàm iuratū est, quæritur ampliùs quicquam aliud, nisi an iuratū sit *l. 5. §. dato iureiurādo supr. & hac l. in princip. 11. l. sed etsi 11. §. vlt. l. eū qui 30. in princip. infr.* Ergo quāuis petitor, qui aduersario deferēte iurauit rē suā esse, nō idcirco fiat dominus, ideóq. nec directā rei vindicationē habere possit quæ nō datur alij quàm qui sit dominus iure gētiū vel ciuili *l. in rē 23. supr. de rei vindic.* vtilē tamē habere debet, hoc est Publicianā *d. §. si petenti* quippe quæ ex eadē est iurisdictione Prætoris ad quā pertinet iusiurādū etiā tueri. Cui cōsequēs est vt actio in factū, quā petitori huic dāt interpretes, locū habere nō debeat, cùm nō sit nisi subsidiaria, vt cæteræ omnes in factū actiones, deficiētibus aliis quæ certū ac speciale nomē habēt: cuiusmodi est Publiciana. Tātū abest vt verū sit q

vult

vult Accursius, duplicem hoc casu actionem in factum competere: Vnam ex iureiurando: Alterā ex sententia post iusiurandum præstitum lata *arg l. non est nouum* 10. *infr. De act. empt.* Etsi enim aliàs tam ex iureiurando quàm ex iudicato nasci solet in factum actio: vtrumq; tamē fit ex necessitate, ne alioquin esset inutilis sententia & inutile iusiurandū ex quo agi non posset. At cùm alia potest actio competere, vt Publiciana in proposito, nihil est quod de in factum actione tractari oporteat: nisi quod post sententiam de Publiciana redditam cùm per iudicatū fiat nouatio *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* consumpta est Publiciana & agendum necessariò in factum & ex iudicato. Nam etsi ex iureiurando in factū actio competeret, secuta tamen postea quādocunque sententia, esset illa quoque in factum actio perempta, nec alia posset superesse, quā ex iudicato quæ licet idem haberet nomen alia tamen esset. Nec enim actiones in factum minus nouātur per iudicatum quàm cæteræ etiam reales & vindicationes ex quibus quisquis condemnatus est, iam cōueniri post iudicatum nō potest actione vlla in rem siue directa siue vtili, sed sola illa in factum actione quæ nascitur ex iudicato quolibet *d. l. actori* 8. *C. hoc tit.* vt proinde stulta sit quæstio quam hîc nostri tractāt: An in specie huius §. actio quæ datur iuranti sit datiua an natiua. Nec dici potest cùm Accursio Publicianam si qua hoc casu competeret fore vt datetur contra quemlibet, cùm tamen actio in factum quæ datur ex iureiurando non detur nisi contra iurantem. Repugnat enim Vlp. in *d. §. si petenti* vbi disertè scribit nec Publicianā istā dari cōtra quēlibet sed cōtra iurantem solùm & habentes ab eo causam vt sequitur in hoc §. Refert sanè an petitor sit qui ex aduersarij delatione iurat an possessor. In petitore iurante id obtinet quod diximus. At in possessore iurante rē suam esse cuius possessionem postea quoquomodo amiserit aliud est nec aliā quàm in factū actionē habere potest aduersus eū qui detulit, si ei eiusdē rei possessionē quouis modo nact' sit *l. sed si poss.* 11. *vers. proinde infr.* quia scilicet non potest nasci Publiciana in fauorem eius qui iam ipso iurādi tēpore possidebat & cui nec potest tunc videri tradita res per petitorē nō possidētē. Nam nec è cōtrario per possessorē videtur tradita petitori qui iurauit rem suam esse scilicet eo tempore quo iurauit sed fingitur tradita iam prius quàm iuraretur & quàm peteretur. Nam cùm non possit res esse petitoris, quin & titulus & traditio præcesserit *dict. l. numquam nuda*, quisquis iurat rem suam esse perinde haberi debet acsi iuraret & titulum habilem & traditionē iam antea præcessisse. Nec proinde adhibenda quoque illa distinctio est quam adhibet Accurs. *ad d. §. si petenti* an dominus fuerit qui iusiurandū detulit an non dominus, cùm ex eo iureiurando non aduersus alium, quàm eum qui detulit ius acquiratur. Nec illa rursum in qua Bartolus quoque post Accursium conquiescit, an is qui iurauit nitatur ex iureiurando solo, an verò ex traditione quoq; sibi facta, vt priore casu actio duntaxat in factum competat, posteriore verò etiam Publiciana. Nam & quisquis nititur ex iureiurando quo iurauit rem suam esse, nititur etiam ex traditione quam ponit sibi aut suo authori factam esse suppositis scilicet terminis habilibus, qui semper supponēdi sunt *l. tutor* 35. *§. 1. infr. l. 1. §. vlt. ad S. C. Tertyl.* Cùm non nisi per traditionem dominia transferri possint *dict. l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Quare nec ad rē pertinet quod Accursio Bartolus obiicit, ex ea traditione quæ per possessorem facta sit petitori qui iurauit rem suam esse non potuisse transferri dominium, etiamsi verè res fuisset tradentis, quia tradidisset quasi rem quæ iam esset accipientis ex *l. 3. §. subtilius infr. de condict. caus. dat.* Ergo nec Publicianam nec vsucapiendi condicionem si non fuit dominus is qui detulit iusiurandum *ex l. clauibus* 74. *de contr. empt. §. namque Instit. de action.* Non enim damus Publicianam hanc petitori quasi fingamus rem ei traditam à possessore, quem ponimus etiam post præstitum iusiurandum manere adhuc possessorem, ob idque Publiciana conueniendum esse. Sed quasi verum sit & iuratum, habuisse illum & titulum anteriorem & quidem iustum habilémque ad transferendum dominium, & traditionem sibi suísve authoribus factam siue à domino siue à non domino sed cum bona fide. Itaque nec est necessarium, cum eodem Bart. huius obiectionis effugiendæ gratia ad absurdam illam eiusdem Bartoli opinionē confugere quæ vult speciale esse in causa iudicati, vt ex ea dominium sine traditione transferatur. Quam opinionem nos abundè refutauimus *in Error. Decad. vlt. de error. pragmat.* Cætera quæ ad huius §. interpretationem pertinent explicauimus ad §. *si petenti* vbi vide & iunge quæ dicemus *ad l sed si possessori* 11. *vers. proinde infr hoc tit.*

a *Sed hoc duntaxat.* RAT. DVB. Iusiurandum ritè delatum pro veritate adeóque pro veritatis probatione habetur & contra quam non possit admitti probatio in contrarium, vt toties diximus *ex §. 1. supr. & l. enim qui* 30. *infr. hoc tit.* Atqui veritas semper vna, eadémque & sibi similis est: Ergo quo casu nascitur actio ex iureiurando contra eum qui iusiurandum detulit, nasci etiam debet contra alium quemlibet cū id quod respectu vnius verū est, falsum alterius respectu videri non possit. DEC. Prærogatiua iurisiurandi illa quidē est quomodo hîc Vlpianus loquitur, vt pro veritate habeatur quoties ex delatione vel relatione præstitum est, quia quisquis defert is aduersarium suum iudicem testémq; in propria causa constituit vt diximus ad *l. 1. supr. ex l. 1 infr. quar. rer. act. non d. &c.* Ergo nō nisi contra deferētem eiúsque successores eiusmodi prærogatiua vti potest is qui iurauit, non aduersus alios, quia imputari potest ei qui detulit, cur detulerit non etiam aliis qui non detulerunt *l. iusiurandum & ad pecunias* 34. *§. datur autem infr. hoc tit.* Numquam enim ex vnius facto lædi ius alterius debet *l. id quod nostrum* 11. *l. non debet* 74. *de regul. iur. l. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Eadem ratio facit vt nec alij iusiurandum prosit etiam illi ipsi qui iurauit aut iis qui in locum eius siue vniuersali siue singulari aliquo titulo successerunt *l. cui Prætor* 7. *& seq.* vbi diximus *supr. hoc titul.* Vtroque enim casu iusiurandum & prodest & nocet successoribus etiam singularibus, si modo posteriorem causam habeant ab eo, qui iurauit aut contra quem iuratum est, quia iusiurandum non cùm personam afficit, quàm rem ipsa de qua iuratur. Et consequenter alienatio fit cum sua causa *l. alienatio* 67. *de contr. empt. l. 3. in princip. & §. 1. infr. de pignor.* Nec enim potest melior esse causa successoris quàm sui authoris *l. iudicata* 29. *§. 1. de except. rei iudic.* dixi ad *l. 5. supr.*

10. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

QVia non deberet alij nocere, quod inter alios actum esset.

Ad l. Quia non deberet 10.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad §. *vlt. legis præcedentis.* Hic enim ratio tantùm redditur generalior eius quod in *d. §. vlt.* scriptum fuerat actionem ex iureiurando dandam non esse nisi contra eum ipsum qui detulit, aut eos qui in ius ipsius successerunt, nempe quia generaliter verum est non debere aliis nocere quod inter alios actum est, *Tot. tit. C. inter alios act. aliis non nocer. l. de vnoquoque 47. infra de re iudic. l. nam ita 39. supra de adopt.* Sic enim natura comparatum est, nec minus iure ciuilis vt melior condicio nostra per alios fieri possit, sed deterior non possit *l. soluendo 39. supr. de negot. gest. l. melior 131. de regul. iur.* Aliqui tamen casus sunt in quibus sententia etiam inter alios lata aliis nocet de quibus in *l. sæpe 63. inf. de re iudic. l. à sententia 5. de appellat.*

11. VLPIANVS libro 22. ad Edictum.

SEd si possessori fuerit iusiurandum delatum, iurauerítque rem petitoris non esse quamdiu quidem possidet. aduersus eum, qui detulit iusiurandum, si petat, exceptione iurisiurandi vtetur: si verò amiserit possessionem, actionem non habebit: nequidem si is possideat, qui ei iusiurandum detulit. non enim rem suam esse iurauit, sed eius non esse. Proinde si cùm possideret, (&) deferente petitore rem suam iurauit: consequenter dicemus, amissa quoque possessione, si is, qui detulit iusiurandum, nactus sit possessionem, actionem in factum ei dandam & fructus perceptos ex re [a] quam meam esse iuraui, restitui mihi placuit. sed & partum editum, fœtúsque pecorum restituendos constat post iusiurandum delatum.

Ad l. Sed si possessori 11.

RAT. DVB. Non debet possessor deterioris condicionis esse quàm petitor, cùm quisquis possidet hoc ipso plus iuris habeat etiam in pari non iure quàm qui possidet *l. 2. infr. Vti possid.* præsertim cùm fauorabiliores sint rei quàm actores *l. fauorabiliores 125. de regul. iur. l. Arrianus 41. infr. de oblig. & act.* Possessor autem semper sit reus, præsertim verò in actionibus in rem quæ numquam vltro dantur possessori §. 1. *Instit. de action.* Cùm ergo petitori qui iurauit non tantùm exceptio detur, si rei de qua iurauit possessionem nactus sit, sed etiam actio si non possideat, vt dictum est in §. *vltim. legis præcedentis,* Quidni eadem prærogatiua dabitur etiam possessori qui iurauerit? DEC. Alia ratio est hac parte petitoris, alia possessoris ob diuersitatem formulæ concepti præstitique iurisiurandi. Petitor enim numquam sic iurare debet, vt dicat rem quam petit non esse possessoris, nihil enim ipsi tale iusiurandum prodesset, cùm ei ad litis victoriam necesse sit probare rem suam esse, alioqui succumbet in rei vindicatione *l. vlt. C. de rei vindic.* siquidem non est bona consecutio, vt res quæ non est possessoris ideò statim sit petitoris, cùm possit neutrius esse *l. si inter me 15. infra de except. rei iudic.* quo casu vincere tamen possessor deberet iure possessoris *d. l. 2. vti possid.* & vt interpretes loqui solent, per non ius actoris etiamsi nihil ipse præstaret *l. qui accusare 4. Cod. de edend.* At possessori non est inutile iusiurandum, etiamsi non iuret rem suam esse, si modo iuret non esse petitoris. Hoc enim sufficit, vt petitorem summoueat, qui non aliter potest in rei vindicatione vincere, quàm si probet rem suam esse *l. in rem 23. & pass. suprà de rei vindicat. l. Quintus 27. §. argento infra de aur. & argent. legat.* quod tamen probare amplius non potest, postquam iurauit possessor non esse rem petitoris. Melior igitur est etiam hac parte condicio possessoris quàm petitoris, cùm leuiore, & vt ita dixerim negatiuo quoque iureiurando possit vincere. At si ponas eodem modo iuratum esse à possessore, quo posuimus iuratum à petitore, scilicet rem suam esse, par & æqualis erit condicio vtriusque, quia non tantùm exceptionem habebit contra petitorem qui detulit, si pergat ille petere, sed etiam actionem aduersus eundem petitorem, si quo casu possessor amiserit possessionem, eamque quoquomodo nactus sit petitor, contra quem iuratum est, vt subiicitur in hac lege *vers. proinde.* Differentia tantùm illa est, quod actio quæ datur petitori, qui iurauit rem suam esse, non alia est, quàm Publiciana, *l. eum qui 7. §. si petenti supr. de Public. in rem act.* vbi hæc ipsa ponitur antithesis, quæ in hac lege, *& in §. vlt. l. prox. praced.* inter iusiurandum delatum petitori à possessore, & illud quod possessori delatum est à petitore: Quæ autem datur possessori iuranti similiter suam rem esse, non Publiciana est, quippe quæ possessori nunquam acquiritur sed in factum, quæ cùm sit subsidiaria, nunquam deficit quoties actionis dandæ aliqua æquitas superest, *l. quoties 21. infra de præscrip. verb.* In proposito autem ideo deficit directa actio, quia possessori nulla acquiri potuit eo tempore quo iurauit, eadem ratione, qua Publicianam impediri diximus, quòd possidenti nulla vnquam acquiratur actio, qua nec indiget. Nam nec iurauerat possessor vt acquireret sibi actionem, sed vt exceptionem solam ex iureiurando, qua indigebat ad summouendum petitorem. Non tamen deficit æquitas dandæ actionis, cum possessor iurauerit rem suam esse, mutatúsq; sit hodie status, facto iam possessore eo qui antea petitor erat, & petitore illo qui fuerat possessor, atque ita cessante iam causa quæ faciebat, ne iurisiurandi tempore acquiri aliqua actio possset

posset. Iusiurandũ enim per se tam aptũ est ad producendam actionẽ, quàm ad pariendam exceptionem, si modò concurrant cætera, quæ sunt ad actionem inducendam necessaria. Quemadmodum autem exceptione vti non potest is qui non possidet, ita nec actione is qui possidet. Vnde fit quod Accursius hîc notat pro mirabilissimo, vt actio hæc in factũ quæ tẽpore pręstiti iurisiurãdi nec nata fuerat, nec nasci potuerat in fauorẽ possidentis, nascatur tamẽ postea, detúrq; à Prætore si possessor ille qui iurauit, possessionem subinde amiserit, quæ quoquomodo peruenerit ad deferentem: vtque quod factum est ad exceptionem, prosit etiam ad actionem vt & in specie *l. quod mihi 22. infr. de liber. leg. l. si cum ante 7. C. de donat. ant. nupt.* Nec proinde causa vlla est, cur dicamus cum Accursio speciale esse in hac actione in factum, vt ex postfacto quoque incipiat competere, quasi sequatur in hoc naturam actionum realium. Exemplo eius quod de actione ad exhibendum scriptum putat *in l. 3. §. est autem supr. Ad exhib.* vbi tamen nihil tale est. Nam & actio ad exhibendum est personalis, vt ibidem scriptum est, & actiones omnes personales naturam propriam habent à realibus distinctam, in eo præsertim quod nõ dantur contra possessorẽ quemlibet, sed contra eũ duntaxat qui cõtraxerit vel quasi aut deliquerit vel quasi, aut qui in cõtrahẽtis vel delinquẽtis ius successerit si actionem illã ad exhibendũ excipias, quæ quoniam præparatoria est actionis in rem non aduersus alium dari potest, quàm qui possideat & exhibendæ ac subinde restituendæ rei habeat facultatem *d. §. est autem & §. vlt. eiusd. leg. cum legib. seq.* Idque ita esse apparet in hac ipsa actione in factum de qua tractamus. Non enim datur contra possessorẽ quẽlibet, quomodo daretur si naturã actionis in rẽ imitaretur, sed contra eũ solum, qui detulit. Denique actiones in rem omnes nascuntur ex pręsenti possessione *l. non alias 14. §. sed si postulatur supr. de iud.* Hæc verò in factũ actio licet non detur nisi contra deferentem factum ex postfacto possessorem, non tamen nascitur ex præsenti possessione sed iureiurando tanquam quod ab initio fuerit aptum ad producendam actionem, non minùs quàm exceptionem, habens se indifferenter ad vtramque, & vt dicam apertiùs, hoc iusiurandum producit quidem etiam ab initio actionem sed potentia magis quàm actu. Non enim actu ipso producitur statim, sed est producibilis, tamen ab illo ipso instanti quo iuratum est, dilata tantum productione ipsa in id tempus, quo nulla erit ex parte materiæ repugnantia, quominus actio vel exceptio nascatur: quod & Bartolus sensisse videtur, nisi quod malè hoc ipsum refert ad similitudinem actionum realium, quæ non eo minus domino competunt aptitudine, quod rei suæ possessor sit, quamuis actu non competant quamdiu possessor est. Sanè in actionibus ciuilibus difficilius est, vt ex postfacto competant, quæ ab initio non competierunt. Habent enim causam magis præcisam, & ad id tempus restrictam, quo debet aut nunquam nasci actio quod & in prætoriis actionibus obtinet, quæ certum nomen naturámque habent, vt Publiciana: sed actiones in factum subsidiariæ, quæ maximè ex æquitate proficiscuntur, qualis hæc est, facilius possunt in alium tempus potentiam suam & aptitudinem extendere, dummodo earum æquitas semper duret, & ab initio statim nata fuerit obligatio, quomodo in hac specie nata fuit ex iureiurando. Actionẽ nã-

que facilius est suspendi aut extendi in certum vsque tempus vt *in l. si finita 15. §. vlt. infr. de damn. infect.* quàm obligationem, tum quoque cùm obligatio pura est, vt *in l. interdum 73. de verb. oblig.* quanquam nec obligationem ipsam suspendi quicquam vetat, vt cernere est in stipulatione condicionali *l. cedere diem 213. de verb. oblig. l. pecuniam 36. supr. tit. 1.* Planè quod hîc tractat Bartolus etiam post factam executionem sententiæ contra reum condemnatum si à possessione victor ceciderit, & res ad condemnatum redierit, posse iterum fieri executionem eiusdem sententiæ implorato iudicis officio quasi adhuc duret contra eundem condemnatum. Neque verum esse puto, neque probari ex hac lege: nulla enim hîc facta fuerat executio iudicati, quia nec iudicatũ quicquã fuerat post iusiurãdum præstitum, nec si iudicatum fuisset, vlla tamen executio fieri potuisset, cùm sententia non potuisset esse absolutoria quæ vt pragmatici solent dicere, suam secum semper trahit executionẽ. Cæterùm facta semel executione sententiæ, & per eam executionem victore facto possessore si postea possessionem amiserit, nõ ideo redintegrari executio debet, sed aliis actionibus aut remediis possessoriis vti victor debet, ad possessionem suam vel retinendam vel recuperandam, nec vllum iudicis officium superesse amplius in eam rem potest, non magis quàm vlla iudicati actio *l. à Diuo Pio §. si post addictum infr. De re iudic.* nec minùs aduersus condemnatum ipsum, quàm contra extraneum, quia sicuti singulis controuersiis singulæ actiones propositæ sunt, ita singulis actionibus vnũ iudicati finẽ, & vni iudicato vnã executionẽ sufficere placuit ne alioqui res abitura esset in infinitũ *l. singulis 6. infr. De except. rei iudic. iunct. d. l. à Diuo Pio §. sed si emptor.* Nisi poneres incontinenti aut saltem modico interuallo interposito condemnatum eripuisse victori possessionem animo retractandæ, aut potiùs impediendæ executionis, potiùs quàm nouæ committendæ violentiæ. Hoc enim casu facilè admitterem, quod Bartolo Castrensis concedit, durare adhuc non modò iudicis officium, sed ipsam quoque iudicati & in factum actionem, ad vrgendam ex integro executionem, quasi ea necdum facta sit quæ facta non durauit *arg. l. si pro patre 10. §. versum infr. De in rem vers. cum similib.* Iunge quæ diximus ad *§. vlt. l. nam posteaquàm 9. supr. & ad d. l. eum qui 7. §. si petenti. De Public. in rem act.*

a *Et fructus perceptos ex re.* RAT. DVB. Fructus percipiuntur & acquirũtur iure soli & dominij *l. qui scit 25. §. 1. infr. De vsur.* Atqui possessor qui rem suam esse iurauit, non ideò suam illam fecit, cùm iusiurandũ non sit modus transferendi dominij, adeóq; nec titulus habilis ad translationẽ inducendam dominij etiã secuta traditione. Ergo nec fructus ab alio fortassis vero domino percepti, contra quem iuratum est, restituendi sunt ei, qui iurauit; idémq; de partu ancillæ, & de fœtu pecorũ iuris est, cùm fœtus quoque in fructu sit *l. in pecudum 28. De vsur.* Partus verò licèt non sit in fructu, vt ibidem scriptum est, & in *l. vetus fuit quæstio 68. supr. De vsufr.* eodem tamen ferè in omnibus iure quo fructus censetur *l. præterea 20. supr. De rei vindic.* DEC. Absurdum est lucro condemnati cedere fructus rei, de cuius dominio victus sit *l. & ex diuerso 35. §. 1. eod. tit.* vbi elegãter Paulus scribit, si alienum fundum petierim, & iudex sententiã suã declarauerit meum esse, debere illum etiam de fructibus eodem errore possessorem condemnare, vt causa fructuũ in omnib. causam dominij sequatur,

quandoquidem, vt in dubitandi ratione diximus, fructus iure soli & dominij non seminis percipiuntur. Atqui cùm possessor iurauit rem suam esse, perinde est ac si per sententiam iudicis idipsum pronũciatum esset cùm iusiurandum habeat vim rei iudicatæ *l. 1. & 2 sup l post rem iudicatam 55. f de re iudic.* ideóque pro veritate habeatur exemplo rei iudicatæ *l. res iudicata 207. de reg iur.* adeóque pro certissima veritatis probatione contra quam nec admitti probatio vlla possit *l. 5 §. dato iureiurando l. nam postea quàm 9. in princip & §. 1. sup.* Ergo etiamsi peierauerit is, qui falso iurauit rem suam esse, eodem tamen sine errore, sine periurio, idem de fructibus constituendum est, quod de re ipsa petita vt ad eum pertineant, qui iurauit rem suam esse, licèt nihil de fructibus iurauerit: [de iis siquidem loquimur de quibus nec iurari potuerit, & qui perceptu sint post præstitum iusiurandum], cùm fructus sint accessiones, & quidem naturales quæ proinde veniunt in consequentiam necessariam *d. l & ex diuerso 3. §. 1. de rei vindic.* Idq; obtinet non solùm si possessor rem suã esse iurauerit, vt in specie huius l. gis, sed etsi petitor vt in § *vlt. d. l 9 su.* Eadẽ enim hac parte vtriusq; casus ratio est, quod & Accursius noster benè hĩc notat.

1 ¶Item si iurauero, vsumfructum alicuius rei vel meum esse, vel dari mihi oportere: eatenus mihi competit actio, quatenus, si verè vsumfructum haberem, duraret, quibus verò casibus amitteretur[a], non competit mihi actio. Sed etsi rerum[b], in quibus vsusfructus, propter abusum constitui non potest, iurauerit vsumfructum se habere, vel sibi deberi: effectum iurisiurandi sequendum arbitror, ideóque tunc quoque videri eum rectè iurasse puto, & ex eo iureiurando posse petere vsumfructum, cautione oblata.

Ad §. 1 Item si iurauero.

RAT DVB. Vsusfructus non nisi certis modis cõstituitur *l 1. sup de vsuf.* inter quos modos non est iusiurandum. Ergo si iurauero vsumfructum alicuius rei vel mihi dari oportere, non potest mihi eatenus dari actio quatenus si vsusfructus verè meus fuisset. Prius enim est vt vsusfructus sit ritè rectéque constitutus quàm vt peti & vindicari per confessoriam posit ex *Tit. sup si vsuf. pet.* DEC. iusiurandum pro veritate habetur. & pro veritatis probatione vt toties diximus *l. eum qui 30. in prin. & § si mulier inf. hoc tit l. nam posteaquam 9 in pr. & §. 1. sup.* nec postquàm iuratum est, de alio quærendum superest, quàm vtrum iuratum sit, & quid iuratum: si ergo iurauerim vsumfructum alicuius rei vel meum esse, vt eum vindicem, vel mihi dari oportere, vt possim eum ex testamento petere, aut alia qualibet actione personali dicendum est, perinde dandam mihi actionem de vsufructu siue realem siue personalem, acsi reuera meus esset. sed non aliter tamen quàm si caueam boni viri arbitratu me vsurum, & finito vsufructu restituturum *d l eum qui §. vlt.* Nam etsi vsusfructus verè constitutus esset, eadem cautio præstari deberet *l. 1. & tot. tit sup vsufr quem caueat.* Sic mulier quæ iurauit dotem sibi deberi, aut à se datam esse dotem, petere potest nulla etiam probata traditione vel numeratione, *d § si mulier* quamuis dotem sola numeratio & traditio faciat, nõ scriptura, non confessio nuda vel iusiurandũ *l. 1. C. de dot. caut. non numer.* Sic dicimus depositi obligationem non nisi re contrahi *l. 1. § is quoque inf. de oblig. & action.* sed tamen contractam probari ex sola depositarij confessione *l. Publia 26 §. vlt. inf. deposit.*

a *Quibus verò casibus amitteretur.* RAT. DVB Non potest finiri vsusfructus, qui nunquam constitutus fuit needum initium accepit *l. Titio vsusfructus 5. de condic. & demonstr.* DEC. Non potest actio plus operari in casu ficto, quàm veritas in casu vero *l. confessionibus 13. sup. de interrog in iur fac* & probatur optimè ex hoc loco, atqui vsusfructus quem meum esse iuraui aut dari mihi oportere, si tam verè constitutus esset, quàm habetur pro constituto finiretur, iis modis quibus vsumfructum finiri & amitti placuit, de quibus dictum est *sup. Tit. quib. mod. vsusfr. amitt.* Ergo & cùm fictè cõstitutus est, per iusiurandũ æquè dicendum est iisdem modis finiri eum quibus finiretur, si esset verè constitutus. Alioqui potentior esset ac longioris vitæ vsusfructus fictitius quàm verus, quod absurdum foret.

b *Sed etsi rerum.* RAT DVB. Confessiones aliæque falsæ & fictitiæ probationes ita demum admittendæ sunt si ius & naturam recipiant *l. si is cuius 14. §. 1. sup. de interrog. in iur. fac.* id est, si tale quid sit, quod per rerum naturam, aut per iuris rationem, tale esse posit, quale fingitur. Ergo quamuis iusiurandum pro veritate, adeoq; pro confessione habendum sit, attamen tale esse debet, id quod iuratur, vt verum esse posit. Atqui earum rerum quæ in abusu magis quàm in vsu consistunt, id est, quæ vtendo seruari non possunt, vsusfructus verus esse non potest, cùm vsusfructus sit ius vtendi fruendi alienis rebus, salua earum substantia *l. 1. sup. de vsufr.* Ergo neque per iusiurãdum constitui poterit, aut pro constituto haberi, ne plus posit fictio in casu ficto quã veritas vt diximus ad versic præcedentem. DEC. Post Senatusconsultum de quo *in l. 1 & seqq sup. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* cœpit quasi vsusfructus huiusmodi rerũ constitui, introducto remedio cautionis de restituendo tantundem, vt ait *l. 2. § eod. tit. l 1. C. de vsufr. l. vxori 24. inf. de vsufr. legat.* ac proinde si effectum rei magis quàm subtilitatem iuris inspicias, nihil interest inter verum vsumfructum & hunc quasi vsumfructum, verba autem cum effectu magis quàm ex subtilitate iuris sunt accipienda *l. 1. §. 1. quod quisque iur. l. pen. § docere supr. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim* præsertim vt periurij siue suspicio siue calũnia euitetur. Semper enim odiosa est præsumptio delicti *l. merito 51. inf. Pro socio.* Ergo si iurauero earũ rerum, quæ in abusu consistũt, vsumfructum meum esse, vel mihi deberi, rectè iurasse videor, nõ minùs quàm si iurassem de quasi vsufructu, vt ex eo iureiurando posim quasi vsumfructũ petere, oblata cautione licèt in iurando nihil de cautione dictum sit, quippe quam sufficit præstari ante perceptionem *d. l. vxori 14 de vsuf. legat. & d. l. 1. C. de vsufr.* Ideóque offerri eam necesse est, priùs etiam quàm petatur, vt probant huius § verba illa *cautione oblata. §. constituitur Inst. de vsufr* Effectus igitur iurisiurandi sequẽdus erit, vt Vlpianus hic scribit, nec nouum est, quod

quod hîc notat Accursius.vt si non valet quod ago, vt ago valeat vt valere potest § *vlt.Inst. De adopt.* De quo nostri tractant ad *l.1. De iur.codicill.* Itémque vt verba improprientur, potiùs quàm vt nihil operentur. Debent enim intelligi secundum subiectam materiam. *l. ex conducto* 15. §. *Papinianus alias l. si vno vers. sed etsi infr. locat.* Præsertim verò vt actus valeat, potius quàm pereat *l. si tibi* 10. *supr. tit. proxim. l. quoties in stipulationibus* 80. *De verbor. obligat. l. quoties* 1. *De reb. dub.*

2 ¶ Si,cùm de hereditate inter me, & te controuersia esset: iurauero hereditatem meam esse: id consequi debeo,quod haberem, si secundùm me de hereditate pronuntiatum esset: & non solùm eas res restituere debes [a], quas tunc possidebas.sed & si quas postea cœpisses possidere: perindéque haberi,quod iuratum est,atque si probatum esset,idcirco vtilis actio mihi competit. Quod si ego ex eadem hereditate possiderem [b], túque cœpisses petere eam,cùm aduersus te iurassem,exceptione me vti debere iurisiurandi. Planè si alius à me hereditatem petere cœperit [c] dubium non erit,(vt & Iulianus scribit)nihil mihi iusiurandum prodesse.

Ad §. 2. Si cùm de hereditate.

RAT. DVB & DECID. eadē est quæ ad § præcedentem. Quod enim ibi traditur de vsufructu hîc proponitur de hereditate, vt si cùm de hereditate inter me & te controuersia esset, iurauero te deferente hereditatem meam esse, ea omnia consequi debeam quæ haberem, si secundum me de hereditate pronunciatum esset. Quamuis enim hereditatis petitio ciuilis non alij possit cōpetere, quàm ei qui verè heres est siue ex iure veteri, siue ex nouo *l. 2. & 3. supr. de hered. petit.* haberi tamen debeo pro vero herede, ac si probassem me verum heredem, siue ex testamento siue ab intestato cùm id quod iuratum est, perinde haberi debeat, ac si probatum esset, & super eo pronunciatum vt bene addit Accursius. Non enim probatio sufficeret in petitione hereditatis, vt hæreditatem consequi actor posset, nisi de hereditate pronunciatum quoque proponeretur: Sententia enim illa est quæ jus tribuit aut saltem quæ ius quod competit declarat in causis ciuilibus *l. & ex diuerso* 35. §. 1. *supr. de rei vindic. l. si fundus* 16. § *si pluris infr de pignor.* sicut & in causis criminalibus, ex qualicunque crimine quantumlibet atroci, & probato non nascitur infamia. nisi secutâ demum condemnatione *l. infamem* 7. *infr. de public. iudic. l. post contractum* 15. *infr. de donat.* Iusiurandum ergo habet vim non tantùm probationis, sed etiam sententiæ *l. 1. & 2. supr.* quia scilicet habetur pro confessione facta in iure *l. post rem* 56. *de re iudic. l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Confessus autem sua quodammodo sententia damnatur. *l. 1. l. 3. de confess.* Ille autem qui iusiurandum detulit, condemnatur ipsius aduersarij sententia *d. l. 1. quar. rer act. non dat.* Proinde dicendum est actionem mihi ex iureiurando contra te competere: Non quidem petitionis hereditatis, vt malè interpretatur Accursius (tota enim de hereditate quæstio & controuersia iureiurando iam decisa est *d. l. post rem.* Nec debet litis vnius finis alterius esse exordium *l. 3. C. de fructib. & lit. expens.* quod eueniret si pacta iam quasi ex causa iudicati, persecutio ad initium alterius petitionis redigeretur, vt Vlpianus noster loquitur *in l. minor annis* 40. *in princip. supr. de minor.*) sed actio illa in factum quæ ex iureiurando nasci solet quasi ex iudicato ipso nasceretur *l. actor* 8. *C. hoc tit. & hac ipsa lege in princip. vers. proinde.* Quamquam Accursij quoque interpretatio defendi potest, vt actio vtilis petitionis hereditatis mihi competat aduersum te ad consequenda ea omnia, quæ in petitionem hereditatis venire solent dum ne amplius quæratur in ea actione vtrum hereditas mea sit, sed de illo tantùm: An aliquid adhuc penes te habeas quòd possessorem dare oporteat petitori vincenti in petitione hereditatis, quomodo & iuranti mihi rem meam esse quam vsu capere cœperam, datur Publiciana vt diximus ad *l. nam posteaquàm* 9. §. *vlt. supr. ex l. eum qui* 7. §. *si petenti supr. de public. in rem act.* Nimirum quia in huiusmodi iudiciis quæ ex iurando dantur, non id agitur vt principalis causa exerceatur, quæ iam decisa est vt modo dicebamus, sed vt iusiurandum conseruetur *l. eum qui* 30 *in princip. infr. hoc tit.* Ideóque non directa hæc actio est, sed vtilis, quemadmodum Vlp. hîc scribit. Nimirum quia non directa probatione nititur, sed ficta. Nec tā sum verè heres quamuis iurauerim hereditatem meam esse, quàm habēdus pro herede, satisq; mihi esse debet quod per actionē hāc vtilem tantundem consequor quātum si directa hereditatis petitione egissem & vicissē cùm vtilis actio eiusdē potestatis sit, eundémq; habeat effectum *l. actio* 47. *supr. de negot. gest.* Non enim ob id solum, quod quæstio de hereditate de qua lis inter nos erat iure iurando meo decisa sit facere potest, vt petitio hereditatis consūpta sit, quomodo esset si eā semel exercuissem. Præsertim cùm non possit iusiurādum eam vim habere vt ciuilem actionem tollat ipso iure *l. ait Prætor* 7. vbi diximus *supr. hoc tit.* Ex quo intelligimus iusiurandum hoc olim præstari solitum in iure, idest apud Prætorē in ipsa litis contestatione, antequàm daret actionē Prætor qui nūquā dabat, nisi post litē contestatam. Idque apparet euidentius ex verbis ipsis edicti De iureiurando, quibus ait Prætor se actionem nō daturū eius rei nomine de qua iuratum fuerit *l. ait Prætor* 7. *supr.* Itemq; ex eo quod dicimus iusiurandū habere vim cōfessionis & sentētiæ. Non etiā alius cōfessus habetur pro cōdēnato, quā qui in iure cōfessus est, & ante litis cōtestationē *l. 1. & 3. l. qui Stichum* 5. *infr. de confess.* 4. *C. de repud. vel abstin. hered.*

a *Et non solum eas res restituere debes.* RAT. DVB. Iusiurandum non ad alias res pertinere potest, quàm quæ sunt penes deferentem eo tempore quo iusiurandum vel defertur vel saltem præstatur. Nam nec alias res tum restituere possessor potuisset si litigare noluisset. Vnde est, quod in omnibus ferè causis solemus inspicere, tempus litis contestatæ, vt dixi ad *l. vinum* 22. *supr. Tit. prox.* quia quale quid est, quātumq; cū petitur, tale tātúq. dari debet *l. 2. inf. de vsur.*

Sufficit igitur, vt cùm iuraui hereditatem meam esse, eas res mihi restituas, quas tunc possidebas, nec præterea vrgendus es, vt eas quoque restituas quas cœpisti postea possidere. Quemadmodum solemus dicere, non posse videri in iudicium venisse, id quod post iudicium acceptum accidisset, ideóque alia interpellatione opus esse *l. non potest 23. sup. de iti. dic.* Quidni enim bona sit comparatio cùm iusiurandum iudicij instar habeat *l. qui iurasse 26. §. vlt. l. tutor pupilli 35 §. 1. infr.* hoc quomodo eandem ob rationem solemus argumentari à iudiciis ad compromissa? *l. 1. sup. de recept. Qui arbitr. recep.* DEC. Hereditas nomen iuris est *l. hereditas 50. supr. de hered. petit.* & quidem vniuersale comprehendens res omnes hereditarias, non tantùm quæ defuncti fuerunt mortis tempore, sed etiam quæ posteà accesserunt, recipit enim augmentum & diminutionem *l. item veniunt 20. § item non solùm eod. tit.* Ergo cum iuraui te deferente hereditatem meam esse, de rebus omnibus hereditariis iurasse intelligor siue à te siue ab alio, tunc possiderentur. Et quamuis non alias restituere possis, quàm quas possides, perinde tamen potes hodie restituere illas, quas à tempore iurisiurandi præstiti possidere cœpisti, atque illas quas iam tum possidebas. Perinde igitur omnes restituere mihi debes *l. 4. l. item videndum 18. § pen. eod. ill. tit.* Nec tantùm in vniuersalibus iudiciis hoc obtinet, quale est etiam actionis de peculio *l. quæsitum 30. in princ. inf. de pecul.* verùm etiam in actione in rem speciali, & in actione ad exhibendum, vt ibidem scriptum est & in *l. sin autem 27. §. 1. sup. de rei vindic. l. tigni 7. § si quis non possideat supra ad exhib.* Ergo si eas res, quas iurisiurandi tempore possidebas desieris postea possidere, sine dolo malo tuo, dicendum è contrario est absolui te oportere. Nam & in actionibus in rem & ad exhibendum idem contingeret, quamuis possit imputari tibi cur non statim, & ipso iurisiurandi tempore eas restitueris *d. l. tigni § si quis cùm & d. l. 27. § 1. de rei vindic.*

b *Quòd si ego ex eadem hereditate possiderem.* RAT. DVB. Multùm distat hereditas à re aliqua hereditaria. Nam cùm hereditas sit nomen iuris, vt diximus, non corporis, adeò vt etiam sine vllo corpore possit subsistere *d. l. hereditas 51. De hered. petit.* est quid incorporale *l. 1. §. vlt. sup. de rer. diuis.* Res autē hereditariæ, siue sint mobiles, siue immobiles, dum ne sint iura & actiones, sunt res corporales, ideoque nec hereditas in re aliqua corporali & singulari, nec pars hereditatis vlla consistere intelligitur, *l. quamuis 14. inf. si quis omiss. caus. testam.* Imò, quod magis est, fructus hereditatis, non tam hereditati, quàm rebus ipsis hereditariis accepto feruntur *l. in fideicommissaria 18. infra ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ergo aliud est, iurare hereditatem meam esse, aliud verò rem aliquam singularem, licèt hereditariam: & quamuis iurauerim hereditatem meam esse, non ideo iuuandus sum exceptione iurisiurandi, ne cogar restituere rem singularem quam possideo. DEC. Hereditas ab eo peti potest, qui vel vnam rem aliquam hereditariam iure hereditario possidet, quamuis minimam *l. etsi non totam 13. cum tribus seq. si quis omiss. caus. test. sin. l. regulariter 9. & seq. sup. de hered. petit.* Ergo sicuti conueniri potest petitione hereditatis, quasi possideat hereditatem; ita & permittendum ei est vt deferente aduersario iuret hereditatem suam esse, atque ita acquirat sibi exceptionem iurisiurandi pro ea re, non minus quàm si in ea re tota hereditas vel hereditatis portio aliqua consisteret. Nam etsi quis non totam hereditatem, nec hereditatis portionem aliquam sed vnam rem vel minimam iure hereditario possideat ab intestato cùm possidere eam ex testamento posset, placet ob eandem rationem teneri eum Edicto, *si quis omiss. caus. test.* perinde ac si totam hereditatem in fraudem legatariorum ab intestato possideret *d. l. etsi non totam 13 iunct. l. cùm enim 6.* vbi hæc ipsa ratio adfertur *eod. tit.* Etsi enim res corporales, quæ in hereditate sunt efficiunt partem bonorum non hereditatis quæ valdè inter se differunt, *l. si quis seruum 8. §. vlt. & l. seq. De legat. 2. l. subsignatum 39. §. bona de verb. signific. iunct. l. cogi 16 §. inde quæritur ad Senatusconsultum Trebellianum.* Hereditas tamen in se & sub se continet materialiter, vt loquuntur, ac eminenter res omnes singulas hereditarias, vnde fit, quod diximus, vt qui rem vnam hereditariam vel minimam tenet, rectè hereditatis petitione conueniatur, denique quo casu non possidenti actio ex iureiurando quæritur, multo magis exceptio possidenti acquiritur *arg. l. 1. infra de pignor. & ex regula l. inuitus 156. §. 1. de regulis iuris.*

c *Planè si alius à me hereditatem petere cœperit.* RAT. DVB. Qualitas heredis indiuidua est, sicut & persona ipsa quam afficit, nec fieri potest, vt quis heres sit quod ad vnum, quin heres sit, quod ad omnes cæteros, non magis quàm vt quis alicuius rei sit dominus, & non dominus, qui enim heredem dicit, significat dominum *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ.* Implicat autem contradictionem vt quis heres ac dominus sit, & non sit, ergo si te deferente iurauero hereditatem meam esse, debet iusiurandum meum mihi prodesse, etiam quod ad omnes cæteros, siue petam ab illis hereditatem, siue illi à me. DEC. Non debet aliis nocere, quod inter alios actum est, vt Paulus scribit in lege præcedente, vbi diximus, nec iusiurandum vera est probatio simpliciter, & indistinctè quantum ad omnes, sed duntaxat quantum ad eum qui detulit, quique imputare sibi debet, cur detulerit, & aduersarium suum iudicem, & testem in causa sua fecerit *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Non igitur eadem prærogatiua vti potest, contra eos qui non detulerunt, is qui iurauit, vt idem Vlpianus noster loquitur in *l. nam posteaquàm 9. §. vlt. supr.* Sic dicimus interrogatoriam actionem, ex confessione illius qui interrogatus, in iure confessus est se heredem, non aliis dari posse quàm ei ipsi, qui interrogauit *l. vlt.* vbi dixi *sup. de interrog. in iur. faciend.* Verum igitur est, quod Vlpianus hîc ex Iuliano scribit, si posteaquàm te deferente, iuraui hereditatem meam esse, alius eandem à me petere cœperit, nihil mihi iusiurandum prodesse. Accursius tamen noster aliam rationem adfert ex Azone cur hoc iusiurandum mihi prodesse non debeat, quia, inquit, aut probatur de dominio, & tunc mihi non prodest Publiciana quam oppono iure exceptionis, ex regula *l. vlt. supr. de public. in rem act.* Aut non probatur de dominio, & tunc nulla etiam opposita iurisiurandi exceptione debeo vincere: sed non erit bonum dilemma, nisi priorem eius partem adiuues, ratione illa quam attulimus, quod iusiurandum inter alios præstitum aliis nocere non debeat, nam contra deferentem ipsum, quamuis reuera esset dominus; certū est, posse opponi Publicianam per viam exceptionis, quandoquidem etiam per viam actionis proponi contra eum posset, vt diximus in superioribus ad initium huius legis ex *l. cùm qui 7. §. si petenti supr. de Public. in*

rem

rem act. Ideo ergo non potest opponi Publiciana per eum qui iurauit contra extraneum, postea agentem, non tantùm quia sit dominus, sed quia cùm sit dominus, & heres, non ille est, qui iusiurandum detulit, vt proinde nulla conseruandi iurisiurandi necessitate subsistente, at ne quidem ratione, consequens omnino est, vt principalem causam exerceri, & suo marte currere oporteat, *d.l. eum qui 30. in princ. inf. hoc tit.*

12. IVLIANVS libro 9. Digestorum.

IDem est, & si ego à quolibet alio possidente res hereditarias petere velim: quia & si petissem à te hereditatem, & probassem meam esse: nihilominus ab altero petendo, id ipsum probare necesse haberem.

Ad l. Idem est 12.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad vers. vltimum legis proximè præcedentis: nam siue is qui iurauit hereditatem suam esse contra Titium, qui res aliquas ex ea hereditate posidebat, eandem hereditatem petat à Mæuio alias res hereditarias posidente qui casus est huius legis, siue conueniatur ipse ab alio, vt in *dict. vers. vlt.* non potest iusiurandum iis nocere, qui non detulerunt. Eiusque rei nouam rationem Iulianus hîc adfert, quia, inquit, etsi petissem à te hereditatem, & probassem meã, nihilominus ab alio petendo idipsum probare necesse haberem. Sensus est non posse maiorem vim esse huius iurisiurandi quàm vt habeatur pro vera, certaque probatione. Atqui etiamsi probassem me heredem contra Titium, non posset tamen ea probatio mihi prodesse contra Mæuium tanquam res inter alios acta. Nam nec probationes in vno iudicio contra vnum factæ possunt in alio iudicio, & aduersus aliũ prodesse. Nec parua altercatio est inter nostros interpretes, an acta in vno iudicio faciant fidem, in alio etiam inter eãdem partes, de quo alio & commodiore loco fortasse scribemus: at per alias partes non prodesse nec fidem facere certissimum est, probá'que hic locus optimè: quod ergo non possem assequi per veras certásque probationes, multo minus possum assequi per fictam, qualis illa est, quæ per iusiurandum inducitur *l. eum qui 30. in princip. infra hoc tit.* Quod autem Accursius noster addit, hanc Iuliani sententiam & rationem procedere, si agam petitione hereditatis, aut actione in factum ex iureiurando, non etiam si agam Publiciana, nimirum quasi Publiciana danda sit, contra quemlibet ei, qui aliquo deferente iurauerit rem suam esse, contrà quàm scriptum sit *in l. eum qui 7. §. si petenti supra de Public. in rem act.* Hoc verò nos iam refutauimus ad eum locum & ad initium huius legis.

13. VLPIANVS libro vicensimosecundo ad Edictum.

SI duo patroni essent, & libertus, altero deferente, iurasset, se libertum eius non esse, vtrum alteri totius debitæ patronis portionis, an verò dimidiæ debitæ eis partis bonorum possessio competeret: & ait, si is, cui iuratum est, patronus fuisset: alteri suæ partis bonorum possessionem competere: nec ei prodesse, quòd aduersus alterum libertus iurasset, multum tamen fidei, & auctoritatis apud iudicem, patronum habiturum, quo magis solum se patroni probaret, quod libertus iurasset, alterum patronum non esse.

Ad l. si duo 13.

Pendet etiam hæc lex, vt superiores duæ ex eo quod dictum est in *§. vlt. l. nam postea quàm 9. & l. seq.* iusiurandum inter alios præstitum, aliis nec prodesse nec nocere. Tractat enim hîc Vlpianus de duobus patronis eiusdem liberti, qui altero ex patronis deferente iurauerit eum patronum non esse, & quærit vtrum alteri qui non detulit, antè sibi debitæ tantùm partis bonorum possessio post mortem liberti competeret, cõtra tabulas de qua in *Tit. de bon. libert.* an verò alterius quoq; portionis alij patrono debitæ cui iuratum fuit: hãc enim quæstionẽ esse quæ hîc proponitur, constat inter omnes, sed non quibus verbis: aliter enim habet vulgata lectio, aliter Florentina: vulgata sic concepta est, *Vtrum alteri antè sibi debita portionis an verò dimidia debitæ ei sue partis bonorum possessio competeret* in quibus verbis construendis, quæ certè nec construi commodè possunt, mirum est quantopere Azo & Accursius se torqueant. Florentina verò in hunc modum *vtrum alteri totius debita patroni portionis, an verò dimidiæ debita eis partis bonorum possessio competeret.* Vtraque, nisi me fallo, viciosa est: prima enim pars quæstionis non est de tota portione patronis debita id est, de tota dimidia, quæ inter patronos, quoties plures sunt, diuidenda est *l. si ex patronis 10. in princip. l. si libert. 34. infra de bon. libert.* Sed de parte ante debita, quàm alij patrono iuratum esset, id est, de dimidia parte dimidiæ: posterior autem pars est de tota dimidia, duobus patronis simul debita. Itaque ex duabus lectionibus hanc vnam conflare malo *vtrum alteri antè sibi debita portionis* quomodo habet vulgata lectio *an verò dimidiæ, debita eis partis* vt habet Florentina, id est, quæ dimidia tota, pars est debita duobus patronis *bonorum possessio competeret.* Nihil enim est quod inexplicabilem faciat vulgatam editionem, præter illa verba *ei sue* quæ nos tollimus & pro iis reponimus ex Pand. Flor. dictionem vnicam *eis* quæ non ad alterutrum ex patronis, sed ad ambos referatur. Respondet autem Vlpianus ai pro-

positam quæstionem, si is cui iuratum esset, patronus verè fuisset, alteri suæ tantùm partis, id est, ante sibi debitæ, quàm exclusus esset alius patronus, bonorum possessionem competere, nec ei prodesse cui iuratum non est, quod aduersus alterum libertus iurasset. RAT. DVB. Qui libertum se confitetur, is vt patronum aliquem habeat necesse est, & quidem in solidum, si non plures habeat patronos, nec enim magis fieri potest, vt pro parte sit libertus quàm vt seruus *l. 1. & 2. C. de comm. seru. manum. l. si pariter 9. in fi. de liberal. caus.* Atquin hic de quo agimus qui duorum libertus asserebatur, non negabat se libertum, nec rursum iurauerat se nullius libertum esse, quod nec iurare potuisset alterutro duntaxat deferente, sed tantùm se alterius qui iusiurandum detulerat, libertum non esse. Consequens igitur est vt hoc ipso maneat, & probetur non præsumptiuè solùm, sed etiam concludentèr libertus in solidum alterius, contra quem nihil iuratum est. Quidni enim ei liceat totum libertum suum dicere qui nullus alterius libertus æquè dici possit? *l. rectè dicimus 25. de verb. signif. l. illud 4. de rit. nupt.* siue se alicuius libertum esse fateatur, siue dicat se ingenuum. Ac proinde fatendum est iusiurandum quod ei ex patronis noceat qui detulit alteri patrono qui non detulit, prodesse, si non per se & directò, saltem per consequentias necessarias. DEC. Iusiurandum inter alios præstitum sicut aliis nocere non debet qui non detulerunt, ita nec prodesse *l. quia non deberet 10. supr.* si eos excipias qui à iurante causam posteriorem habuerunt, etiam titulo aliquo singulari vt scriptum est in *l. ait Prætor 7. & seq. sup. hoc tit.* aut qui sint socij obligationis, quales sunt correi debendi *l. in duobus 28. in princip. infr.* Ergo si is cui iuratum fuit patronus fuerit, quomodo ponitur in principio huius legis duos fuisse patronos, dicendum est alteri patrono prodesse non debere, quod aduersus alterum libertus iurauerit, nec ideo tamen verendum est, vt non nisi pro parte libertus maneat si alium compatronum ostendere non possit: nec enim iusiurandum potest extinguere iura patronatus ipso iure, sed tantummodo patronum cui iuratum est, excludere à petitione bonorum possessionis, & operarum, quia nec aliter iusiurandum conseruari & ratum manere possit *l. eum qui 30. §. pen. inf. hoc tit.* Sicut è contrario, si quis iurauerit se patronum alicuius, non ideo tamen fit patronus, adeo vt nec acquirat sibi ius petendæ bonorum possessionis defuncti, quandocunque liberti, nec petendarum operarum *l. si iurauero 14. infr. de iur. patron.* vbi hæc ipsa ratio redditur, quam attulimus, *quia iusiurandum patronum non facit,* nisi iurauerit aduersarium libertum suum esse, *l. adoptiuum 8. §. patronum supr. de in ius vocand.* vt dicemus latiùs ad *d. l. eum qui 30. §. pen. inf.* Et in summa in hoc iudicio quod ex iureiurando datur, non principalis causa exercetur, quę esset de iure patronatus sed iusiurãdum solummodo conseruatur *d. l. eum qui in princ.* Nihil ergo vetat, & pro patrono non haberi eum, cuius libertum se non esse iurauit libertus & alium pro sua tantum parte quam habebat in eo liberto ante iusiurandum præstitum iura patroni retinere, & quantum ad operas, & quantum ad bonorum possessionem contra tabulas, vt pro alia parte libertus qui iurauit interim libertate huius iuris patronatus fruatur. Exemplo eius quod scribit Proculus *in l. aquam 16. in fin. supr. quemadm. seruit. amitt.* Interim, inquam, id est, quousque patronus alter cui iuratum non est probauerit se patronum in solidum: nam si fateatur se pro parte duntaxat patronum esse, tametsi patronus alius nullus appareat, quæstioni locus non est, sicuti nec si libertus consentiat se patronum alterum solum & in solidum habere, neque item si libertus hic fateretur se pro parte libertum huius qui se solum patronum dicit, nec alium patronum allegaret. Argueretur enim ex suo mendacio vt bene Castrensis disputat ex *l. rem alienam 41. infra de pignorat. action.* Quamquam in specie huius legis ponendum est defunctum fuisse libertum, & litem à patrono non cum liberto ipso institutam, sed cum alio qui se patronum æquè diceret, aut cum liberti heredibus de eius hereditate cum patrono contendentibus, alioqui non esset tractandum de bonorum possessione liberti viuentis. Alia ratio est communis liberti, à quo alter ex patronis iusiurandum exegit, contra legem Æliam, Sentiam, ne vxorem vnquam ducat, iniuncto ei præcipuo cœlibatu: alter enim qui extra culpam fuerit, partis vtrique debitæ bonorum possessionem solus habebit liberto mortuo, quemadmodum si alter compatronus prędecessisset si e liberis, & hic solus superuixisset, vt in *l. à communi liberto 24.* sic enim legendum est, *infra de bon. libert. l. vnic. C. si liberal. imper. socius siue hered. decess. lib. 10. tit. 14.* His enim casibus extinguitur omnino, & ipso iure totum ius patronatus in persona eius, qui aut contra legem fecit aut sine liberis antè defunctus est *l. qui contra 15. iunct. l. adigere 6. §. si patronus infr. de iur. patron. l. quæsitum est 31. infr. qui & à quib. manum. liber. non fiunt d. l. adoptiuum 8. §. vlt. de in ius vocand.* quæ res inducit facilè ius adcrescendi, non etiam exclusio quæ ipso iure non fit, sed ope tantùm exceptionis, vt post Accursium Bartolus hic docet, addens sic esse interpretandam & restringendam Constantini constitutionem *in d. l. vnic.* Quamuis malè Castrensis in hanc rem alleget *l. vnum ex familia 67. § sed si vno de leg. 2.* vbi per exceptionem doli non deficit portio, sed retinetur, de iure adcrescendi quod patrono datur, vide *l. sed cùm patrono 6. de bonor. poss. l. siue patronus 2. §. ex duobus de iur. patr.* Certè mirum non est, maiorem esse potestatem legis Sentiæ, quàm hominis aut iurisiurandi siue pactionis & transactionis siue rei iudicatæ vim obtineat *l. vlt. inf. de suis & legit.*

a *Multum tamen fidei & authoritatis.* Sensus est, non posse quidem hoc liberti iusiurandum, quod ei nocet ex patronis qui detulit, prodesse alteri qui non detulit, vt ei sufficere debeat ad litis victoriam, quod libertus iurauerit, se alterius libertum non esse, cùm sit res inter alios acta, nec ad patroni alterius vtilitatem, sed ad suam libertus iurauerit, ita vt non eo minus vinci debeat, is qui se nunc in solidum patronum esse dicit, si alias probationes non adferat, sed tamen aliis probationibus, si quas proferat, vt possit vincere, multum fidei & authoritatis accessurum esse, ex eo liberti iureiurando ad mouendum eum qui de patronatus iure cognoscet, vt credat facilius hunc esse patronum solum liberti, cuius nemo alius patronum se possit hodie dicere aut probare. Nempe si libertus, alicuius se libertum fateatur, nam si ideo iurauerit se deferẽtis libertum non esse quòd ingenuum se diceret, nulla ex tali iureiurando pro alio patrono nasci præsumptio potest. Facit ergo iusiurandum hoc eius qui se libertinum fatetur, præsumptionem qualem qualem pro altero patrono, contra quem iuratum non est, sed non talem vt vel ex ea præsumptione sola

possit

possit vincere, vel probandi onus totum in aduersarium transferre, vt intelligamus, non esse hanc iuris præsumptionem, quomodo videtur sensisse Zasius,& cum eo plerique, sed dispositionem quandam potius ad inducendam probabilem credulitatem. Nam quemadmodum præsumptio quam nostri vocant iuris & de iure pro indubitata probatione est, ita vt non admittat probationem in contrarium *l. filium 6. supra de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Ita præsumptio iuris quamuis non sit æquè probatio, eam tamen vim habet, vt probandi onus totum transferat in aduersarium *l. si chirographum 24.& seq. inf. de probat.* Sic dicimus, neque professionem matris negantis se grauidam esse ex marito nocere filio, neque patris confessionem adeò ei prodesse, vt hoc ipso debeat haberi omnimodo pro suo herede ac necessario, sed tamen grande præiudicium aut pro filio, aut contra filium. ex eo nasci *l. 1. §. Iulianus inf. de agnosc. & alend. liber. iunct. l. Imperatori 29. §. 1. de probat.* RAT. DVB. Quod inter alios gestum est, nullum omnino præiudicium inter alios generare debet *l. quia non deberet 10. supr. hoc tit. l. Lattius 21. sup. de his qui not. infam.* Generaret autem præiudicium aliquod saltem quale quale si leuiores probationes ab alio patrono exigerentur, ob iusiurandum præstitum aduersus alium patronum *l. prox. supr.* Præsertim si ponas, de hoc iure patronatus contendi, non inter patronum hunc qui se solum patronum asserit, & alium qui se pro parte patronum dicat, sed inter patronum hunc, & libertum, qui se alterius libertum non esse iurauerit. Nam cùm ad suam vtilitatem ita iurauerit, an non per absurdum fuerit quale quale præiudicium sentire illum ex suo iureiurando, ex quo etiam exceptionem sibi acquisierit: quemadmodum solemus dicere exceptionem rei iudicatæ, neque ei prodesse debere, contra quem iudicatum est, nec ei nocere, pro quo lata fuit sententia *l. si à te 9. §. 1. l. euidenter 16. infr. de except. rei iudic. l. si fundus 16. §. creditor infra de pignor.* DEC. In his quæ causam habent connexam, & quorum alterum ab altero quodammodo pendeat, non potest fieri, vt non aliquod præiudicium, & saltem quale quale alij per alium inferatur, vt in exemplis quæ adfert Accursius ex *l. si suspecta 29. suprà de inoff. testam. l. à sententia 5. l. si perlusorio 14. inf de appellat. l. 3. §. ibidem Iulianus 8. inf de Carbon. edict.* Adeoque præiudicium aliquando tale est, vt à sententia etiam inter alios lata, aliis necesse sit appellare, non tantùm in casib. de quibus in *l. sæpe 63. de re iud.* qui specialem habent rationem, sed etiam in aliis, *vt in d. l. à sententia & d. l. si perlusorio iunct. l. 3. in prin. inf. de pignor. l. si seruus 50. §. 1. de legat. 1.* Atqui cõnexa sunt iura patronorum in persona vnius eiusdémque liberti, adeò vt si vnus patronus esse desineret, alteri totum ius patronatus quæreretur *d. l. à communi liberto 24. de bon. libert.* Mirum igitur non est ex iureiurando liberti contra vnum & patronis multum fidei & authoritatis accedere probationibus ab alio factis qui se patronum solum dicit: sed ita tamen vt nulla probandi necessitate exoneretur, qua tenetur quisquis se patronum contendit, tum quoque cùm est in possessione patronatus *l. quoties 18. in princ. inf. de probat.* Proderit igitur patrono hæc qualisqualis præsumptio quæ oritur ex hoc liberti iureiurando, hactenus tantùm vt si aliis probationibus idoneis causam suam instruxerit, & nihilominus ob contrarias liberti probationes causa sit dubia, quod sæpissimè ex facto contingit *l. admonendi 31. inf. hoc tit.* debeat patronus ob hanc solam præsumptionem cæteris paribus vincere, nullo etiam præstito iureiurando, quod tamen alioqui ab eo exigendum & præstandum esset *d. l. admonendi.*

1 ¶Iulianus ait, eum, qui iurauit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem etiam vtilem actionem habere debere.

Ad §. 1. Iulianus.

RAT. DVB. Ex iureiurando petitoris, qui rem petitam suam esse iurauit, aduersario scilicet deferente, nascitur actio in factum, perinde atque ex iudicato, vt sæpius iam diximus *ex l. nam postea quàm 9 §. vlt. l. sed si possessori 11. vers. proinde supr. hoc tit. l. actori 8. C. eod.* idque licèt nulla longi temporis possessio aut præcesserit aut secuta sit: multo igitur magis interueniente possessione longi temporis, cùm dici soleat, quod & verissimum est, duo vincula esse vno fortiora *l. pen. C. de adopt.* Coniuncta enim iuriiurando longi temporis possessio, quo magis non quo minus danda sit iuranti in rem actio, facit, & absurdum foret minus iuris habere iurantem, ob id solùm, quod longo tempore rem possederit, *arg. l. in bello 12. §. si quis seruum infra de captiu. & postlim. l. 3. §. si emancipatus filius vxore inf. de bonor. poss. contr. tab.* Ergo quod Vlpianus ex Iuliano hîc scribit, eum qui iurauit fundum suum esse, post longi tẽporis præscriptionem etiam vtilem actionẽ habere debere, vel stultum est, tanquam carens omni dubitatione [decentenim responsa omnia prudentum sic intelligi, vt sint de re dubitabili *l. Domitius 27. infr. qui testam. facer. poss. l. quod Labeo 9. inf. de Carbon. edict.*] vel falsum, si sic intelligatur, quomodo plerique interpretum intelligunt, vt is qui fundum iurauit suum esse non aliter actionem vtilem in rem habeat, quàm si post iusiurandum longi temporis possessionem compleuerit, cùm iusiurandum solum sufficiat ad inducendam pro iurante actionem: Possesio autem longi temporis nunquam possit actionem parere, inspecto iure vetere, quod Iuliani & Vlpiani temporibus obtinebat & obtinuit vsque ad *l. vnic. C. de vsucap. transform.* Sed tantùm præscriptionem, id est, exceptionem. Quo posito illa etiam dubitandi ratio ad hunc locum occurrit, quod qui longo tempore rẽ possessam cum titulo & bona fide, nec tamen vsucaptam iurat suam esse, falsum iurat, cùm longa possessio non sit modus acquirendi dominij sicut nec iusiurandum, vt diximus ad *d. l. 9. §. vlt. supr.* sed vsucapio, & traditio *l. traditionibus 20. C. de pact. l. 1. infr. de vsucap.* itémque mancipatio, cessio in iure, adiudicatio, & lex vt id[em] Vlp. noster refert in *Instit. Tit. 19 de acquisit. rer.* Nullam ergo ex hoc iureiurando actionem in rem habere debet ne quidem vtilem, siue ex longi temporis possessione quę in eam causam est, inefficax siue ex iureiurando quod falsum esse, & ex falsa causa pręstitum inuenitur: Et hæc ratio dubitandi verior mihi videtur. & ad hunc locum accommodatior. DEC. Ex longi temporis possessione præscriptio quidem duntaxat acquiritur, id est, exceptio, non actio in rem siue di-

recta siue vtilis, quia nec dominium per solam possessionem cum titulo & bona fide coniunctam acquiri potest, quoties à non domino facta est traditio, nec secuta vsucapio quæ ad solum Italicum olim restricta erat, vt refert Iustinianus in *Tit. de vsucap.* Sed tamen tantam securitatem tribuit possessori quantam vsucapio ad rem retinendam & summouendum petitorem *d.§. diutina.* Proinde inspecto effectu, qui in iureiurando quoque potissimum inspiciendus est *l. sed si possessor* 11. *§. item si iurauero sup. hoc tit.* non malè nec falso iurat, qui rem à se longo tempore cum titulo, & bona fide possessam esse iurat, cùm perinde possit eam retinere inuito domino, atque si eius esset. Quid enim refert, an verus dominus actionem in rem nullam habeat ad rem petendam, an verò talem habeat, quæ exceptione perpetua & fauorabili possit summoueri? *l. nihil interest* 112. *de reg iur. l. qui exceptionem* 40. *de condict. indeb. l.* 1. *& tot. tit. Cod. de long. tempor. præscript.* Et quemadmodum dicimus, non videri in totum esse falsum, quod veritatis primordio adiuuatur *l. cùm filius* 76. *§. heres meus de legat.* 2. ita neque id quod veritatis effectum habet. Quamquam nec de eo quæri potest, postquàm iuratum est an falso iuratum sit. Esset enim id, quærere de periurio, de quo quæri non debet, quoties ex necessitate iuris & aduersario deferente iuratum est *l.* 1. *C. hoc tit. l. vlt. infra tit. prox.* Itaque si cùm à te rem peterem quam longo tempore nondum possederim, tu mihi iusiurandum detuleris, & ego iurauero meam esse, perinde ex iureiurando dari debet mihi actio vtilis, & in factum, acsi eam rem longo tempore possedissem *d. l.* 9. *§. vlt. sup.* Nihil enim adiicit longi temporis possessio, nisi maiorem dubitandi rationem contra actorem qui iurauit, quasi iurando nihil noluerit iuri suo addere, quod longa possessione iam quæsierat, sed tantùm ius illud iureiurando suo probare atque ita exonerare se à probandis cæteris, quæ probare debet quisquis longi temporis possessione nititur *l. eum qui* 30. *inf.* & ius suum quod habet stabilire, non nouum sibi acquirere. Nam & dici solet iusiurandum quodlibet sumere naturam eius actus in quo interponitur *l. vlt. C. de non numer. pecun. l. vlt. sup. qui satisd. cogant. l. vlt. in princip. infr. Ad municip.* Proinde cùm ex longi temporis possessione præscriptio tantùm nascatur & exceptio, is qui iurat rem suam esse, quam longo tempore possedit, non alia mente iurare videtur, quàm vt suam sibi exceptionem conseruet, non etiam vt actionem sibi acquirat, maximè verò, si ponas fuisse illum possessorem eo tempore quo iurauit: alioqui si ante iusiurandum præstitum à possessione sua cecidisset, nihil ei ad dandam actionem prodesse deberet præterita possessio, soliusque iurisiurandi rationem haberi oporteret. Debet igitur hic locus necessario intelligi de possessore, qui post completam longi temporis possessionem conuentus rei vindicatione à vero domino, & eo deferente iurauerit rem suam esse. Hic enim non tantùm exceptionem saluam habere debet. quam habebat iam antea ad summouendum petitorem, sed etiam actionem vtilem, non tamen in rem, vt vulgo creditur, sed in factum, si possessionem illam aliquo casu sine culpa sua amiserit, sed contra eum solum qui detulit, si possessor quoquo modo factus sit, non etiam aduersus cæteros vt *in d. l.* 9. *§. vlt. & d. l. sed si possessor. vers. proinde supr.* Ideoque nimirum hæc actio dicitur vtilis, vt sunt subsidiariæ in factum actiones omnes *l. quia actionum* 11. *l. quoties* 21. *infr. de præscript. verb.* ad differentiam scilicet actionis directæ, quæ datur petitori, iuranti rem suam esse, quam alius possidet. Ita enim directa est, quia nascitur ex iureiurando, eam ob causam interposito vt actio iuranti acquireretur. In proposito autem iuratum fuerat animo non actionis acquirendæ, sed conseruandæ exceptionis, vt in *dict. vers. proinde.* Quare etsi voles cum interpretibus etiam de vtili in rem actione & Publiciana locum hunc intelligere, dicendum tamen erit contra solum eum, qui iusiurandum detulit Publicianę hunc locum fore, non etiam aduersus alium quemlibet *ex l. eum qui* 7. *§. si petenti sup. de Public. in rem act.* Non enim datur Publiciana directa, nisi eis qui possessionē amiserunt earū rerum quas ex iustis & legitimis causis acquisiuerint *l. quæcunque* 13. *eod. ti.* Atqui nec iusiurandum, nec longi temporis possessio iusta causa est acquirendi dominij vt diximus. Ergo nec Publiciana ex his causis acquiri potest nisi contra solum deferentem, contra quem iusiurandum pro veritate habetur. Atque ita locus hic intelligi certè debet, & quod nos ex hoc §. scripsimus *ad l. pen supr. de mort. infer.* ne quis putet nos tum putasse ex longa possessione acquiri olim actionem vtilem potuisse in rem, extra casum huius §. hoc est, nisi iureiurando interueniente, & contra deferentem solum. Noli ergo cum quibusdam ex interpretibus, quos Castrensis refert, sic locum hunc intelligere, vt etiam is qui rem præscripsit, si iuramentum deferat, perdat exceptionem præscriptionis: etsi enim hoc verissimum est, quia sibi debet imputare is qui detulit, & ita exceptionem quam habebat sibi ipsi ademit, est tamen alienum à mente Iuliani & Vlpiani, sicuti nec quod alij volunt huius loci sensum esse, eum qui nondum compleuit præscriptionem [sic enim loquuntur] vel nondum incepit si iusiurandum deferat non posse ab eo tempore vel incipere vel complere quia iusiurandum habeat vim litis contestatæ ad perpetuandam actionem in quadraginta vsque annos *d. l. nam posteaquàm* 9. *§. si ii qui temporaria supr.* de quo certo Vlpianus non cogitauit, qui non de complenda vel inchoanda longi temporis possessione tractat, sed ponit completam iis verbis *post longi temporis præscriptionem* scilicet acquisitam, quæ porrò non nisi longo tempore completo acquiritur. Ponenda enim est virgula post ea verba vt scilicet determinent præcedentia non sequentia. Planè quod Castrensis addit post Bartolum posse aliam quoque adferri huius loci interpretationem, vt nimirum ex solo iureiurando actoris secuta traditione dari causam præscribendi, & præscriptione completa vtilem vindicationem cōpetere, contra quemlibet possessorem, sed ea nondum completa competere Publicianam, hoc verò mihi omnino improbabile videtur. Iusiurandum enim non magis habilis titulus est ad longi temporis præscriptionem quàm ad vsucapionem, proinde nullo penitus casu potest ei qui iurauit rem suam esse, alia actio competere quam Publiciana, nec contra quemlibet, sed contra solum deferentem, vt disertè scriptum est *in dict. §. si petenti* vbi hoc latè explicauimus, & *ad d. l. nam posteaquàm* 9. *§. vltim. supr.* Illa igitur omnino sequenda interpretatio est, quam attulimus.

2 ¶Idem Iulianus ſcribit, eum qui iurauit furtum ſe non feciſſe, videri de toto iuraſſe, atque ideo neque furti, neque condictiţia tenetur, quia condictiţia, (inquit) ſolus fur tenetur. Numquid ergo, qui iurauit ſe furtum ne feciſſe, hoc ſolo nomine, conditione ſi conueniatur, exceptione vtatur? cæterùm ſi contendat, qui condicit[a] quaſi cum herede ſe furis agere, non debet repelli? & quaſi *μονομερής*.i.*vnimembris*, condictio dari debet aduerſus iuris hæredem: nec pati eum iudex debet, ſi cœperit tentare furem probare.

Ad § 2 Idem Iulianus.

RAT. DVB. Iuſiurandum habet vim pacti conuenti & tranſactionis *l. 2. ſupr. l. tutor pupillum 35. § 1. inf hoc tit.* Ergo qui iurauit ſe furtum non feciſſe, videtur de furto pactus fuiſſe & tranſegiſſe, & vt loquuntur noſtri, damnum deciſiſſe. Atqui ſi pro fure damnum deciſum ſit, condictio tamen furtiua non impeditur, quia deciſione actio quidem furti, ſed non condictio tollitur, vt diſertè idem Vlpianus noſter ſcribit *in l. ſi pro fure 7. in princip. infra de condict. furt.* Ergo non poteſt verum eſſe, quod hîc ſcribitur, eum qui iurauit, ſe furtum non feciſſe, videri de toto iuraſſe, id eſt, etiam de condictione furtiua vt poſt ſuum iuſiurandum non magis ea actione, quam Vlpianus hic condictitiam vocat, quàm furti poſſit conueniri, ac ſanè manifeſta eſt hac parte inter actionem furti & condictionem furtiuam differentia: nam de furto lex duodecim tabularum locuta eſt, vt de eo paciſci liceret, pactúmque tanquam legitimum tolleret ipſo iure furti actionem *l. ſi tibi 17. § 1. iunct. l. legitima 6. ſupr. de pact.* quod ſit odioſa tanquam & merè pœnalis & famoſa *§. ex maleficiis Inſtit. de action. l. infamem 7. infra de public. iudic. l. 1. l. furti 6. ſupra de his qui notant. infam.* quorum neutrum de condictione furtiua dici poteſt *d. l. ſi pro fure § 1. de condict. furt. l. ceſſat 36. infr. de oblig. & action. d. § ex maleficiis in fin.* Nec niſi de actione furti lex duodecim tabularum locuta eſt, non etiam de condictione furtiua, quam prudentum interpretatio ad eam legem & authoritas introduxit. DEC. Condictio furtiua quamuis ſit merè rei perſecutoria ex parte vtriuſque tam rei quàm actoris, nullomodo autem pœnalis, naſcitur tamen ex delicto & ex furto ipſo *l. ſi ambo 10. § quoties infra de compenſat. l. ſed ſi damnum 9. § ſiue autem infra de pecul. l. ſi mulier 21. § hæc actio infra rer. amot. l. ceſſat 36. de oblig. & action. l. 1. § illud vtique 6. infra de vi & vi armat.* vbi quod ſcriptum eſt, interdictum illud non pertinere ad res mobiles, quod pro iis, ex cauſa furti, vel vi bonorum raptorum actio competat, non de furti actione intelligi poteſt, quæ non vt actio vi bonorum raptorum, mixtam vllam habet rei perſecutionem, ſed de condictione furtiua, quæ non ad aliud datur, quàm ad rem mobilem, quæ furto ſubtracta eſt, perſequendam. Iuſtinianus quoque noſter in *§. ex maleficiis Inſtit. de action.* poſteaquàm dixit ex maleficiis naſci actiones quaſdam merè pœnales, quaſdam etiam mixtas, & partim pœnæ partim rei perſecutorias, additò etiam exemplo actionum merè pœnalium in actione furti, cùm videret condictionem furtiuam, non minùs quàm actionem furti ex delicto naſci, & ex furto ipſo, neque tamen eſſe illam vel merè pœnalem, vel mixtam, ſubiicit *eo amplius aduerſus furem etiam condictio eſt rei*: vt ſignificet ex maleficio furti non modò actionem illam furti pœnalem naſci, ſed etiam condictionem furtiuam ſed ad rem ipſam, non ad pœnam perſequendam. Dictio enim *eo amplius* cùm ſit incluſiua & implicatiua, includit & implicat omnes præcedentis diſpoſitionis qualitates *l. in repetendis 63. de legat. 3.* Nec ſanè de hoc quiſquam ex interpretibus, aut antiquis, aut recentioribus dubitauit, excepto vno, qui vt Iacobi Cuiacij errorem mordicus tueretur exiſtimantis, actiones ex delicto etiam rei perſecutorias merè non eſſe dandas in heredem in ſolidum, ſed de eo tantùm quod peruênit, nec proinde condictionem furtiuam, contra quam tamen diſertis verbis ab Vlpiano noſtro ſcriptum eſt *in l. in condictione 9. infra de condict. furt.* Cùm verba Vlpiani, neque cauillari, neque effugere vllo tandem commento poſſet, ad quæ nec reſponderi poſſe fatebatur Cuiacius, petitis ad reſpondendum induciis *lib. 7. Obſer. cap. 37.* audacter affirmare auſus eſt, quod Cuiacio nunquam in mentem veneiat, vt diceret, condictionem furtiuam non eſſe ex delicto, nec naſci ex furto, contra tot ſupradictos, & alios innumeros iuris locos, quibus idipſum apertiſſimè traditum eſt ſed ex neſcio qua planè commentitia cauſę ſuę figura quam tamen nec verborum vllis ambagibus poſſunt exprimere, nec intellectu ipſo quiſquam aſſequi, nimirum vti ne turpiter Cuiacij ſui deſertor fuiſſe videretur, concedens Vlpiano, & nobis, condictionem furtiuam dari in ſolidum contra heredem, ſi non hoc ſaltem retineret ex doctoris ſui ratiocinatione, ex quo maiorem ille ſui ſyllogiſmi propoſitionem conflauerat actiones ex delicto, quamuis merè rei perſecutorias, non dari in heredem, niſi de eo quod peruênit, quod tamen æquè falſum & nugatorium eſt, vt conſtat clariſſimè non ſolùm ex *d. l. in condictione 9. de condict. furt.* quo ſolo iuris loco dicunt noſtram probari ſententiam, ſed etiam ex *d. l. ſi pro fure 7. § vltim. eod. tit. l. Caius Seius 22. de SC. Silan. l. fraudati 8. l. cotem 11. § illicitarum l. commiſſa 14. de publican. & vectig. l. donationes 31. § vlt. de donat. l. pen. & vlt. Cod. ad leg. Iul. maieſt. & § his verbis 9. Inſtit. ad leg. Aquil.* vbi dicitur actionem legis Aquiliæ quæ perinde ciuilis, atque condictio furtiua eſt, tranſituram in ſolidum contra heredem [nam de eo quod peruênit, dubitatio nulla eſt quin detur, etiamſi ſit pœnalis *l. inde Neratius 23. § hanc actionem ſupra ad leg. Aquil.*] ſi in ea nunquam lis ęſtimaretur ſupra damnum quod actor paſſus fuiſſet, nempe quoniam eo caſu eſſet merè rei perſecutoria, non minus quàm condictio furtiua, id eſt, non minus ex parte illius qui conueniretur, quàm ex parte actoris & tamē non eo minus eſſet ex delicto. Cùm ergo quæritur an aliqua actio rei perſecutoria detur in ſolidum contra heredem, non illud inſpiciēdum eſt, an ſit ex delicto necne, ſed an ſit merè rei perſecutoria ex vtraque parte tam rei conuenti quàm actoris, ſiue ex delicto ſit ſiue non ſit. Nam nec aliam ob cauſam

actiones ex contractu transeunt in solidum contra heredem quàm quia nihil nisi meram rei persecutionem continent tum quoque cùm dolus intercessit & ob dolū dantur cùm hoc casu dolus ipse ex contractu reique persecutione descendat, vt subtiliter & eleganter Vlpianus noster ratiocinatur *in l. si hominem 7. §. datur inf. depos.* Proinde nulla ratio fuit, cur Cuiacius hîc tam pertinaciter descenderet contra præceptoris sui sententiam, condictionem furtiuam non nasci ex furto, vt maiorem illam propositionem defenderet, quam Cuiacius imprudenter sanè & incautè potius quàm prudēter & imperitè effuderat: Actiones ex delicto etiā merè rei persecutorias ex vtraque parte non dari in solidū contra heredem. Etsi enim turpius & periculosius erratur in maiore propositione, quàm in minore, fuisset tamen honorificentius discipulo errorem magistri agnoscere, & in Vlpiani qui multo melior iuris magister fuit, si in nostras pudebat descendere, quàm contra tanti magistri prudentiūmque omnium sententias, minorem illam *Actionem condictitiam* de qua hîc agitur id est, condictionem furtiuam *esse ex delicto*, quę vera est in falsam conuertere, & negare condictionem furtiuam ex delicto esse, totque aliis erroribus ad hunc tuendum, vt euenire solet, se inuoluere: sed hoc obiter dictum sit, ex professo enim hos errores profligauimus *lib. 4. Coniect. c. 1.* & fusius ac melius vt diligentius in *decad. 7. & seqq. Chiliadis nostræ de error. pragmat.* & dicemus etiam ad *d. l. 9. de condict. furt.* Vbi enim probanda & continuanda erit Vlpiani sententia, de condictione furtiua in solidum contra heredem danda. At in hoc § tractandum fuit, an condictio illa esset ex delicto: esse autem apparebit manifestius etiam ex iis quæ mox subiiciemus: iam ergo ad rationem decidendi redeamus. Condictio furtiua licèt sit merè rei persecutoria ex vtraque parte, tamen ex delicto est & ex furto, non minus quàm actio ipsa furti, tametsi pœnalis hæc sit merè ac furiosa, condictio verò furtiua non item, vt iam ostendimus & hic locus, si quis alius in iure, omnium optimè probat. Atquin is qui se furtum non fecisse videtur de toto iurasse, id est, non de toto furto, quippe quod non potuit pro parte fieri, sed de tota causa furtiua, nec de vna actione sed de omni iure, quod ex causa furtiua pendêre potuit, ac proinde non solùm de actione furti, quæ pœnalis & famosa est, sed etiam de condictione furtiua, quę merè rei persecutoria. Prodesse igitur ei debet iusiurandum, non solùm si actione furti, sed etiam si condictione conueniatur *l. in duobus 20. §. exceptio infr. hoc tit.* Non magis enim potest condictio furtiua competere, quàm furti actio, si furtum nullum factum sit. Diuersum est si quis affirmatiuè iurauerit furtum ab aduersario sibi factum esse. Non enim ideo statim acquirit sibi condictionem *d. l. in duobus §. pen.* quia iusiurandum affirmatiuum non facit rem furtiuam, quomodo negatiuam purgat furem & consequenter vitium rei furtiuæ, alioqui non posset à quoquam vsucapi res cuius furtum factum esse iuratum esset tanquam hoc ipso facta furtiua, quod esset ridiculum: ita enim fieret vt iusiurandum vnius aliis noceret quam deferenti contra *l. quia non deberet 10. supr.* Et prætera actorem dominum esse oportet. Imò si verum amamus condictio furtiua magis immediatè pendet à furto quàm actio furti, cùm non detur nisi cōtra furem ipsum, aut furis heredē: actio autem furti detur contra eum quoque, cuius ope, consilio furtum factum est, licèt is neque fur sit neque furis heres *l. ex furtiua 5. & seq. de cond. furt.* vnde est quòd si is qui liber esse iussus erat, aliquid ex hereditate ante aditam eam auerterit [hic enim cùm rei hereditariæ furtum facere non possit, ex regula *l. rei hereditaria 68. inf. de furt.* ob rationem positam *l. 1. §. Scæuola inf. si is qui test. lib. ess. iuss.* auertere propriè dicitur non furari aut subripere *d. l. 1. §. sed & in omnibus*, sicut & coniunx amouere *l. vlt. & tot. tit. rer. amot.*] Atque ita inciderit in edictum, vt conueniri possit actione pœnali, in factum prætoria, quæ ad similitudinem actionis furti nec manifesti in duplum comparata est, tenetur quidem prætera vindicatione, perinde ac si furtum fecisset, ac furti actione conuentus iam, & condemnatus fuisset *d. l. 1. §. præter hanc actionem l. 7. iunct. l. 1. de priuat. delict. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt. d. l. si pro fure 7. §. 1. de cond. furt.* At non similiter tenetur condictione furtiua vt apparet ex *d. §. præter*, vbi de sola vindicatione Vlpianus loquitur non etiam de condictione: an quia melioris condicionis sit, aut esse debeat is, qui dolo malo res hereditarias auertit quàm si furtum fecisset? Minimè. Deberet enim potius esse deterioris, qui tam improbum factū admisit, factus ob id solùm audacior, quòd videret se, neque tanquam seruum, coerceri posse, propter spem imminentis libertatis, neque vt liberum damnari, quod hereditati furtum fecerit, quæ tum erat domina, dominæ autem cum seruo suo neque furti neque alia vlla possit esse actio, vt ex Labeone Vlpianus tractat in *d. l. 1. §. 1.* Ergo non alia causa est, propter quam condictione furtiua non teneatur, quàm quia fur non est, quandoquidem solius furis odium induxit condictionem, quò pluribus etiam contrariis actionibus teneretur *§. sic itaque. Inst. de action.* In quo differt actio illa in factum ab ea, quam prætor proposuit aduersus publicanos in *l. 1. de public. & vectig.* Quæ scilicet non magis furtiuā condictionem, quàm vel furti, vel vi bonorum raptorum actionem aut ad exhibendum, aut vindicationem excludit: cùm publicanus qui prætextu vectigalis aliquid vi ademit, verè fur sit & raptor. Quisquis autem fur & raptor est, condictione ista teneatur. Consequens igitur est, vt qui iurauit se furtum non fecisse, non magis timere debeat cōdictionem furtiuam, quàm actionem furti de vindicatione & ad exhibendum actione non idem dici potest. Etsi enim hæ quoque actiones, simul cum conditione furtiua aduersus furem competunt *d. §. sic itaque d. l. si pro fure §. 1. d. l. si pignore 54. §. cùm furti de furt. d. l. 1. de priuat. delict.* non tamen nascuntur ex furto, neque ex eo pendent, vt actio furti, & condictio, sed ex dominio actoris, & ex præsenti possessione rei *l. non alias 24. §. sed si postulatur sup. de iudi.* nec odio furis contra iuris regulas dantur in furē, vt actio furti & condictio, sed eo iure quo darentur actiones illæ, contra quemlibet possessorem. Et tamen nulla inter vindicationem & condictionem hac parte deberet esse differentia, si cōdictio furtiua non magis quàm vindicatio ex furto ipso nasceretur. Itaque de vindicatione, non de condictione accipi debet, quod scriptum est in *l. si quis vxori 52. §. si quis iurauerit 27. inf. de furt.* exemplo eius quod scriptum est *in d. l. 1. §. præter hanc actionē inf. si is qui test. lib. ess. iuss.* Præsertim si sequare vulgatam lectionem, quę addita negatione sic habet *deinde rem furtiuam non contrectet*. Et ea sanè rectior est, iusiurandum enim non aliud furtum purgare potest, quam cui causam dedit, anterior contrectatio, non etiam illud quod ex possessione

contrecta-

contrectatione inducitur, ex qua non minus condictionem furtiuam, quàm furti actioné nasci oporteret, nam quod quidam putant, eo nomine actionis furti etiam condictionem furtiuam eo loco, & aliis quibusdam significari, non possum admittere. Etsi enim ambæ nascuntur ex eadem causa, id est ex delicto furti, à quo & nomen vtraque accepit, habent tamen tam diuersos effectus naturámque dissimilem, vt vnius nomine aliam contineri fuerit sané perabsurdú: nec illud quoque probari potest, quod Accursius notat, responderi posse ad *d. §. si quis iurauerit*. loqui eo loco Vlpianum de condictione furtiua, cótra eú qui iurauit danda, quasi furis heredem, secundú id quod subiicitur in hoc ipso §. cùm nulla in *d. §. si quis iurauerit*, heredis mentio fiat, sed eius tantùm qui iurauerit, contra qué rei quidem persecutio domino seruatur contra possidenté, quisquis ille sit, sed per vindicationé non per condictionem. Etsi enim cóndictio rei quoque persecutioné continet: Attamé rei persecutioné simpliciter cùm dicimus, vindicationé magis propriè intelligimus, quæ in ré ipsam actio est, & in qua non nisi de actoris dominio quæritur, non condictioné, quæ in personam actio est, vt cæteræ omnes cóndictiones, nec tantùm probationem dominij ab actore exigit, quàuis non detur nisi domino *l. 1. de condict. furt.* sed etiá vt furtú ei factú sit, de quo tamen quæri amplius nó potest aduersus eú qui iurauit, se furtú non fecisse nisi specialiter ac nominatim tanquá furis heres conueniatur, vt sequitur in hoc §. Et condictioné rei dicimus, non simpliciter rei persecutionem, cùm de furtiua cóndictione intelligimus *d. §. ex maleficiis in fin.* Et sanè speciali nota & nomine digna est hæc actio, quæ habet tam multa specialia & singularia, néque vt detur domino, vt soli domino, & vt cum vindicatione concurrat, quorú duo primú & tertium solo furis odio constituta sunt *d. §. sic itaque.* Secundú verò non quidé fauore furis, qui nullo certè fauore vnquam dignus est, sed minore ipsius odio, ne condictione furtiua teneretur, omnibus quibus & furti tenetur: sed soli domino, cuius vtique fauorabiliorem causam esse æquum est, quàm cæterorum omnium, qui cùm non sint domini, ob eam tamen rationem solam ad furti actionem admittuntur, quòd ipsorum intersit ex honesta aliqua causa *l. cuius interfuit 10. & seq. infr. de furt.* Nam nec vllius interesse magis potest, quàm cuius interest ratione dominij, ideóque & aliàs distingui plerumque solet, an ipsa furti actio iure dominij an iure tantùm eius quod interest deferatur, *leg. si vendidero 80. §. 1. eod. tit.* itémque cùm de iureiurando in litem quæritur *l. cum furti 9.* vbi dicemus *infr. tit. prox.*

a *Cæterùm si contendat qui condicit.* RAT. DVB. Is qui iurauit, in specie huius §. iurauit de toto, vt proximè dictum est, nec minùs quantum ad condictionem furtiuam, quàm quod ad actionem furti. Ergo nullo casu teneri potest condictione furtiua, nec magis tanquam furis heres, quàm quasi fur, alioqui non de toto iurasse videretur, si non de omni condictione iurasset. Et certè condictio furtiua non alia potest competere aduersus furis heredem, quàm quæ competiit, & dari potuit aduersus furem ipsum: est enim actio hereditaria, quæ non alio iure datur, contra heredem, quàm quo dari aduersus defunctum debuit *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* ibi *quoniam hereditaria est actio l. vlt. & tot. tit. C. de heredit. action.* Ergo si non potest, hic qui iurauit, conueniri furtiua condictione, propter suum iusiurandum, tanquam fur, multo minùs tanquam furis heres. DEC. Tota vis iurisiurandi æstimanda est ex formula & conceptione verborum, quibus iusiurandum delatúm, ac præstitum est *l. 3. §. vlt. & legib. seq. supr. hoc tit. l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. non semper infr.* At in proposito non iurauit reus in rem, id est furtum factum non fuisse, sed in personam, se furtum non fecisse, vt & in *l. si quis vxori 52. §. si quis iurauerit infr. de furt.* Ergo quamuis iusiurandum pro veritate habeatur, nihil tamen aliud ex eo inferri potest in hac specie, quàm furem non esse illum qui iurauit, non etiam furtum factum non esse, vt proinde nihil prohibeat, hunc qui iurauit, furem quidem non esse, sed furis tamen heredem esse: quod non similiter dici potest, si iuratum esset in rem, furtum factum non fuisse id est de ipso delicto, & de re, non de persona vt in *l. in duobus 28. §. 1. infr.* Tunc enim neque fur, neque furis heres, quisquam esse posset, nec aliud est in transactione, si inter transigentes actum sit, de toto facto tollendo, vt bene Castrensis contra Accursium disputat, itémque in sententia si iudex quod facere potest, non tantùm de actione, sed etiam de actionis causa pronunciauerit, scilicet inter easdem partes non inter alias. Ex quo idem Castrensis benè infert sententiam absolutoriam, inter priuatos latam, nullum facere præiudicium in criminali, ne quidem inter eosdem, cùm in iudicio priuato vtilitas priuata, in criminali verò vindicta versetur publica *leg. locatio 9. §. quod illicitè infr de public. & vectig.* id est causa rei publicæ, cui per priuatorum conuentionem præiudicium fieri non oportet *l. ius publicum 38. l. inter debitorem 41. supr. de pact.* Aliud ergo est dicere de toto iuratum esse, quod verissimum est, hoc sensu, vt de toto furto, quod iuranti obiiciebatur, tanquam furi iuratum sit, ac proinde de omni actione, quæ ex furto nasci poterat, & consequenter de furtiua quoque condictione, quæ contra eum tanquam furem competebat: Aliud verò iuratum esse de omni condictione, quæ ex furto nasci posset, non modò contra furem, sed & contra furis heredem: Hoc enim non aliter fieri potuit, quàm si iuratum esset furtum factum non esse. Omnis enim condictio furtiua regulariter habet duas partes, & duo quodammodo membra, vt quisquis eam proponit, si se dominum probet, debeat omnimodo vincere, dummodo probet etiam, illum qui conuenitur, vel furem esse vel furis heredem. Ergo tametsi iureiurando excludatur actor ne possit rem furtiuam ei qui iurauit tanquam furi condicere, non tamen prohibendus est si contendat se eum eo velle agere quasi cum furis herede, nec debet hoc casu vel denegari ei actio quasi contra iusiurandum venienti ex *leg. ait Prætor 7. supr.* neque contra eum agentem iurisiurandi exceptio accommodari, cùm nouam causam in iudicium deducat, quæ in iusiurandum deducta nunquam fuit. Si tamen actor impetrata condictione non possit probare reum furis heredem esse, & tamen ne succumbat velit probare esse ipsum furem, quod satis esse ad victoriam solet ei, qui agit condictione furtiua, non erit audiendus, nec talis articulus admittendus, tanquam merè impertinens, id est, ad materiam in libellum deductam nil pertinens, & qui etiam qualitercumque probatus nil releuaret, vt nostri loquuntur,

ex *l. ad probationem* 22. *& l. neque natales* 10. *& pass. C. de probat.* & ex hoc maximè loco probatur, quia salua iurisiurandi authoritate fieri hoc non posset. Non igitur debet Prætor hoc casu, cõtra eum qui iurauit se furtum non fecisse dare condictionẽ bimembrem vt solet, id est sub duplici & alternatiua condicione, *Si paret Titium cum quo agitur vel furem esse vel furis heredem*, sed μονομελῆ & vnimembrem *si paret Titium quo cum agitur furis heredem esse* vt etiam post iusiurãdum à reo præstitum de furto à se non facto possit adhuc actor vincere, sed vno tãtùm casu probando scilicet præcisè Titiũ esse furis heredem, cùm si iuratum non esset, vtique vincere duobus casibus potuisset, probando nimirum aut furem eum, aut furis heredẽ esse. Est igitur hic casus valde singularis, in quo furtiua condictio vnimembris est, nec quicquam prodest actori, quod probet reũ ipsum furem esse, cùm tamen hæc condictio non nisi contra fures & eorum odio comparata sit. Contra furis autem heredes qui nullo certè odio digni sunt non nisi per consequentias. Sed hoc ad tuendam iurisiurandi religionem & authoritatem: simile quiddam est in *leg. in duobus* 28. *§. exceptio & seq. leg. si actor.* 36. *infr. hoc tit.*

3 ¶ Si quis iurauerit vendidisse me ei rem centum: ex empto agere poterit, vt ei cætera præstẽtur: id est, res tradatur, & de euictione caueatur. an tamen, ad pretium consequendum [a], ex vendito conueniri possit, videndum. & si quidem & de hoc ipso iuratum est, quòd pretiũ solutum est: nulla pro pretio actio superest. si verò hoc non fuerit iuratum: tunc consequens est, de precio eum teneri.

Ad §. 3. Si quis iurauerit.

RAT. DVB. Iusiurandum eatenus duntaxat actionem aut exceptionem parere potest, quatenus iuratum est, vt diximus ad §. præcedentẽ, & dicemus ad sequẽtem ex *l. in duobus* 28. *§ si quis iurauerit & §. penult. l. si actor* 36. *infr. hoc tit.* Atqui is qui iurauit me fundũ ei vendidisse precio centũ aureorum, de solo actu & contractu venditionis iurauit, non etiam me tradere fundũ ei debere, aut euictionẽ præstare. Ergo non potest ex hoc iureiurãdo nasci actio siue ex vendito siue in factũ vt ei res tradatur, sed multo minùs vt de euictione ei caueatur. Nã venditio quidẽ esset inefficax & nullius vtilitatis si traditio non sequeretur aut ob non factã traditionẽ, non præstaretur emptori id quod ipsius interesset *l. 1. infr. de act. empt. l. si traditio* 4. *C. eod.* vt non etiam si euictio nulla deberetur quæ & conuentione remitti potest, hactenus saltẽ vt extra prec. j restitutionẽ nullam vtilitatem petere emptor posset *l. ex empto* 11. *§. qui autẽ infr. eod. ill. tit. l. qui libertatis* 69 *de euict.* D c. Iusiurandum pro veritate habetur quãtum ad id de quo iuratum est *l. 5. §. dato iureiurando l. nam postea quàm* 9. *in princip. & §. 1. l. sed si possessori* 11. *§ vlt. sup. l. eum qui* 30. *infr.* Ergo cùm iurasti me tibi fundũ vendidisse certo precio, perinde habendum est acsi reuera vendidissem licet non vendiderim. Atqui si vẽdidissem, haberet emptor actionem ex vendito contra me & ad rem tradendam & ad euictionem præstandam *d. l. ex empto* 11. *in princip. infr. de action. empt.* Idem ergo admittendum est, cùm venditio per solum iusiurandum probatur, nam & traditio rei vẽditæ, & euictionis præstatio veniunt ex natura venditionis, & eam necessariò cõsequuntur *d. l. ex empto l. si in venditione* 60. *infr. de euict.* Vnde & in hoc §. *cætera venditionis* dicuntur *& in l. magis putes. §. eadem ratione infr. de reb. eor. qui sub tutel.* vt & *cætera cognitionis in l. intra vtile* 39. *supr. de minor.* Planè si conuenerit vt cum fideiussore dupla cautio prẽstetur extra naturam contractus est, & ad contractus adminicula non ad naturalia pertinet *l. pacta conuenta* 72. *de contr. empt.* vbi latiùs dicemus. Ex hoc autẽ intelligimus non esse verum quod volunt interpretes ex huiusmodi iureiurando nasci actionem quoque in factum quæ aliàs ex iureiurando nasci solet *l. sed si possessori* 11. *in princ. vers. proinde supr. l. actori* 8. *C. de reb. credit.* quasi non sit absurdum eam cum actione ex contractu concurrere. Nam cùm actio in factum qualibet sit subsidiaria, nec possit competere nisi deficiente ciuili actione, fieri certè nequit vt idem iusiurandũ possit & actionem ex empto inducere, & actionem in factum: quia nec tam vim habet rei iudicatæ hoc iusiurandum quo demùm casu parit actionem in factum exemplo iudicati *d. l. actori*, quàm probationis, ne iam negari possit factam esse venditionem. Quo probata quãnam alia actione indigere emptor potest, aut quam aliam vberiorem, & cõmodiorem quærere? Et verò quis diceret actione illa in factum dã iam sibi contra me actionem, vt & rem tibi tradam & euictionis nomine me obligem? Sunt enim ista cõsequentia venditionis per iusiurandum probatæ, magis quàm iurisiurandi ad probandã venditionem tantùm, non etiam ad acquirendam nouam actionem interpositi. Proficit igitur hoc casu iusiurandum ad probationem dũtaxat non ad actionis vllius nouæ productionem: Nam & in sententia idem dicendum esset si fortè iudex condemnasset aliquem ad traditionem rei quasi venditæ, nec de venditione aliter, quàm per sententiam cõstaret. Perinde enim condemnandus esset ad præstandam euictionem acsi hoc ipsum in sentẽtia cõtineretur, vt Castrens. hic concludit sumpto argumento ex hoc §. & ex comparatione iurisiurandi & sententiæ *l. sed si possessori* 11. *§ vlt. supr.* quamuis sententia sit stricti iuris *l. 1. C. si plur. vna sentent. condemn. fuer.* Nam nec iusiurandum vnquam egreditur formam & materiam iureiurando comprehensam. Et tamen proficit ad illa etiam omnia quæ veniunt in consequentiam venditionis de qua sola iuratum sit. Quare non facile dici potest quàm rationem habeat, quod Bartolo, Castrẽsi, aliisque interpretibus placere video actionem ex vendito de qua Vlpianus in hoc §. vtilem esse non directam quasi oriatur ex iureiurando, ideóque non nisi ficta sit. Est enim ficta quidem probatio quæ fit per iusiurandum, sed venditionis veræ ex qua proinde nasci debet directa actio ex vendito, non vtilis. Et verò quod per iusiurandum probatur, quamuis falsum esse possit, attamẽ etiam verum esse potest, magisque præsumendum est vt verum sit, quàm vt falsum. Sed tamen dicitur vtilis hæc actio, quæ nascitur ex contractu probato per solum iusiurandum, in *§. Marcellus infr. & in d. l. sed si possessori §. vlt. supr.* quia non habeat aliũde causam & originẽ quàm ab ipso iureiurãdo, quandoquidẽ ve iactari vulgo solet non entium, & non apparentium idem iudicium est *vulg. §. si aduersus Instit. de nupt. l. duo sunt Titij* 70. *infr. de testam. tutel.* Ex iureiurando autem

quantum-

quantumuis formiter præstito, vt loquuntur, id est, vt explicant, expressa causa quæ si esset vera, esset obligatoria, fieri certè nequit vt nascatur actio directa siue ex vendito, siue ex empto, siue pro socio, siue de dote, de quibus agitur in *hoc §. & seqq.* Vtilem ergo eam esse dicique necesse est *vt & in l. quòd si iuraui 29. infr. hoc tit.* Iusiurandum enim conuentionis quidem instar obtinet, adeóque transactionis, quæ de lite facta sit at non venditionis, nisi ad inducendam eius probationem, quæ scilicet multò facilius inducitur quàm substantia cōtractus, quem vel mutuo consensu, vel re, vel verbis, aut literis perfectum esse oportet antequam de probando eo quæratur *l. Publia 26. §. vlt. infr. deposit.* Proinde si quæ aliæ adsint probationes contractus præcedentis, actio ex eo contractu competet directa, qualis competeret etiamsi iuratum non esset, quod nec Bartolus negat. Iusiurandum enim ideo interponitur vt iuranti prosit, nō vt noceat: Noceret autem si actionem directam extingueret, quod nec facere vllomodo potest, vt eam in vtilem cōmutaret. Quinimo nec vtilis dari vlla potest, quandiu directa competit *l. 1. C. de oblig. & act.* Idque non malè nostri protrahunt ad statuta si quando ex iis quod sæpe accidit, aliqua actio inducatur, vt si statutum formiter disponat, locum habeat actio ex illo contractu aut ex illa causa super qua disponit formiter. Si verò informiter & simpliciter agendum sit, condictione ex lege vel ex statuto, vt in iis exemplis videre est quæ adfert Bartolus. Benè autē Vlpianus ponit iurasse te venditam à me tibi fuisse rem centum aureis, quia sicuti non potest fieri venditio sine certo precio, ita nec facta probari ideóque de certa precij quantitate iurare cogendus esset, alioqui nec iurasse credendus esset *l. in duobus 28. § si ei qui infr. hoc tit.* Sicuti si quis incertum quid confessus sit vrgeri potest & debet vt certū confiteatur & certam quantitatem, nec aliter pro confesso haberi potest *l. certum 6. in princip. & §. 1. infr. de confess.* Nam nec probatio incertæ quantitatis valeret, siue per testes fieret, siue per instrumēta, nec sententia quæ certæ quantitatis condēnationem nō haberet *l. vlt. C. de sentent. quæ sin. cert. quantit. profer. l. 3. C. de inutil. stipulat.* Nisi certitudo quantitatis non expressæ in iureiurando possit colligi ex iis quæ inter partes acta sunt ante delationem iurisiurandi, & ad quæ referri iusiurandū possit *arg. l. Titia 134. § idem respondit 1. de verb. oblig. & l. 2. C. de sentent. quæ sin. cert. quantit.* Quòd si iuraueris factā tibi à me venditionē certo precio, id quoque preciū sequendū erit & habendū pro vero ac probato tanquā quod conuentū fuerit & formale vt idem Vlp. noster loquitur *in l. in lege falcidia 62. §. 1. infr. ad leg. falcid.* vt planè defendi non possit, quod Castrensis putat non esse standum declarationi iurantis si iniustum sit precium, sed arbitratu potiùs viri boni taxandum *arg. l. domum 57. infr. de contr. empt.* quæ ad hunc casum omnino nil pertinet, nec de re æstimata loquitur, sed de æstimanda.

a *An tamen ad preciū consequendū.* RAT. DVB. Non debet iusiurādum ei nocere qui iurauit, nec rursum ei prodesse contra quem iuratum est. Vtrumque enim fuerit contra mentē Prætoris, & contra ipsius propositū in hoc edicto, quo id agit vt suū cuique iusiurandū tueatur nec ei det actionem cōtra quem iuratū est, & aduersus eum qui iurauit *l. ait Prætor 7. supr. hoc tit.* Sicut in exceptione rei iudicatæ dicimus, Euidenter iniquū esse vt noceat illa ei pro quo iudicatum est *l. euidēter 16. infr. de except. rei iudic.* Atqui ponimus iurasse te venditā tibi à me rē fuisse, de precio autem soluto neque dictum neque iuratū quicquā esse. Consequens igitur est vt ex eo iureiurando danda sit tibi cōtra me actio ex ēpto non mihi contra te actio ex vēdito. DEC. Venditionis, & emptionis vnus idémque cōtractus est licèt actiones empti & vēditi sint separatæ, adeo vt his nominibus emptionis & venditionis promiscuè veteres vterentur *l. veteres 19 infr. de action. empt.* Est enim hic contractus ex numero eorum qui dicuntur vltro citróque obligatorij, nec potest venditor obligari emptori, quin emptor vicissim venditori obligetur, nisi fortè quis contraxerit cū pupillo sine tutoris authoritate *l. Iulianus 13. § si quis à pupillo antep. eod. tit.* Non tam igitur cōnexitas vt loquitur Accursius quàm vnitas & indiuisa causa cōtractus *l. cùm ex causa 139. de verb. oblig. iunct. l. rē hereditariā 65. infr. de euict.* efficit vt nō possit ex huiusmodi iureiurando venditor teneri emptori actione ex empto ad rē tradendā, præstandámque euictionē, quin pariter emptor teneatur venditori actione ex vendito ad preciū soluendum, adeo vt si ante precij solutionē vrgeatur venditor actione ex empto ad rē tradendā, possit iure quasi pignoris retinere rem à se vēditam quousque solutū sit ei preciū, aut aliter eo nomine satisfactū *d. l. Iulianus § offerri.* nisi proponas de hoc ipso iuratū esse, quòd precium solutū sit. Tunc enim nulla de precio actio superesset. Extra hūc casum emptor qui iurat sibi factā esse venditionē vt venditorē sibi obliget ad rem tradendā, & euictionem pręstandā, hoc ipso se obligat venditori vt precium ei soluere teneatur. Quod tamē Accursius noster ait esse mirabile vt iusiurandum etiā pacti obligatorij vim habeat non minùs quàm rei iudicatæ, vt & in *l. vt iurisiurandi 7. § 1. infr. de oper. libert. l. vlt. § vlt. de liber. caus.* Sed an poterit venditor cōuentus actione ex empto ad rē tradendā remorari effectū actionis & iurisiurandi, & excipere de precio nō soluto vt interim nō cogatur tradere rē. Bartolus negat, quia iusiurandū habeat vim rei iudicatæ, & executionē paratā sicut & res iudicata, de quo diximus *ad l. 2. sup.* non possit autē peti solutio precij ante traditionē nisi iure cuiusdā exceptionis perēptoriæ *d. § offerri,* cui porrò locus esse nō possit post rē iudicatā *l. peremptorias 2. C. sentent. rescind. non poss.* Sed alij post Castrensem cōtrà putant, & multo veriùs, nō illa solùm ratione, quam adferunt, quod etiā post sententiā admitti possint exceptiones perēptoriæ, quæ modò non impugnent iudicatū *l. Nesennius 41. § vlt. de re iudic. l. qui id quod 33. infr. de donat.* Maximè verò si iuratum sit extra iudiciū, quo casu imputari minus potest reo cur exceptionē omiserit, quā nec opponere potuit ante propositā actionem. Sed etiā quia actio vtilis quæ ex iureiurādo nascitur non alterius naturæ, & cōditionis esse possit, quàm cuius est directa *l. actio 47. supr. de negot. gest. & § Marcellus infr.* Nec rursum causa vlla sit propter quā denegari debeat exceptio ei cui datur actio *l. 1. § is autē infr. de superfic. l. inuitus 156. § 1. de regul. iur.* Nec ad rē facit, quod Bartolus respōdet ad *d. § Marcellus,* non fuisse ibi natā actionem ante solutionē debiti: cùm pignoratitia nulla possit cōpetere nisi toto debito priùs soluto *l. si rē alienā 9. § omnis pecunia infr. de pign. act.* Nā præter id quod nihil effectu interest an nulladum sit nata actio, an verò talis actio sit nata quæ per exceptionē elidi possit *l. nihil interest 112. de regul. iur.* Dico etiā in vēditione de qua tractat hic §. specialem esse rationē, quā nemo obseruat, Cur preciū solui vēditori oporteat ante traditionē, quia nec si

traditio fieret, dominium tamen transferri posset ex ea traditione in emptorem, quousque solutum esset precium venditori, aut aliter eo nomine satisfactum. Idque iure ita constituto per legem duodecim tabularum *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. infr. de contr. empt. l. Paulus respondit 38. §. quæsitum est infr. de liber. caus. §. vendita Instit. de rer. diuis. l. 5. §. pen. infr. de tribut. act.*

¶ 4 Idem dicemus, & si quis societatem fecisse iurauerit. nam & is pro socio poterit conueniri.

Ad §. 4. Idem dicemus.

Rat. dvb. & decid. eadem penitus est quę ad §. præcedentem. Eadem enim quæstio est, an ex iureiurando possit acquiri actio ei qui non iurauit, contra eum qui iurauit. Nisi quod in §. præcedente tractatum est *de actionibus empti & venditi*, hic verò *de actione pro socio*, quæ licet nascatur ex contractu vltro citróque obligatorio, qualis est contractus societatis non minùs quàm venditionis, in eo tamen differt, quòd actiones empti & venditi diuersę sunt & nomine & effectu, quoniam & personæ contrahentium diuersa habent nomina, & alius est emptor alius venditor, aliud merx, aliud precium *l. 1. inf. de rer. permut.* In societate autem omnes, qui contrahunt, vno nomine socij dicuntur, & quamuis vtrimque nascatur obligatio & alij aliis obligentur, vnam tamen duntaxat habent actionem pro socio easdem vtrimque habentem pręstationes, quia & societatis contractus nihil nisi fraternitas quædã est *l. verũ est 63. in princ. infr. Pro socio.*

5 ¶ Marcellus etiam scribit, si quis iurauerit ob decem pignori dedisse fundum, non aliàs eum pigneraticia agere posse, quàm si decem soluerit. sed & illud adiici [a] fortassis eum etiam in decem ex iureiurando suo posse conueniri quod magis probat. cui Quintus Saturninus consentit. argumentóque vtitur eius, qui iurauit [b], eam, quæ vxor sua fuerit, rem sibi in dotem dedisse. nam & hic vxori ait vtilem de dote actionem dandam, quæ non esse extra æquitatem posita, non negauerim.

Ad §. 5. Marcellus.

Rat. dvb. Is qui iurauit se ob decem, quæ accepit pignori dedisse fundum Cornelianum non ideo iurat se decem debere, nec contra se iurat, aut vt sibi noceat, sed contra creditorem pignoratitium, vt sibi aduersus eum acquirat pignoratitiam actionem. Ergo cùm sibi suo iureiurando quæsierit pignoratitiam actionem non est prohibendus ea experiri tametsi decem non offerat. Alioqui deterioris erit condicionis quàm si non iurasset, quo casu creditoris esset probare veram, & realem numerationem tametsi pignus ei datum proponeretur *l. 1. C. de non numer. pecun.* Dec. Actio pignoratitia vtilis, quæ ex solo iureiurando nascitur non potest alterius esse condicionis quàm cuius esset directa nec pleniores habere præstationes. *l. actio 47. supr. de negot. gest.* ne plus operetur fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero *l. si ante aditam 15. §. 1. supr. de interrog. in iur. fac.* Atqui si de contractu pignoris constaret, ex quo nasceretur pignoratitia non aliter tamen nec priùs posset debitor pignoratitiam exercere quàm totum debitum soluisset creditori, aut aliter ei satisfecisset *l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia infr. de pignor. act. l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypot. soluit.* Ergo nec si ea actio ex solo debitoris iureiurando competat. Fit enim hoc non tam ratione connexitatis vt diximus *ad §. si quis iurauit supr.* quàm ex necessaria quadam consequentia quia non potest pignus dari nisi pro debito aliquo cùm pignoris obligatio accessoria sit quæ principalem aliquam præsupponit saltem naturalem *l. res hypotheca 5. infr. de pignor.* Et consequenter quisquis agit pignoratitia, cùm hoc ipso fateatur pignus tenere, fatetur etiam in necessarium antecedens esse se debitorem. Qui enim dicit non fuisse sibi numeratam pecuniam quam cauit se accepisse, negat tenere intentionem dati pignoris, vt loquitur *dict. l. 1. Cod. de non numer. pecun.* ideóque secum pugnaret, & allegaret contraria si nihillominùs actione pignoratitia experiretur, nec proinde esset audiendus *vulg. leg. 1. Cod. de furt.* Cùm ergo iurat debitor se fundum dedisse pignori pro decem, vt sibi acquirat pignoratitiam actionem, præripit sibi exceptionem non numeratæ pecuniæ perinde ac si debiti portionem aliquam soluere cœpisset *leg. cùm fidem 4. Cod. de non numer. pecun.* nec distinguendum est cum Accursio & Bartolo an in iureiurando adiecerit *pro decem quæ accepi*, an non adiecerit. Quid enim aliud possint hæc verba ad iusiurandum addere quàm confessionem acceptæ, numeratæque pecuniæ? Atqui ea ipsa confessio est quæ exceptionem inducit non quæ excludit *dict. leg. 1. 2. 3. 5. & pass. eodem titul.* Adeò vt nec aliud sit quamuis confessio sit iurata in contractu ipso aduersus quem obiicitur exceptio non numeratæ pecuniæ *leg. vltim. eod.* nisi deferente aduersario iuratum esset fuisse numeratam ex consilio Bart *ad l. 1. supr. hoc tit.* Plus enim potest iusiurandum quod aduersario deferente præstitum est quàm quod vltro in ipso contractu licèt inter easdem partes. Non enim habet illud vim & authoritatem rei iudicatæ, quomodo habet iusiurandũ præstitum ex delatione. Interest sanè an iureiurãdo expressa sit causa ex qua decem debita sint, an non sit expressa sit. Nã si expressa sit fortè ex mutuo, petentur decẽ illa condictione certi ex mutuo quia formiter iuratũ est vt in *d. §. si quis iurauerit* non etiam si informiter, id est nulla expressa causa vt Accursius loquitur tunc enim actio in factum necessaria est quæ ex iureiurando nascitur *l. actori 8. Cod. de reb. credit. leg. sed si possessor. 11. vers. proinde supr.* In proposito tamen ne ei contra quem iuratum est possit opponi exceptio non numeratæ pecuniæ, non tam facit iusiurandum ipsum, cùm de eo nihil iuratum sit, quàm quia cùm agit pignoratitia fatetur pignus tenere, vt ostendimus.

a Sed

a *Sed & illud adiicit.* RAT. DVB. ET DECID. eadē est quæ ad versiculum præcedentem nisi quod in specie præcedente consulitur per exceptionem & retentionem ei, cōtra quem iurauit debitor pignus se dedisse pro decē, vt scilicet non priùs possit actione pignoratitia conueniri quàm soluta sint tota decem vt & in §. *si quis iurauerit supr. & in l. Iulianus 13. §. offerri infr. de action. empt. d. l. si rē 9. §. omnis pecunia infr. de pignor. act.* In hoc autē versiculo tractatur de danda ei actione vltro ad petenda decē, non expectato eo vt debitor velit agere pignoratitia. In quo certè maior dubitandi ratio subest, cùm difficilius sit vt vnius iusiurandum alij tribuat actionem præsertim verò ei contra quem curatum est, quàm vt acquirat ipsi exceptionem quæ semper facilius quæritur vt pariat retentionem *l. 1. de pignor. l. heres 21. infr. ad SC. Trebell. l. si in area 13. infr. de condict. indeb.* Sed tamē concludit Vlpianus cū Marcello licet dubitanter eum qui iurauit datū sibi esse pignus pro decem etiamsi nondum agat pignoratitia in decem tamen quæ debet conueniri posse. Nam & hic omnino fatetur debitum cùm iurat se pignori fundum dedisse atque ita pignus tenere, quod alioqui non teneret si pignus datum non fuisset, vt iam diximus ex *d. l. 1. C. de non numer. pecun.* Debebatque hic debitor pignus, quod iureiurando suo probare voluit, improbare potiùs, proposita exceptione aut etiam querela non numeratæ pecuniæ si numerationem negare, quod ei sufficere poterat, voluisset. Eiusdem enim æquitatis est apud Prætorem eiusdémque facilitatis dare actionem ex iureiurando atque exceptionem *l. ait Prætor 7. supr.* cùm id agat omnimodo Prætor vt iusiurandum conseruet ac tueatur, quod fit data actione non minùs quàm exceptione *l. cum qui 30. in princip. supr.* Quamuis in pactis nudis quibus etiam iusiurādum æquiparatur, aliud sit quæ scilicet Prætor non tuetur nisi data exceptione *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor & §. igitur nuda supr. de pact.* quia ex pacto nudo nunquā Prætor pollicitus est actionē, nisi de cōstitut a pecunia & de hypotheca. Quā tamen proposuit ex iureiurando *d. l. ait Prætor.* In eóque fatendū est, vt & in aliis pluribus, longè maiorē vim esse iurisiurandi quàm pacti, cùm etiā contractus & stipulationis vim obtineat *l. qui iurasse 26. §. vlt. infr.* Nec ad rē pertinet quod nō iurauerit debitor vt sibi noceret sed vt prodesset potiùs. Actus autē nō debeāt operari vltra intētionē agentiū *vulg. l. non omnis supr. tit. prox.* Fit enim hoc, vt & alia multa de quibus in superioribus, non tantùm ratione connexitatis, sed etiam in consequentiam necessariam. Qui enim vult antecedens, vult etiam necessarium consequens, & contrà *vulg. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. supr. de procurat.*

b *Argumentóque vtitur eius, qui iurauit.* RAT. DVB. Dotem neque scriptura facit neque confessio, sed tātùm numeratio *l. 1. C. de dot. caut. non numer.* aut traditio fundi si dos cōstituta sit in fundo nō in pecunia. Est enim cōtractus, qui re perficitur, & per quē dos marito datur eo animo & voto vt perpetuo remaneat penes maritum *l. 1. infr. de iur. dot.* vbi hāc obrationē dicitur causam dotis esse perpetuam, non sicuti causa pignoris est temporalis. Ergo neque ex iureiurando mariti qui soluto matrimonio iurauit fundū sibi in dotem datū esse, (ita enim ponendum est, nō vt Accursius ponit *constante matrimonio* vt apparet ex illis verbis *eā qua vxor sua fuerit,*) potest dari mulieri actio rei vxoriæ ad repetendā dotem soluto matrimonio, quasi verè constitutam, cùm neque constitutio neque traditio vlla intercesserit neque animus restituendæ dotis induci possit ex sola constitutæ dotis assertione. DEC. Soluto matrimonio dos restituenda est aut mulieri, si morte mariti solutum sit matrimoniū, aut eius heredibus, si morte ipsius mulieris seruatis olim in singulos liberos quintis in infinitum, si morte mulieris soluebatur matrimoniū aut sextis vsque ad dimidiam partem dotis si facto diuortio vt latiùs refert Vlp. noster in Fragmentis Institutionum *Tit. de dotib. & tot. tit. d. & C. solut. matrim. quemadm. dos petat.* Quæcunque igitur dos peti aut retineri potest constante matrimonio siue quia verè constituta sit siue quod pro constituta habeatur. Eam quoque reddi, & repeti posse necesse est, si non mariti lucro cesserit & cōsequenter eum qui iurauit datū sibi esse fundum dotis nomine, siue constante siue soluto etiam matrimonio iurauerit, vt scilicet se & dominum, & possessorem probaret (nam ex dotis titulo secuta traditione transfertur & dominium & possessio quam non nisi per manus mariti aut heredum ipsius nancisci mulier potest *l. dotis actione 9. C. solut. matr. iunct. l. in rebus 30. C. de iur. dot.*) hoc ipso conueniri posse iudicio de dote soluto matrimonio ad eum fundum restituendum: Adeò constitutio dotis includit eiusdem restituendæ necessitatem sed suo loco & tempore. Est tamen actio hæc de dote quæ ex mariti iureiurando contra mulierem præstito datur ipsi mulieri, vtilis non directa vt hic scriptum est, quia iusiurandum non tam modus est constituendæ dotis quàm probandæ constitutionis vt diximus ad *d. §. si quis iurauerit.* Nec rursus iuratum fuit ad inducendam obligationem restituendæ dotis, sed tantum ad probandam constitutionem. Numquam autem nasci potest directa actio ex eo actu qui non fuerit gestus ea mente vt pareret actionem, sed vtilis tantùm, si qua æquitas ex eo ipso actu, non contra sed præter mentē contrahentium actionem aliquam dari suadeat, vt in proposito. Totum enim hoc proficisci ex æquitate potiùs quàm ex mera iuris ratione ostendunt postrema illa huius §. verba *quæ non esse extra æquitatem posita non negauerim.* Sic enim habet Florentina lectio elegātiùs quàm vulgata, quæ ad solam hanc actionem de dote restringit æquitatem, his verbis *quam non esse extra æquitatem positam*, cùm tamen omnia quæ scripta sunt in præcedentibus *à §. si quis iurauerit*, sint ex æquitate, ideóque non nisi de vtilibus actionibus intelligantur. Placet sanè quod Accursius ex hoc §. notat debere vnumquemque contra se admittere id quod pro se admitti velit, vt & *in leg. cum fundus 31. §. 1. supr. titul. proximum facit leg. 1. & tot titul. suprà. Quod quisque iur. in alium statuer.*

6 ¶ Si quis iurauerit in re pecuniaria per genium principis, dare se non oportere, & peierauerit: vel dari sibi oportere: vel intra certum tempus iurauerit se soluturum, nec soluit: Imperator noster cum patre rescripsit, fustibus eum castigandum dimittere: & ita ei superdici, προπετῶς μὴ ὄμνυε. i. *petulanter ne iurato.*

Ad §. vlt. Si quis iurauerit.

RAT. DVB. Iurisiurandi contempta religio solum Deum vltorem habet *l. 2. C. hoc tit.* nec de periurio eius qui ex necessitate iuris iurauit quæri facilè solet *l. vlt. infr. tit. prox.* Nec distinguendum videtur cum Accursio, & interpretibus, an quis per Deum iuret an per geniū aut salutem Principis, cùm per Deum iurare videatur quisquis etiam per salutem suam iurat, quia respectu diuini numinis ita iurare intelligitur *l. qui per salutem 33 infr. hoc tit.* Ergo non est puniēdus tanquā periurus qui per geniū principis iurauit, licèt peierauerit. Tantū abest vt etiā fustibus castigandus sit, quomodo ab Imperatoribus rescriptū fuisse Vlpianus hîc refert. Et præterea superdicto illo Græco dehonestandus προπετῶς μὴ ὄμνυε, id est *peculariter ne iurato*, præsertim cùm prius sit vt de periurio inquiri & cognosci oporteat, quàm vt quis eo nomine ac quasi periurus condemnari possit. DEC. Specialiter ita fuit constitutum ab Imperatorib. quos hîc Vlpianus refert, vt si quis per geniū & venerationē Principis peieraret, etiam corporis periculum & Maiestatis crimen incurreret, vt apparet non solùm ex hoc §. *sed etiam ex d. l. 2.* vbi tamen Imperator Alexander ab ea cōstitutione illos excipit qui calore quodā & inconsulto animi motu peierarunt de quibus hic §. non loquitur. Ita fit vt quemadmodū cùm per Deum iuratū est solus Deus vindex est, ita & Princeps cùm per Principē, tutiúsque per Deos omnes, vt Tertullianus paganis exprobrabat, quàm per vnius Principis geniū peieretur: In hoc nimirū seculo. Nam vt benè Accursius monet, qui per Deū peierat, sicuti delinquit longè grauiùs, ita & multo maiorē ac duriorem vltorem habet, solitum tarditatem supplicij grauitate compēsare. Obseruandū tamen est, licèt placuerit eum qui per geniū & venerationē Principis peierat crimen maiestatis incurrere, nō eas tamen pœnas pati quæ tanto sceleri debentur, & quæ constitutæ sunt *in l. quisquis 5. C. ad leg. Iul. maiest.* sed longe mitiùs puniri, vt fustibus tantùm castigetur, & ei siue scripto siue per præconē superindicatur illo quod diximus superdicto, nō quod Accursius malus alioquin Græcæ linguæ explanator ita vertit, *Importurē ne iurato.* Suauis verò est idem Accursius qui genium in neutro genere dicit esse Deum Principis, ita dictū, quod ingentem id est magnam suam potentiā exerceat, quod est ridiculum. Quoties tamen dicimus puniri periurium illius qui per geniū & venerationē Principis peierauit fustibus castigandū esse, de eo periurio accipi debet, de quo in promptu constet ac tam apertè, vt nullus cauillationi atque quidē cognitioni & quæstioni locus relinquatur, vt in specie *l. vlt. C. hoc tit.* Alioqui si inquisitio & cognitio aliqua necessaria sit non facile de periurio eius qui etiam per Principē peierauerit, quæri oportebit *l. 1. eod. d. l. vlt. infr. tit. prox.* Nimirū vt periuriū ipsū puniatur. Nam si quod aliud crimen periurio admixtū sit, non ideo magis debet manere impunitū, quòd periurium adnexum habeat *l. vlt. infr. stellionat.* Punitur autē is qui per Principem peierauit in re pecuniaria vt hîc Vlp. scribit, ad differentiam scilicet eius qui peierauit in causa capitali quē etiamsi per Principem peierauerit, puniri tanquam periurum non oportet vt hic locus manifestè innuit. Ideò fortasse quòd honesta sit quælibet ratio redimendi sanguinis, *leg. 1. infr. de bonis eorum qui sibi mortem consciuerunt.*

14. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

QVotiens propter rem iuratur: nec parenti, nec patrono remittitur iusiurandum. propter rem autem iusiurandum exigitur: veluti de pecunia credita: cùm iurat actor, sibi dari oportere: vel reus: se dare non oportere. idem est, cùm de pecunia constituta iusiurandum exigitur.

Ad l. Quotiens 14.

RAT. DVB. Parentibus & patronis tanta debetur reuerentia vt de ipsorum fide ac probitate dubitare piaculū magnū esse videatur, vnde est quod nec liberis nec libertis contra parentes vel patronos de dolo agere permittitur non solùm quòd ea actio sit famosa *l. non debet 11. §. 1. supr. de dolo l. si superstite 5. C. de dol.* sed etiā quia sola doli mentio tum quoque cùm non infamat vt in doli exceptione habeat in se turpitudinē & optimi cuiusque existimationem apud bonos, & probos viros suggillet *l. 4 § aduersus infr. de doli mal. except. l. parens 6. §. 1. & legib. seq. infr. de obseq. parent. & patron. præst.* Atqui suggillat etiā existimationem apud bonos & graues viros si quis aut minùs se facilem ad iurandū aut nimis timidum si nolit iurare, quòd alterū præ se ferat nescio quē contēptum diuini numinis, alterum verò vergat ad superstitionem *l. quæ sub condicione 8. infr. de condic. instit. l. illud 25. §. 1. de constit. pecun.* Non debet ergo permitti liberis aut libertis vt iusiurandum parentibus & patronis deferant, atque ita eos adigant ad iurandum aut referendum, præsertim cùm formula iurisiurandi habeat mentionem admixtam doli. Fuerunt enim verba formulæ illa solemnia *si sciens fallo ita me diespiter salua vrbéque arcéque bonis eiiciat vt ego hunc lapidem*, quemadmodum iam suprà docuimus post Cuiacium *libr. 1. Obser. cap. 21.* ex Marco Tullio, Sexto Pompeio, & Plauto in Asinaria, cuius formulæ etiam vestigiū quoddam extat *in l. qui iurasse 26. in princip. infr.* DEC. Multum interest an iuretur propter rem ipsam, id est de ipsa re quæ in iudicium deducta est, an verò propter personam ipsam. Si propter personam ipsam quod contingit in iureiurando calumniæ per eum præstando qui iusiurandum alij defert vt scilicet iuret se non calumniæ causa id facere, alioqui delatio inutilis est & similis remissioni *leg. iusiurandum & ad pecunias 34. §. qui iusiurandum & l. si non fuerit 37. infr. hoc tit.* remittendum est iusiurandum æquè parentibus & patronis vt habet vulgata lectio *dict. §. qui iusiurandum* longè rectior quàm Florentina, quæ nos aliquando decepit quæ malè habet *neque* pro *æquè* vt ad eum locum dicemus, & constat ex *leg. licet 7. §. 1. de obseq. parent. & patron. præst.* Is enim demùm iurare debet de calumnia, qui si calumniator esset, calumniæ reus fieri posset aut saltem suspectus, quòd à reuerentia quam liberi, & liberti

parenti-

parentibus ac patronis debent tam alienum est, vt nec allegari quidem possit. At cùm propter rem iuratur, id est vt interpretati sumus de re ipsa in iudicium deducenda, & de qua lis est, nihil commune habet iusiurandum cum persona, nec proinde quicquam tractandum superest de reuerentia debita personæ, cùm de eo tantùm quæratur an pecunia verè credita sit aut constituta necne. Nec potest conqueri parens aut patronus qui à filio suo vel liberto iudex, & testis in propria causa constituitur, quod fit per iurisiurãdi delationem. *l.1.inf. quar.rer.act.non dat.* Maximè verò cùm in eius potestate sit an iurare malit an iusiurandum referre, nisi de eo fortè conqueri parens aut patronus velit, ille quòd filium emancipando, hic quòd seruum manumittendo dederit ei deferendi iurisiurãdi potestatem: in quo tamen est quod sibi imputent, & de se potiùs quàm de iure ac prætore conquerantur *l.filio 7.infr.vt legat.seu fideic. seruand. caus. caueat l.si manumissori 4. C. de obseq. patron. præst.* Est enim hæc lex intelligenda de liberis emancipatis contra patrem agentibus, cùm filijfamilias in potestate manentes non tam reuerentia quàm iure potestatis impediantur, ne contra patrem agere, eique iusiurandum deferre possint *l. adoptiuum 8. in princip.supr. de in ius vocand. l.ne cum filiofamilias 16.infr.de furt.* Denique maior fauor est veritatis habendæ quàm exhibendæ parentibus patronísque reuerentiæ. Veritas autem per iusiurandum probatur *l. 5. §.dato l. sed si possessori 11.§.vlt.supr.& l.eum qui 30.infr.hoc tit.*

15. IDEM libro 6. ad Edictum.

AD personas egregias, eósque, qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad iurandum.

Ad l. Ad personas 15.

RATDVS. Maior debetur prætori reuerentia, quàm personis litigantibus quantumcumque sint egregiæ, cùm sit Magistratus populi Romani & ex eorum numero qui maiores appellantur & quibus ideo maior præstanda est reuerentia *l.2.supr.de in ius vocand.l.cùm prætor 12.§.1.supr.de iudic.* Et quemadmodum solemus dicere priuatorum cautiones legum authoritate non censeri *l. vlt.infr. de suis & legit.* ita nec litigatores quicunque tandem illi sint, dignitate ac honore magistratuum censeri debent, vt etiam maior dignitatis eorum quàm prætoris ratio habeatur *l.1.§.inde quæritur infr.de oper.noui nunciat.* Ergo ad personas quantumuis egregias quibus iusiurandum delatum ac præscriptum est, non debet mitti domum ad iurandum, sed iubendæ sunt venire ad prætorem ne alioqui maiestatem & imperium prætoris negligere videantur. Aliáque ratio eius esse videtur qui valetudine impeditur ne ad prætorem iurandi gratiâ venire possit, cùm nihil sit quod huic imputari possit *l. 1.infr. de diuers.temper.præscript.* Quamquam posset tolerabilius videri, vt is qui iurare iussus esset per procuratorem iuraret, quàm vt ad eum vel ire vel mittere prætor cogeretur, postquàm placuit etiam per procuratorem iurari posse *l. nam posteaquàm 9.§ iusiurandum supr. hoc tit.* Quid enim refert an quis per se iuret, an verò per procuratorem iurantem in animam vt fieri solet constituentis, cùm videatur quilibet per se facere quod per alium facit *l.si quis 7.§. vlt.supr.de iurisd.l.5.§.quod si quis infr. de admin. tutor.* in eámque rem potissimùm vsus constitutus sit *l.1.suprà de procurat. l. Papinianus 20.supr.de minor.* DEC. Tantus est veritatis vndequaque habendæ fauor, tantáque necessitas vt nihil non agere bonus prætor bonúsque iudex debeat ne probationes intercidant: eæ præsertim quæ ex iureiurando nasci possunt, quæ tanto sunt fauorabiliores cæteris, quanto sunt expeditiores & faciliores. Quoties igitur tam egregia persona est, id est extra gregem, vt ita dicam & ordinem vulgarium hominum posita, quales sunt Episcopi *Nouell. 123.de sanctiss. Episcop.cap.7.* *Magistratus l.2.supr. de in ius vocand.* & qui magistratibus æquiparantur senes *l.semper 5.infr.de iur.immunit.* item honestæ mulie.es, quas ad tribunalia accedere, præsertim iurandi gratia, inuerecundum nec satis honestum est *l.1.supr.de postul.l.1.C. de offic.diuers.iudic. iunct. Auth. sed hodie cod.* quibus adiungit Accursius etiam legum Doctores, & medicos alióspue huiusmodi quibus similis reuerentia exhibetur ex *l.medicos Cod.de prof.& med.* mittere debet prætor domum ad iurandum, ne eo prætextu longior probationibus mora fiat. Non equidem cogitur prætor ire ad eum qui iuraturus est (nam & id à dignitate prætoris alienum esset *l.iubemus 37.in fin.C.de Episcop. & cleric.*) sed mittere aliquem debet iudicem scilicet pedaneum aut recuperatorem, qui iusiurandum exigat ab eo ipso qui iurare debet. Nam vt iuret per procuratorem non est permittendum, ne aliter posito iure facilior reddatur ad peierandum per procuratorem is qui per se iurare fortassis erubesceret. Multum enim refert ad instruendam conscientiam eius qui iudicaturus est, vt videat qua constantia, vel qua trepidatione iuretur, quod præstito per procuratorem iureiurando scire nullomodo posset, vt scripsimus latiùs in *Codice nostro defin. de reb. credit. & iureiur.* Malè vulgata editio hic habet, *mitti domum oportet iusiurandum.* Non enim mittitur iusiurandum, sed mittitur ad iurandum, vt benè scriptum est in Pand. Florent. Quod autem obiecimus etiam per procuratorem iurari posse, tùm demùm verum est cùm procuratori ipsi iusiurandum delatum fuit, sibi namque debet imputare, qui procuratori detulit, atque ita eum ad iurandum non modò admisit, sed etiam adegit. At cùm ipsi domino iusiurandum delatum est, non debet in ipsius esse potestate vt inuito deferente iuret per procuratorem. Nam nec eo modo iusiurandum hoc præstaretur quo delatum esset, quod tamen fieri semper debet vt prosit iurasse *l.3.§.vltim. supr.* An verò procurator deferre iusiurandum possit, alia quæstio est, de qua dicemus ad *l.iusiurandum quod 7. §.vlt.& l.seq.infr.hoc tit.*

16. VLPIANVS libro 10. ad Edictum.

SI patronus libertam suam vxorem duxerit, non compelletur iurare de rerum amotarum iudicio, sed & si ipse deferat iusiurandum libertæ suæ [a], de calumnia non debet iurare.

Ad l. Si patronus 16.

RAT. DVB. Actio Rerum amotarum sicuti pœnalis non est sed merè rei persecutoria *l. si mulier 2. § hac actio infr. rer. amot.* ita neque famosa neq. turpis est alioqui non daretur contra coniugem ne quidem soluto matrimonio in honorem scilicet transacti matrimonij *l. 1. & 2. eod.* non magis quàm eo constante, *l. 2. C. eod. tit.* Ergo non malè instituitur hæc actio à liberta contra patronum qui aliquando maritus fuit. Porrò si non malè instituitur, consequens omnino est, vt nec malè iusiurandum à liberta patrono deferatur, id enim in actione illa rerum amotarum ordinarij iuris est *l. Marcellus 11. § 1. infr. eod. ill. tit.* In eóque fatendum est errasse Accursium qui scripsit, ideò actionem hanc rerum amotarum malè institui à liberta aduersus patronum, quòd sit famosa ex *l. 2. & l. parens 5 infr. de obseq. parent. & patron. præst.* vbi tamen nullum verbum de actione rerum amotarum, quæ si famosa esset non daretur contra eum qui coniux fuisset, adeóque nec si, quod minus est, turpis tantùm esset *d. l. 2. rer. amot.* vt cernere est in actione *de seru. corrupt. l. vlt. supr. ill. tit.* vbi diximus, *iunct. l. nec quicquam 56. infr. Pro socio.* Neque verò Vlpianus in hac lege ait actionem rerum amotarum malè institui à liberta contra maritum, quæ si malè institueretur, non esset quærendum an in ea iurare patronus deferente liberta cogeretur. Priùs enim est vt actio aliqua institui possit ac benè instituta sit, quàm vt in ea iurari oporteat. Neque rursum negat Vlpianus posse actionem hanc institui à patrono aduersus libertam, sed hoc supponit potiùs cùm negat cogendum esse patronum iurare de calumnia si iusiurandum libertæ deferat in hac scilicet ipsa actione vt iurare alij de calumnia solent qui deferunt iusiurandum. Alia igitur decidendi ratio quærenda est quàm quæ affertur ab Accursio, quòd actio hæc quia famosa est, malè à liberta contra patronum eundémque quondam maritum instituatur. DEC. Cùm res amouentur ab alterutro coniugum quisquis ille sit veritate furtum fit licèt leuiùs coerceatur persona quæ res amouit, ideóque nec vsucapi ab vllo possunt res quæ sic amotæ sunt non magis quàm furtiuæ *l. penult. infr. rer. amot.* Proinde cùm liberta defert marito quondam eidémque patrono iusiurandum de rerum amotarum iudicio, effectu ipso nihil aliud agit quàm vt furti aut saltem delicti probationem ab ipsius patroni confessione extorqueat, si fortè maritus nec iurare velit nec iusiurandum referre, quod manifestæ non modò confessionis, sed etiam turpitudinis esse dicitur in *l. manifestæ 38. infr. hoc tit.* Et verò minùs certè durum est satísque debet esse libertæ, quod ei permittatur actionem instituere contra patronum, dummodò causam suam aliis probationibus possit instruere quàm quas sumere velit ex ore ac domo patroni eiusdémque quondam mariti. Quod sanè nec permittendum ei esset, cùm actio rerum amotarum vi ipsa vt diximus exprobrationem quandam furti contineat, quæ licèt nec pœnam nec infamiam irroget condemnato, re tamen ipsa & hominum opinione inurit quondam infamiæ notam & suggillat eius existimationem apud bonos & graues viros *d. l. 2. de obseq. parent. præst. l. 4. § aduersus infr. de dolo mal. & met. except.* Nam iudicium rerum amotarum esse singulare & in eam rem comparatum, vt salua reuerentia inter eiusmodi personas debita, delictum tamen tam improbum coerceretur nec impunitum remaneret *l. 1. & penult. & pass. dict. tit. rer. amot.* Melius enim est violari in aliquo reuerentiam patrono debitam quàm delictum patroni manere impunitum *argum. l. ita vulneratus 51. supr. ad leg. Aquil.* Præsertim cùm nulla in factum actio sit prodita in vicem actionis rerum amotarum quomodo proditæ sunt aliis casibus in factum actiones & exceptiones in vicem actionum & exceptionum quæ contra parentes & patronos opponi non possunt *d. l. parens 5. de obseq. parent. præst. l. si superstite 5. C. de dolo. l. non debet 11. supr. eod. ill. tit.* Planè si patronus cui iusiurandum in hoc iudicio rerum amotarum delatum est, iurare malit, dubitandum non est quin hoc ei permittendum sit. Non enim negat Vlpianus iurare eum posse, sed cogendum eum iurare, & longè aliud est subijcere quid alicuius potestati, aliud verò iuris necessitati *l. non quicquid 40. supr de iudic.* Nec quod fauore patroni & ob reuerentiam ei debitam receptum est vt iurare non cogatur vsque adeò in eius odium retorqueri debet vt nec si velit iurare possit atque ita vincere *vulg. l. nulla 25. supr de legib. l. quod fauore 6. C. eod. l. pen. C. ad S C. Trebell* qui tamen vincere nullomodo nullóque casu posset si neque conueniri actione ista posset. Prius enim est vt possit quis actione aliqua conueniri quàm vt possit vincere. Quod si vincere potest, quidni etiam vinci & condemnari? *arg l. 3. infr. de re iudic.* Nam & formulæ omnes iudiciorum in condemnationem conceptæ sunt non in absolutionem: Propter quam causam ita regulam iuris concipi oportuit, nó vt is qui absoluere potest possit etiam condemnare, sed è contrario vt qui damnandi ius habet, absoluendi quoque ius hoc ipso habeat *d. l. 3. l. penult. de confess.* Et vt nemo qui condemnare potest absoluere etiam non possit *l. nemo qui condemnare 37. de reg. iur.* Ex quo intelligimus, priuilegium patroni in specie huius legis non illud esse vt actione rerum amotarum conueniri non possit, quod Accursius & Bartolus malè crediderunt (qua enim alia actione conueniri posset? cùm iudicium hoc rerum amotarum singulare sit vt diximus, id est, vt ego explico, nullum aliud habeat aut concomitans, aut subsidiarium *d. l. 1. infr. rer. amot.*) sed vt non sit cogendus iurare aut referre si nolit, nec tamen prohibendus si velit. Sequitur

a *Sed & si ipse deferat iusiurandum libertæ suæ.* RAT. DVB. Ordinarij iuris est vt quisquis iusiurandum alij defert priùs iurare debeat de calumnia *l. iusiurandum & ad pecunias 34. § qui iusiurandum infr. hoc tit.* vbi tamen additur, *si hoc exigatur.* Ergo si patronus deferat iusiurandum libertæ suæ siue in iudicio rerum amotarum siue in alio quolibet, cogendus est liberta postulante & id exigente iurare priùs de calumnia, præsertim ne duo singularia concurrant, alioqui circa eandem speciem eandémque personam contra vulgare nostrorum brocardicum ex *l. 1. C. de dot. promiss.* Esset enim illud primum singulare circa actionem rerum amotarum quod iurare nó cogitur de rebus amotis deferente liberta, alterum verò quod nec deferens ipso iurare de calumnia cogeretur. DEC. Iusiurandum de calumnia æquè patronis ac parentibus remittitur ob reuerentiam eiusmodi personis debitam, cui non conuenit, vt à liberis & libertis suis vel in minimam calumniæ suspicionem adducantur. Adeò turpe & infame est vel nomen ipsum calumniæ: meritò igitur placuit nec in iudicio rerum amotarum debere patronum qui libertæ suæ iusiurandum deferat, iurare priorem de

rem de calumnia, cùm neque aliter præstari à cæteris hoc iusiurandum debeat quàm si exigi per libertam possit, quin suspicionem saltem calumniæ obiiciat patrono, quod non est ferendum. Neque est quod vereamur ne duo singularia hîc concurrant circa eandem speciem, cùm aliud sit agere patronum, aliud conueniri, præter id quod brocardicum illud ex eorum numero est quæ nobis non placent, vt alibi docuimus.

17. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

IVsiurandum, quod ex conuentione extra iudicium defertur, referri non potest.

Ad l. Iusiurandum quod ex conuentione 17.

RAT. DVB. Non est manifestæ confessionis aut turpitudinis si is cui iusiurandum defertur iurare nolit, sed si nec iurare velit nec referre *l. manifestæ 38. infr. hoc tit.* Sunt enim plerique tam timidi metu diuini numinis ad superstitionem vsque vt nec de re quam sciant esse verissimam iurare velint *l. quæ sub condicione 8. infr. de condic. instit.* sempérque modestius est iusiurandum referre quàm iurare *l. illud 25. §. 1. infr. de constit. pecun.* Ergo nihil causæ est, cur non etiam conuentionale iusiurandum id est, quod ex conuentione extra iudicium defertur perinde referri possit acsi in iudicio per aduersarium aut per iudicem ipsum delatum esset. Quasi conuentio illa iurandi tacitam condicionem in se habeat, nisi is cui iusiurandum delatum est referre malit quàm iurare. Nam iniquum videtur cogi quem præcisè aut iurare aut succumbere, & ex alia parte nullam satis iustam querelæ causam videtur habiturus is, cui iusiurandum referetur, cùm ea ratione futurus sit iudex & testis in causa propria *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* DEC. Iusiurandum conuentionale in eo differt à iudiciali quod sicut ex conuentione defertur, ita ex conuentione suscipitur. Proinde quemadmodum is qui detulit, reuocare illud non potest si non aliis probationibus causam suam instruere paratus sit *l. si quis iusiurandum 11. C. hoc tit.* Ita nec is, qui suscepit, recusare potest quominùs aut iuret aut succumbat cùm propria sua voluntate in eas se angustias vltrò coniecerit & referendi potestatem sibi præripuerit, atque ita indignus sit cui succurratur *l. si fideiussor 7. §. 1. supr. qui satisd. cogant. l. 2. §. vim fluminis supr. si quis caution.* Nec sanè aliter siue summa eius qui iusiurandum ex conuentione detulit, iniuria constitui posset, nam cùm is cui iusiurandum refertur omnimodo iurandum habeat, nec iterum referre aduersario possit, ne alioqui dandus esset progressus in infinitum, quis ferat iurandi necessitatem præcisam ei imponi qui detulit suscipienti vltrò & ex conuentione, potiùs quàm ei ipsi qui suscepit? Huic siquidem imputari hoc ipsum potest quod susceperit, illi verò penitus nihil. Denique cùm certam legem habuerit iurisiurandi ex conuentione suscepti delatio, non est permittendum iis qui ea lege contraxerunt vt ab ea resiliant nisi vtroque consentiente *l. vero procuratori. 12. §. penult. infr. de solut.* cautiúsque negotiari debuit is qui iusiurandum suscepit, & delationem iudicialem expectare si saluam sibi esse volebat referendi facultatem, nam in iureiurando quod in iudicio defertur ab aduersario, idcirco salua est referendi eius electio, quoniam inuito defertur non ei qui vltrò suscipere id velit *d. l. manifestæ*, nec displicere debet iurisiurandi siue necessitas siue condicio ei qui ipse detulit *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. datur autem infr. hoc tit. iunct. l. 1. supr. Quod quisq. iur.* iunge *l. vlt. infr. tit. prox.*

¶ 1 Pupillus tutore auctore iusiurandum deferre debet. quòd si sine tutore auctore detulerit: exceptio quidem obstabit,[a] sed replicabitur: quia rerum administrandarum ius ei non competit[b].

Ad §. 1. Pupillus.

RAT. DVB. Suæ quisque rei moderator est & arbiter *vulg. l. in re mandata 21. C. mandat.* nec quicquam magis naturale est quàm voluntatem domini quoquomodo de re sua disponentis adeóq. rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res infr. de acquir. rer. domin.* Atqui pupillus non eo minùs rerum suarum dominus est quod tutorem habeat, nec enim tutoris datio modus est aut acquirendi aut amittendi dominij. Ergo pupillus quoque sine tutoris authoritate iusiurandum deferre potest, maximè verò si cum Azone hunc §. intelligas de pupillo doli capace, & qui non possit videri carere dolo si aduersario iusiurandum deferat quod prætextu pupillaris ætatis velit posteà eidem esse captiosum *l. heredibus 14. §. vlt. iunct. l. seq. supr. de dolo iunct. l. quod autem 6. §. si quid cũ pupillo infr. quæ in fraud. credit.* DEC. Is demùm deferre iusiurandum potest, qui rerum de quibus agitur administrandarum ius habet. Ad ius enim administrationis pertinet siue rem quis alienet, siue in iudicium deducat, siue de ea transigat, aut aliter contrahat, vt dicemus *in §. seq.* Parúmque est quod quis sit dominus, si rei suæ administrandæ ius non habeat, adeò vt etiamsi quis à vero domino emat, quem prætor alienare vetuerit, vt à prodigo, non solùm dominium sibi non acquirat, sed nec vsucapiendi condicionem *l. si ab eo 12. infr. de vsucap.* Atqui pupillus non habet ius rerum suarum administrandarum sine tutoris authoritate & quidem eius qui rerum pupillarium administrationem habeat non qui vel honorarius dumtaxat tutor sit vt in *l. quòd si fortè 14. §. 1. infr. de solut.* aut pro tutore negotia pupilli gerat quamuis bona fide vt in *l. 2. infr. de eo qui pro tutor.* siue de alicuius rei pupillaris alienatione quærendum sit, siue de re in iudicium deducenda, siue de solutione facienda, siue denique de transigendo aut de contractu aliquo celebrando, aut enim pupillum cum authoritate tutoris omnia hæc facere oportet *l. pupillus 5. l. obligari 9. inf. de author. tutor.* aut tutorem solum sine pupillo *d. l. 5. de regul. iur. l. 2 infr. de re administr. & peric. tutor.* Tutor enim ille est qui licèt dominus non sit, domini tamen loco habetur, quod pertinet ad administrationem dummodò benè administret nec pupillum dolo malo spoliet *l. qui fundum 7. §. si tutor. infr. pro emptor. l. 4. in fin. infr. de euict.* Proinde siue iurisiurandi delationem velis æquiparare solutioni siue rei iudicatæ siue transactioni & pacto conuento ex *l. 1. & 2. supr. l. tutor 35. §. 1. infr. hoc tit.* dicendum est pupillum non nisi tutore authore iusiurandum deferre posse, quod & in prodigo iuris est *d. l. tutor 35. §. 1. infr.* Nec tantùm si

de conuentionali iureiurando agamus quod extra iudicium ex conuentione deferatur, de quo proximè diximus, qui casus minorem habet dubitationem, sed etiamsi de iudiciali *l.1.§.1.infr.quar.rer.act. non det.* Etsi enim iudicis authoritas supplere aliquando potest præsentiam & authoritatem tutoris vt in *l.sancimus 25. Cod. de admin. tutor. § at ex contrario Instit. quib. alien. licèt vel non.* id tamen non habet locum nisi cùm solutio facienda est pupillo, nec quisquam tamen aut tutor aut curator est qui solutionem pupilli nomine possit accipere ad liberandum debitorem, quem tamen inuitum in obligatione retineri cùm paratus sit soluere non minùs iniquum esset quàm si eo nomine in ius venire cogeretur *l. si reus 75. supr. de procurat. l. ait Prætor 7. §. 1. versic. permittitur supr. de minor.* Nec quod iusiurandum etiam loco solutionis cedat *l. iusiurandum etiam 27. infr. hoc tit. ad rem facit.* Nam præter id quod de eo iureiurando intelligi hoc debet, quod ritè iam delatum præstitùmque sit, non quòd deferre quis velit, nihil causæ est cur prætor præsentiam & authoritatem tutoris supplere debeat in deferendo iureiurando, cum ea res neque pupillo ipsi profutura sit qui ex eiusmodi delatione periclitaretur potiùs, neque aduersario pupilli, cuius valde interest delationem ritè & cum tutoris authoritate à pupillo factam esse vt ex ea iurare possit & iurando vincere: quem proinde melius est expectare vt tutor aliquis adsit, ex cuius authoritate & cõsilio fiat delatio, si id videat expedire pupillo, quod aliis probationibus & instrumentis causam pupilli instruere non possit *d. l. tutor in princip. 35. infr.* de quo nihil prætor ipse per se constituere, aut diuinare potest. Quare nec distinguendum est an pupillus qui sine tutoris authoritate iusiurandum detulit, doli capax sit nécne: neutro enim casu potest valere delatio vt ex ea sequi iusta condemnatio possit, sufficitque pupillum esse impuberem vt scriptum est in *l. videamus 4. infr. tit. prox.* Quòd si obiicias, parum referre an tutoris authoritas interuenerit, nécne, cùm ea quoque interueniente non minùs futurum sit, vt aduersus delationem restituatur in integrum ex *l. 1. & 2. C. si tut. vel curat. interuen.* vt noster putat Accursius, dicam imò verò esse hunc casum singularem in quo pupillus restitui in integrum non possit aduersus delationem, siue à tutore solo siue cum tutoris authoritate factam, quia nec aliter potest valere huiusmodi delatio quàm si facta sit omnibus aliis probationibus pupillo deficientibus *d. l. tutor.* Quo casu non potest fieri vt pupillus ex ea delatione læsus videatur, aut se læsum probet, quod tamen ad inducendum beneficium restitutionis in integrum omnino requiritur *l. nam posteaquàm 9. §. si minor,* vbi diximus *supr. hoc tit.* nisi fortè ponas post iuramentum præstitum superuenisse pupillo alias probationes quæ delationis tempore deficiebant, qui tamen casus non caret dubitatione, cùm in danda qualibet restitutione in integrum inspiciendum semper sit quis rei status fuerit eo tempore quò negotium gerebatur, nõ quid posteà superuenerit *l. verum 11. §. si locupleti l. quòd si minor 24. §. Scæuola supr. de minor. l. 2. l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit. l. si quis iusiurandum 11. C. hoc tit.* Nec præterea tam facilè danda sit restitutio in integrum aduersus ea quæ pupillus in iudicio tutore authore gessit, si modo indemnitatem consequi potiùs ab ipso tutore possit *l. properandum 13. § vlt. C. de iudic.* cuius tamen indemnitatis aduersus tutorem persequendæ nulla subest ratio, cùm tutori imputari nihil possit. Quid autem imputare possis tutori qui omnibus aliis probationibus deficientibus iusiurandum pupilli nomine detulit, aut deferenti pupillo authoritatem præstitit, vt vel hac vna saltem ratione posset pupillus vincere, nolente aduersario iurare, nec referre, aut etiam referente, cùm alioqui pupillum vinci & succumbere omnino necesse fuisset? Veriùs itaque est quod Paulus concludit in *dict. l. tutor.* quandocunque agere volenti pupillo aduersus præstitum iusiurandum denegandam esse hoc casu actionem, ac proinde in integrum quoque restitutionem. Cùm, vt idem Paulus in libris sententiarum diffinit, nihil aliud sit in integrum restitutio quàm redintegrandæ rei vel causæ actio. Aliáque longè ratio est minoris iam puberis, quippe quem nihil vetat etiam alias habentem probationes, iusiurandum tamen aduersario deferre quo casu sicuti manifestè læditur, qui ancipiti periurio aduersarij quàm certis probationibus exitum iudicij committere maluit, ita restitutionem in integrum implorare meritò potest tanquam euidenter captus inspecto etiam eo tempore quo detulit: nec distinguo cum Accursio, an minor hic qui iusiurandum detulit, habeat curatorem nécne, quasi cùm habet curatorem non magis deferre iusiurandum possit aut debeat sine curatore quàm pupillus sine tutore, propterea quod minor curatorem habens pupillo æquiparandus sit aut prodigo, ex *l. si curatorem habens 3. C. de in integr. restit. minor.* Etsi enim bona æquiparatio est quod ad alienationem bonorum minoris pertinet, non tamen quantum ad contrahendam obligationem cùm puberes etiam sine curatoribus suis obligari rectè possint *l. puberes 101. de verb. oblig. quod in pupillis diuersũ est d. l. obligari.* Iurisiurandi autem delatio pactionis & conuentionis instar obtinet *l. qui iurasse 26. §. vlt. & d. l. tutor §. 1. hoc tit.* potiùs quàm alienationis aut solutionis, cùm nec obligationem ciuilem tollat, quam solutio vera tolleret, vt noster hîc ratiocinatur Accursius ex *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.* sicuti nec res iudicata tollit obligationem naturalem quamuis pro veritate & solutione accipiatur vt hîc idem Accurs. notat ex *l. Iulianus 64. in fi. de condict. indeb.* Planè si pupillo quis detulerit iusiurandum, & is iurauerit, quamuis sine authoritate tutoris, valebit iusiurandum tanquam ritè præstitum, & ex eo debebit pupillus vincere, quia sibi imputare debet is qui detulit *d. l. qui iurasse 26. in princip. infr.* nec quod in fauorem pupilli constitutum est vt iusiurandum sine tutoris authoritate deferre non possit, in eius odium retorqueri debet, ne possit etiam suscipere atque ita victoriam litis sibi comparare *l. non eo minùs 14. C. de procurat.*

a *Exceptio quidem obstabit.* RAT. DVB. Iurisiurandi delatio à pupillo facta sine authoritate tutoris ipso iure nulla est, vt proximè diximus, ne contra iuris ciuilis regulas pupillus ea ratione sine tutore obligetur *l contra 30. supr. de pact.* Nullum igitur effectum habere potest nec proinde exceptionem vllam parere non magis quàm actionem. Atque ita Vlpianus noster disertè scribit in *l. 1. §. 1. infr. quar. rer. act. non det.* in proposita specie exceptionẽ pupillo non obstare, quod cum Pauli sententia, quæ hîc extat pugnare ex diametro videtur. DEC. In actionibus versatur ius. In exceptionibus factum *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret supr. de pact.* Cúmque iurisiurandi delatio ipsa sit facti & ex iureiurando iuxta formam

niam delatum præstito prætor & actione & multo magis exceptionem polliceatur, vix est vt ei qui ex delatione iurauit denegare prætor exceptionem possit, cùm habeat pro se verba edicti. Sed iniquitatem huius exceptionis quæ non nisi verbis edicti nititur, temperat, & emendat data replicatione vt in *l. in duobus* 28. §. *si ei qui infr. hoc tit. & d. § pactus ne peteret.* Cuius replicationis æquitas tota ex eo pẽdet, quòd pupillus rerum suarum administrandarum ius non habeat. Proinde obstat exceptio inspectis verbis formulæ in qua cogitur prætor exceptionem apponere ne quid contra edictum suum facere videatur, sed in effectu non obstat, quoniam exceptio per replicationem eliditur. Et ita benè Accursius explicat. Nulla etiam petita, inquit, per pupillum restitutione, sicuti & si pupillus aliquid sine tutoris authoritate in iure confessus esset *l. certum* 6. §. *pen. infr. de confess.* Sed hoc dissimile est, quia ex confessione quam pupillus in iure sine tutoris authoritate fecerit, nulla exceptio contra eum nasci potest ad quam elidendam indigeat replicatione, cùm eiusmodi cõfessio ipso iure nullius sit momenti siquidem instar condemnationis obtinet. *l.* 1. *eod.* Pupillus autem indefensus & sine tutore sicut condemnari non potest, ita neque haberi pro condemnato *l. contra pupillum* 54. *infr. de re iudic. d. l.* 2. *de admin. tutor.* Aliáque longè ratio est delati iurisiurandi. Etsi namque ex delatione iurisiurandi à pupillo facta si valeret sine tutoris authoritate possèt pupillus æquè vinci & condemnari iurante aduersario si esset ipse reus, aut succumbere si actor: potest tamen aliquo etiam casu vincere, nimirum si aduersarius iurare nollet, sed referre iusiurandum mallet vt suprà explicauimus. Non fuit autem prohibendum pupillo ne id faceret ex quo lucrum aliquo casu sentire posset, licèt aliis casibus posset etiã ex eo damnum sentire: ne dum id agimus, vt pupillos consulamus, ei potiùs noceamus contra *l. pen. C. ad SC. Trebell.* Sic dicimus contra iuris ciuilis regulas facere illum qui à pupillo sine tutoris authoritate stipulatur *d. l. cõtra* 30. *de pact.* quia non potest fieri vt pupillus promittẽdo fiat vnquã locupletior, nisi per speciẽ nouationis promittat transfusa obligatione ciuili in naturalẽ vt in *l.* 1. *in fin. de nouat.* At nõ eum qui mutuã pecuniam dat pupillo sine tutoris authoritate, cùm possit pupillus eã pecuniam in rẽ suam vertere, atq. ita locupletior fieri ex mutuo, vnde est quod mutuã pecuniam accipiendo naturaliter obligatur etiãsi locupletior factus non sit *d. l. Stichum aut Pamphilũ* 95. §. *aliquãdo infr. de solut. l. illud* 25. §. *heres meus infr. quand. dies legat. ced quamuis non iure naturali l. de penult. de oblig. & action.* vt pluribus docuimus ad *d. l. contra.* Ideóq. benè Paulus in hoc §. ita loquitur vt dicat pupillũ sine tutoris authoritate iusiurandũ deferre nõ debere, nõ autẽ ita, vt dicat non posse. Nã si nõ posset, vtiq. nec danda esset ex iureiurando post eã delationẽ præstito vlla exceptio. Sed aliud est nõ posse quid facere, aliud non debere. Nõ omne quod fieri potest, fieri etiã debet quẽadmodũ nec omne quod licet, expedit aut honestũ est *l. non omne* 144. *de regul iur.* Et frustrà quæritur an quod fieri nõ potest, fieri debeat, siue per rerum naturam siue per leges aut edicta aut cõstitutiones fieri prohibeatur, quoniam quicquid tale est æquè apud prætorem impossibile censetur *l. filius* 15. *iunct. l. præced. infr. de condic. instit.*

b *Quia rerum administrandarum ius ei non competit.* Hinc notat Accursius in omnib. contractibus quos ineunt ij qui iure electi non sunt cassa. Omnia ex *l. decernimus* 16. *C. de sacrosf. eccles. l. qui neque* 8. *infr. de reb. eor. qui sub tutel.* Secus verò esse si institutio ab initio tenuerit, sed postea in irritum deducta sit: tunc enim tenent quæ medio tempore gesta sunt bona fide ex *l. si non expedierit* 6. §. 1. *infr. de reb. author. iudic. possid.* cui potuit addere *l. quoties* 44. *infr. de acquirend. hæred.*

2 ¶ Si tutor, qui tutelam gerit: aut curator furiosi, prodigíve, iusiurandum detulerit: ratum id haberi debet. nam & alienare res, & solui eis potest: &, agendo, rem in iudicium deducunt.

Ad § 2. Si tutor.

RAT. DVB. Tutor etiam qui tutelam gerit non est dominus rerum pupillarium, nec curator furiosi prodigi ve rerum furiosi aut prodigi. Habent enim isti nudam rerum alienarũ administrationem non dominiũ. Ergo nõ possunt res alienare, cùm alienationis nomine is tantùm actus significetur per quem dominium transfertur *l.* 1. *C. de fund. dotal. l. alienationis* 28. *de verb. signific.* nemo autem plus iuris in alium transferre possit quàm ipse habeat *vulg. l. nemo plus iuris* 54. *de regul. iur. l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin.* & consequenter non possunt accipere solutionem quandoquidem quisquis accipit solutionẽ iustè, hoc ipso alienat debitorẽ quem amittit §. *nũc admonendi Instit. quib. alien.* licet vel non multo minùs possunt rem in iudicium deducere, quia quisquis deducit, amittit etiam actionem quam exercet, ac proinde alienat, proinde nec iusiurandum deferre possunt, sicuti dicimus nec alium in litẽ iurare posse quàm qui sit dominus litis quíq. litẽ suo nomine contestatus sit *l. vulgo* 7. *infr. tit. prox.* DEC. Lex sicuti regina ita domina est & personarũ & rerũ omniũ quæ sunt in republica *l.* 1. *&* 2. *supr. de legib.* proinde potest disponere de bonis priuatorũ prout vult, & quatenus videt interesse, & ipsorum priuatorum & vtilitatis publicæ, ad quam ciuilis legislator refert omnia: interest autem nõ solùm publicè sed etiam ipsorum maximè pupillorum furiosorum & prodigorum, ne iis cõmercio quodammodo interdicatur, quod contingeret si neq. ipsis, neq. ipsorum tutoribus & curatoribus res eorum alienare liceret, ne quidem pro eorum vtilitate *l. ait prætor* 7. §. *quæsitum supr. de minor.* Et quamuis possit pupillus tutore authore contrahere cæteráque omnia facere quæ maior posset, attamen ipsi etiam tutori soli tanquã legitimo administratori permissum est omnia facere sine pupillo, quę pupillus sine tutore posset exceptis iis quæ factum personale pupilli exigunt, vt aditio hereditatis ad proferenda cretionis verba quæ olim solemnia fuerunt & necessaria ante *leg. cretionum* 17. *C. de iur. delib.* Furiosus verò & prodigus nihil omnino agere possunt ne quidem cum curatoris authoritate, sed eorum nomine curatores peragere omnia possunt & debent, quia certum est aut saltem sperari probabiliter potest, ætatem allaturam esse iudicium pupillo, non etiam resipiscentiam furioso aut sanos mores prodigo *l. in negotiis* 5. *de negot. gest.* Ideóque de solis furiosorum & prodigorum curatoribus hic Paulus loquitur quia dantur personis principaliter, rebus autem non nisi per consequentiam exemplo tutorum. In eóque differunt à curatore minoris cuius longè alia ratio

est, quia rebus principaliter datur, personæ autem ne quidem per consequentias, câmque ob causam nihil ipse solus sine minore facere potest nisi ratione iudicij accipiendi *leg.2.infr.de excus.tutor.* sed tantùm authoritatem præstare minori debet ad gerenda ea quæ ex ipsius minoris commodo & vtilitate fore intelligat. Vnde est quod tutores itémque furiosorum & prodigorum curatores licèt domini non sint, tamen dominorum loco sunt tanquam legitimi personarum eiusmodi administratores *l. qui fundum 7.§.si tutor infr.pro emptor.l.ii qui 11. §.si tutoris infr. quod vi aut clam. leg. quoties 21.§. si tutor supr.de noxal.act.leg.interdum 56.§. pen. de furt.* non etiam curatores minorum qui nec à lege 12.tabul. ius administrationis habent vt cæteri, sed à prætore. Consequens igitur est, vt possint illi & alienare res pupillorum, itémque furiosorum & prodigorum, & solutionem ab eorum debitoribus accipere, & rem in iudicium deducere, ergo & iusiurandum deferre, ita vt ratum id à prætore haberi oporteat, id est, ne quidem beneficio restitutionis in integrum rescindi *leg. si mulier 21. §. 1. supr. quod met. caus. leg. quoties 44. infr. de acquiren. hered.* Nam qui cætera omnia supradicta potest, multo magis hoc quoque potest. Ex quo apparet, cùm ius dominij penes vnum esse possit, ius verò rerum administrandarum penes alium, longè plus posse illum qui ius administrationis habet, quàm qui ius dominij, cùm ius administrationis legitimum est, & à lege concessum, aut à priuato quidem, sed cui lex permittat concedere. Illud planè non est necesse, vt tutor tutelam gerat, licèt de hoc tutore nominatim Paulus loquatur, sed sufficit vt tutelæ gerendæ ius habeat, id est, vt non sit ei interdicta administratio, vt Accursius noster notat ex *l. pupillum 49. de acquir. hered.* cui iunge *l. quòd si fortè 14. §. 1. de solut.* Quare nec is, qui tutor est, & rerum administrandarum ius habet, aliter tamen alienare res pupilli potest, quàm si causa administrationis id faciat, vt scriptum est in *l. non omni 16. Cod. de admin. tutor.* Quod & in furiosi curatore iuris est *leg ab agnato 11. infr. de curat. furios.* Indéque etiam fit, vt neque tutor ipse iusiurandum deferre possit, nisi cùm necessitas administrationis, & pupilli vtilitas id exigit, hoc est, ita demùm si aliæ probationes omnes deficiant *l. tutor 35. in princip. infr.* Tunc enim tutor domini loco habendus est, cùm ex bona fide rem pupilli administrat, non cùm pupillum spoliat *d. §. si tutor. l. tutor qui repertorium 7. in princip. & §.1. & 2. infr. de admin. tutor.* Spoliaret autem qui alias habens pro pupillo paratas probationes, mallet etiam litis victoriam cum ancipiti periurio aduersarij commutare. An autem tutor ipse iurare possit pupilli nomine & cogi vt iuret, alia quæstio est de qua dicemus ad *leg. 4. infr. tit. prox.*

3 ¶ Procurator quoque quod detulit, ratum habendum est: scilicet si aut vniuersorum bonorũ administrationem sustineat, aut si idipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit.

Ad §. vlt. Procurator quoque.

RAT. DVB. Procurator licèt dominus nõ sit, domini tamẽ loco est, eiúsq. vice fungitur, paruíq. refert, an per se quis faciat aliquid, an per procuratorẽ *l. 1. & tot. tit. ff. de procur.* Nec rursus negari potest quin procurator quilibet administrationis ius habeat cùm non aliam ob causam procuratores dentur, quàm vt administrent, ita vt imputari possit, & soleat, ei qui rerum suarum administrationi sufficere non potest, cur non procuratorem constituerit *leg. Papinianus 20. supr. de minor.* Procuratori igitur omnimodo & indistinctè permittendum est, vt iusiurandum deferat, exemplo tutoris vel curatoris furiosi aut prodigi, & cùm detulerit ratum id haberi à prætore debet, etiamsi neque vniuersorum bonorum procurator fuerit, neque nominatim id ei mandatum sit, neque in rem suam procurator fuerit constitutus, nam & parum est, vniuersorum bonorum procuratorem esse quem, nisi prætereà liberam habeat administrandi facultatem *l. procurator cui 58. l. procurator totorum 63. supr. de procurat.* & frustra est requirere speciale mandatum, vbi generale sufficit, nec denique plus iuris habet, qui in rem suam procurator constitutus est, quàm qui in rem constituentis, circa eas res quarum nomine procurator datus est, nisi quod in rem suam constitutus electionem habet, an suo nomine velit facere an alieno, cùm tamen alio casu possit nomine tantùm alieno facere *leg. qui stipendia 9. Cod. de procurat. leg. si cum emptore 16. supr. de pact.* DEC. Multa sunt quæ mandato generali non continentur sed exigunt speciale, quòd verisimile non sit mandantem de iis cogitasse, tanquam quæ sint extraordinaria, & insolita, quale illud est, vt restitutio in integrum per procuratorem petatur *leg. illud 25. §. 1. supr. de minor.* Est enim restitutionis auxilium extraordinarium, & quod non competit priusquàm sit specialiter petitum *leg. in causa 16. in princip. eod. ill. tit.* Et alia huiusmodi non pauca, quæ nostri solent congerere ad *Tit. C. etiam per procur. caus. restit. in integr. agi poss.* & nos nonnulla congessimus in Codice nostro Fabriano ad illum Titulum. Inter cætera verò quæ sunt huius generis, & quorum aliqua recensentur in *leg. mandato generali 60. supr. de procur.* vbi etiam diximus, ponenda est ex hoc §. delatio iusiurandi. Nec enim facilè credendus quis est aduersarium suum in causa propria testem ei iudicem constituere voluisse, quod tamen fit per iurisiurandi delationem *leg. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Nec igitur procuratori hoc permittendum est, nisi habeat speciale mandatum, aut generale quidem & totorum bonorum, sed quod prætereà adnexam habeat clausulam, *cum libera administratione*, quæ specialioris mandati necessitatem tollit tum quoque cùm non totorum bonorum, sed eius tantùm causæ, in qua delatum iusiurandum fuit, procuratio mandata est, *cap. qui ad agendum in fin. de procur. in 6.* Aut denique nisi procurator in rem suam constitutus sit, quo casu sicuti mandatum est irreuocabile *l. illam 31. C. de donat.* ita nec tam ex constituentis, quã ex cõstituti procuratoris voluntate ac vtilitate æstimãdũ est, cuius scilicet periculo futurũ est si ex ea iurisiurãdi delatione succũbat: cũ sibi imputare debeat, cur aduersario iusiurãdũ detulerit, eúmque inscio constituente iudicem in causa sua fecerit. Ideo autẽ his trib. casib. pcuratori cõstituto, pmittitur de-

tur deferre iusiurandum aduersario, quoniam iisdē casibus etiam pacisci & transigere de lite posset *l.nam & nocere 11. & seq. supr. de pact.* Iusiurandum autem delatum & præstitum pacti, & transactionis quoque vim obtinet *l.2. supr. l.inter pupilli 35. §.1.infr. hoc tit.* Idem in municipij defensore iuris est vt nec aliter iusiurandum deferre possit, quàm si id ei nominatim mandatum sit *l iusiurandum & ad pecunias 34. §.1. infr.* Nempe quia non suum ius proprium, sed municipum in iudicium deducit. Nec distinguemus an aliæ probationes adsint, an verò omnes deficiant, vt hoc saltem posteriore casu permittatur procuratori itémque defensori municipum deferre iusiurandum. Exemplo eius quod de tutore & curatore furiosi itémque prodigi scripsimus ad § præcedentem, ex *d.l. tutor pupilli in princip.* Neutri enim permittendum est vllo casu vt iusiurandum deferat, nisi in aliquo ex supradictis casibus, ne alioqui in potestate tua sit ius meum perdere, quod numquam ferendum est, nec si saluum illud facere alia ratione nulla possim: nec enim alienarum rerum administrandarū quisquam ius & arbitrium habere potest nisi cui vel à lege, vel à domino ipso mandatum est. Diligenter enim custodiendi sunt fines mandati *l diligenter 5.infr. Mandat.* Nec sufficit vt diximus habere mandatum aliquod etiam generale cùm speciali opus est, ne Ouidianum illud occurrat,

Inde procurator nimium quoque multa procurat,
Et sibi mandatis plura videnda putat.

18. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

ALiàs autem procuratorem deferentem iusiurandum non esse audiendum, Iulianus libro decimo Digestorum scribit, ne posteà reus, qui semel iurauit, à domino conueniatur. nec multum ei proficere, si fuerit ei de rato cautum. siue enim dominus petat, cogetur reus docere, liquidò se iurasse, posita scilicet exceptione. siue ex stipulatione de rato agat: necesse habebit ipse de periurio suo docere.

Ad l. Alias autem 18.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad §. *vlt. legis præcedentis.* Idem enim vtriusq; loci tractatus & sensus est, de procuratore iusiurandum deferente alieno nomine: nisi quod superioris §. sententia affirmatiuè concepta est, procuratoris delationem ex qua iuratum sit, ratam haberi debere, si aut vniuersorum administrationem sustineat, id est vt explicauimus, si generale mandatum habeat [quamuis alioqui sint ista diuersa] & quidē cum libera vt loquuntur: aut si id ipsum nominatim ei mandatū sit, aut denique si in rem suam procurator factus sit. Huius verò loci sententia negatiuè concepta est, extra tres illos casus, non esse audiendum procuratorem, si iusiurandum aduersario deferre velit, nec nocere domino iusiurandū, quod ex ea delatione præstitum sit, quia non teneatur dominus in hac specie factū sui procuratoris præstare, tanquā qui nec mādatum vllum in eam rem habuisse intelligatur, sicuti solemus dicere obligatione quantumuis generali bonorum omnium, & præsentium & futurorū non contineri supellectilem, vestes naturales liberos, & alia huiusmodi, quæ quis obligaturus verisimiliter non fuisset *l.oblig. 6.infr. De pignor.* Adfertur tamen in hac lege alia & noua dubitādi ratio ex eo sumpta, quòd accidere frequentiùs solet, vt procuratores de iis omnibus quæ agunt, præsertim in iudicio cauere de rato teneantur, non solùm si de mandato dubitetur, sed etiam si mandatū proferant quod habeāt ad agendum non etiam ad iusiurandū deferendū vt in *l prox.infr.* Hoc enim casu cùm de rato cautū est, videtur procurator plus iuris habere, etiā ad iusiurandum deferendum, cùm aduersario si ex ea delatione iuret, satis superq; consultū sit eiusmodi cautione de rato. Nam etsi de mandati aut veritate aut validitate dubitaretur, admitti tamen posset & deberet eiusmodi cautione de rato præstita *l.1.C.de procurat.* sicut & coniuncta alia quæuis persona etiam sine vllo mandato *l.sed & hæ 35. supr.eod.ill. tit.l.3.§.sed etsi forte inf.iudic.solui.* Nēpe quia nihil hoc casu interesse videtur eius cui cautū est de rato, cùm sine dominus ratum quandocunque habere velit, perinde haberi debeat, acsi specialiter & nominatim idipsum mandasset [ratihabitio enim æquiparatur mādato non generali sed speciali actus illius qui ratus habitus *est l.qui in aliena 6.§ vlt.infr.de acq her.l.1.§.acquirere De bonor.poss l.pen.Rat. rem haber.*] siue ratū habere dominus nolit hoc ipso futurū sit, vt ex sua promissione cū suis fideiussoribus conueniatur procurator, atq; ita is qui iurauerit omne id quod sua interesse probauerit, consequatur. Sed tamen respondet Vlpianus ex Iuliano, non eo magis permittendū esse procuratori extra tres casus supradictos, vt deferat iusiurandū, ne cùm aduersarius ex ea delatione iurauerit, perinde tamen adhuc cōueniri possit, & quidem efficaciter, id est sine metu exceptionis illius, quam alioqui Prætor cuilibet ex delatione iuranti accommodat, acsi non iurasset; quæ res ostendit inutilem, nec ritè factam fuisse delationē. Additque non multum ei proficere qui iurauit nec tantum ad conseruandum iusiurandum, cui nihil commune est cum cautione de rato: sed etiam ad indemnitatem consequendam, qui vnicus cautionis de rato effectus est, si fuerit ei de rato cautum. Siue enim dominus petat, inquit, cogetur reus docere se liquidò iurasse, id est vt benè meo iudicio Duarenus explicauit, verè nec tamen verè dūtaxat, sed etiam apertè, ac sine vlla amphibologia: quod tamen non aliter facere potest, quā si apertè ac certissimè probet, nihil se debere. Quod tamen vbi fecerit, vincet equidem, at non quia iurauerit sed quia verè se ac liquido ex veteris iurisiurandi formula illa *Qua de re peto liquido iuret* iurasse probauerit, vt proinde nullum ex suo iureiurando commodum sentiat, tantundem enim consequeretur etiamsi non iurasset. Et præcipuus iurisiurandi effectus in eo consistit, vt ab onere probandi iurantem releuare debeat *l. non erit 5. §. dato iureiurando l. sed si possessori 11. §.vlt.supr.l.cum qui 30.infr.hoc tit.* Quod certè Accursius noster non percepit ignoratione veteris illius formulæ, quāuis à Cuiacio & Roberto defensus. Sic enim locū hunc accepit, quasi ponēda esset

virgula post dictionem *liquidò*, eàque dictio non ad verbum *iurasse* referēda quomodo referenda est, sed ad verbum *docere* hoc sensu, vt reus qui iurauit se nihil debere, si à domino conueniatur docere liquidò & apertè cogatur se nihil debere, cùm tamen Vlpianus dicat debere illum docere se liquidò iurasse. Quid autem esset facilius, quàm liquido & apertè probare præstationem iurisiurandi? Atqui apertè & liquidò probandum est nihil deberi. Probandum igitur est non tantùm apertè, sed etiam verè iuratum esse, nihil deberi. Quo probato vincet sanè reus sed opposita exceptione vt addit Vlpianus. An iurisiurandi? vt quidā ex veteribus glossatoribus, quos Accursius refert crediderunt? Minimè. Non enim aliter exceptionem ex iureiurando pollicetur prætor, quàm si iusiurandum ritè delatū sit & ab eo qui deferendi ius habuerit. Semper enim supponendi sunt termini habiles præsertim quod ad edictū hoc pertinet *l. tutor pupilli* 35. §. 1. *infr.* Implicátq; contradictionem, vt iusiurandum procuratoris valeat, nec tamen quicquam releuet ab onere probandi. An ergo de exceptione pacti fortè sibi facti, vel rei iudicatæ, vel metus a r alterius similis vt Azo voluit. Nec vlla ex his quoque. Commentitiū enim est si quis ponat cum Azone & Bartolo aut pactum aliquod conuentum interuenisse, aut iudicatum aut metū intercessisse aut quid aliud simile ex quo dari exceptio debuerit, antequàm iuraretur, cùm apud Vlpianum de eo verbum nullum. Quod autem toties diximus iusiurandum habere vim pacti conuenti & rei iudicatæ ex *l. 1. & 2. l. qui iurasse* 26. §. *vlt. d. l. tutor pupilli* 35. §. 1. *hoc tit* tunc verum est cū iusiurandum ritè ac rectè fuit præstitū & ab eo qui deferendi ius habuit, quod in hac specie non euenit, neque verò sic Azo intelligere potuit, cùm adiecerit exceptionem metus, quæ tamen ex iureiurando nunquam nascitur. Quod autē Ioānes, quē Accursius ita refert vt suo more mag's probare videatur, dictionem *exceptione* accipit & interpretatur pro stipulatione, quis ferre obsecro vnquā possit? Fateor ex stipulatione ex qua daretur etiam actio, posse multo magis dari exceptionem si conueniatur stipulator ab eo ipso, quem conuenire posset ex stipulatione, cùm ei cui datur actio, longe magis danda sit exceptio, ex vulgata iuris regula *l. inuitum* 156. §. 1. *De reg. iur. l. 1. § is autem De superfic.* Sed nos ponimus conueniri reum non à procuratore qui cauit de rato, sed à domino ipso qui reo nihil promisserit, cùmque stipulatio illa respectu agentis domini sit res inter alios acta; quid attinet de stipulatione tractare cùm stipulator ipse ab eo qui nihil promisit conuenitur? Et ratio quam subiungit Accursius, pro Ioanne quòd si contra dominum agentem reus de sacramento excipiat, replicabit dominus, nullum sibi à procuratore præiudicium fieri potuisse. Concludit duntaxat nullam ex eo iureiurando exceptionem dari posse, non etiam tractari hîc aliquid de stipulatione debere. Tolerabilius est quod Bartolus apud Accursium legisse videtur *replicatione* non *stipulatione*. Sed neque interpretatio hæc defendi potest: non enim reo de quo solo Vlpianus hîc loquitur, datur replicatio sed actori *l. 2. infr. De except.* Est igitur necessariò hic locus intelligendus de exceptione doli, quæ omniū generalissima est, & quæ deficientibus aliis omnibus subsidiaria esse solet, sed quæ tamen in proposito casu non ex iureiurando proficiscatur [hoc enim Ioanni & Accursio concedendum certè est] sed ex eo, quòd aliis certissimis & liquidis probationibus docuerit reus, nihil se debere. Etsi enim nihil ab initio dolo malo fecit actor, qui post iusiurandum à procuratore suo malè delatū ac præstitum cœpit agere, nunc tamen incipit dolo malo facere, cùm post allatas indebiti tam certas probationes perseuerat tamen petere, eo solo prætextu quod iusiurandū de quo nihil iā quærendum aut curandum est, sine vllo mandato delatū ac præstitum fuerit *l. 2. §. circa* vbi est textus elegans & ad speciem huic quam tractamus non valde dissimilem accommodatur *infr. De doli mal. & met. except.* Atque ita hic locus alioqui sanè perobscurus intelligi meo iudicio debet, nec ad eum casum restringi, ad quem restringit Bartolus, quo iusiurandū delatū duntaxat fuerit, non etiam pręstitū. Quādoquidem is potissimuū casus ab Vlp. tractatur, quo iuratū fuerit vt probant verba illa *cogetur docere reus, liquidò se iurasse.* Quanquā verissimum est, iustè recusari iusiurandum ab eo cui nihil profuturū sit iurasse. Sequitur apud Vlpianū alia pars dilemmatis non minùs obscura, nec minùs malè ab interpretib. nostris accepta. *Siue inquit ex stipulatione de rato agat, necesse habebit ipse de periurio suo docere.* Non enim facilè possunt intelligere, cur parū actori prodesse debeat cautio de rato, vel ad quid, an ad expensas tantùm litis & ad vsuras, an etiam ad sortem, siue dominus post iusiurandum ex procuratoris delatione præstitum egerit & succubuerit, siue obtinuerit aut iustè, aut iniustè, siue deniq; agere tantùm cœperit, necdum tamen sententia lata sit. Hi enim ferè omnes casus sunt qui possunt contingere, & in quibus tamen stipulatio de rato, aliter atque aliter committitur, vt pluribus tractat Accursius: nec illud quoque ad explicandum facile est, quomodo, aut quonam, ex istis casibus de periurio suo doceat procurator, cū agit ex stipulatione de rato, & an audiēdus sit agens, illo etiā casu, quo non aliter agere possit, quā si de periurio suo doceat. Sic enim omnes locū hūc accipiunt vt nō eo magis prohibeatur is qui iurauit agere de rato, contra procuratorem, quod agendo periurium suum detecturus sit & edocturus, si modo non erubescat infamiæ suæ certissimo periculo id facere: quasi ob eā causam dicat Vlpianus, non multùm ei prodesse si agat de rato, compensatione facta commodi, quod ex ea actione sensurus sit, cum damno infamiæ, quod ex sententia pro domino contra reum lata possit emergere. Indéque sumpta occasione quærunt, an & quando alicui liceat propriam suā turpitudinē allegare: quam quæstionem nescio quot & quibus adhibitis distinctionib. Bart. hîc prosequitur. Egò puto Vlp. sententiā illā esse, cū negat multū prodesse reo, quod cautū ei sit de rato, vt nihil omnino ei prodesse debeat, nō magis si agat ex stipulatione cōtra procuratorē, quā si à domino cōueniatur. Et huius generalis sententiæ rationē illā esse generalē quæ ab Vlpiano adfertur, quòd ex stipulatione agere nō possit, quin cogatur de periurio suo docere, non quasi sit audiendus vel summouēdus, allegans suū periuriū, propriámq; turpitudinē, de quo solo interpretes disputant, Vlpianus verò nullo modo, sed vt intelligamus stipulationē, quæ nō aliter cōmitti potest, quā si stipulator de periurio suo doceat, nullā posse vtilitatē stipulatori adferre, nec si permittatur ei ex ipsa agere, quia hæc stipulatio de rato, vt & alię ptorię, nō cōmittitur, nisi ad id quod interest *l. vl. inf. de præ. stip.* nihil aūt interesse creditur, quoties actoris interesse dicitur, ex nō honesta causa *l. 3. §. sciēdū sup. Ad exh. l. cuius interfuit* 11. *& seq. inf. De furt.*

De furt. Periurij autem causam honestam esse nemo dixerit. Frustra igitur, & inutiliter agat quis ex ea stipulatione, ex qua nihil aliud speret consequi, quàm quod ob suum periurium probauerit sua interesse. Non dico stipulationem hanc non committi vtiliter, aut ex ea honestè agi non posse: nam & honestè committitur, & quidem statim atque dominus ratum habere noluit, & ex ea proinde honestè agitur ad id quod interest, si modo quid honestè intersit. Sed nego vllam esse posse vtilitatem huius actionis, nec secutæ ex ea condemnationis, si non intersit actoris nisi ratione sui periurij, quoniam in executionem & taxationem condemnationis nihil aliud venire potest, quàm quod interest ex honesta causa, & quatenus probatur interesse quod à vi & potestate actionis ipsius & condemnationis longè distat *d. l. vlt. De prætor. stipulat. l. si traditio* 4. *C. de action. empt.* quia quatenus cuiusque honestè interest, in facto non in iure consistit *l. quatenus* 24. *De reg. iur.* Cur verò in hac specie nō aliter ex stipulatione De rato agere reus potest quàm si de periurio suo doceat? Nimirum quia vel probare potest reus qui iurauit se nihil debere, vel non potest, si probare potest nihil eius interesse videtur, quòd etiam post præstitum à se iusiurandum conueniatur, cùm habeat quod obiiciat petitori, & certus sit de victoria litis, non tantùm quod ad sortem pertinet, sed etiam quod ad expensas quas obtinere debet, quisquis vincit in principali *vulg. l. eum quem temerè* 19. *supr. De iudic. l. qui solidum* 78. §. 1. *De legat.* 2. præsertim cùm vincit per oppositam doli exceptionem, vt in specie quā tractamus, secundum ea quæ suprà diximus. Quòd si hoc etiam casu, id est probato quoque indebito, nihilominus succumbat reus & cōdemnetur, quod non nisi iniustè fieri potest, & per sordes aut gratiā & imperitiam iudicis, non eo magis tamē committi stipulatio potest aduersus procuratorem, cui non debet nocere facta reo iniuria *l. si per imprudentiam* 51. *infr. De euict. l. exceptione* 67. *infr. De fideiuss.* nisi quātum ad expensas litis, quas vtique non erat facturus reus si dominus ratum procuratoris factum habuisset *l. si sine iudice* 22. §. *cùm autem infr. Rat. rem haber.* Quanquam vt verum fatear, mihi valde suspecta est, tota illa clausula: *Verius tamen est hoc casu fideiussores non nisi in expensas litis teneri.* Nam cùm dictio *tamen* sit aduersatiua, non addidisset Iulianus verba illa *non nisi* quę faciunt vt id ipsum repetatur, quod iam dictum fuerat, quantum ad debitū principale, & de solis impensis litis addendum erat, vt tamen deberentur. Etsi nec hoc ipsum iuris rationi conueniens videtur. Cur enim expensas litis procurator aut eius fideiussor pręstare teneatur stipulatori, victo per iniuriam iudicis, in quas condemnari omnino dominus debuisset in pœnam litis temerariæ, nulla stipulatori facta fuisset iniuria? An non hoc esset iniuriam factam reo, nocere procuratori, saltem quod ad expensas litis? Quidni verò perinde hoc iniquum sit, ac si noceret quantum ad sortē? Aut cur dicamus cum Baldo interdum ad accessoria teneri eum qui ad principale non teneatur? Sed si reus qui iurauit se nihil debere procuratore deferente, hoc ipsum probare non possit, cùm à domino ipso conuentus atque ita vel condemnatus iam sit vel in eo saltem sit vt condemnari omnimodo debeat (parum enim refert) quamuis negari non possit quin eius intersit, non aliter tamen ex stipulatione agere potest, quàm si doceat probèque non modò se iam condemnatum esse, aut condemnatum iri, sed etiam iustè id factum vel futurum esse, cùm alioqui iniuria quæ ipsi fieret vel facta esset, vtique non deberet, vt diximus procuratorem contingere *d. §. cum autem.* Porrò nō potest docere se iustè condemnatum esse, aut condemnari debere, quin hoc ipso euidenter doceat se periurum, cùm iurauerit nihil se debere. Nō ergo potest dicere sua quicquam interesse ex iusta & honesta causa: quandoquidem nihil eius penitus interesset, si non peierasset. Non debet autem ex periurio suo & improbitate actionem vllam consequi, aut actionis ipse iure competentis emolumentum vllum *l. itaque* 12. *infr. De furt. l. vlt.* §. *hoc tit.* Planè si dominus qui delationem iurisiurādi à procuratore factam ratam habere noluit succubuerit, litémque amiserit, certum est quod ex Marcello ad Iulianum notatur *in d. l. si sine* §. *Marcellus* nihil præter impendia litis in stipulationem de rato deductum intelligi debere, quia nec nisi propter impendia quicquam interest stipulatoris, nimirum si ad ea non fuerit condemnatus dominus, qui litem amisit. Hoc enim potest etiam interdum contingere, & contingit sæpenumerò non tantùm de facto vt loquuntur sed etiam ex iuris ratione, quoties creditur is, qui succumbit, iustam habuisse causam litigandi *d. l. qui solidum* 78. §. 1. *de leg.* 2. quod ipsum in iudicis arbitrio & æstimatione positum est. Marcelli tamen sententiæ supradictæ valde obstare videtur, quod Venuleius respondit in *l. procurator* 8. §. 1. *eod. tit. Rat. rem haber.* si procurator à vero debitore pecuniam exegerit & satisdederit ratam rem dominum habiturum mox dominus de eadem pecunia egerit, & litem amiserit, committi stipulationem in totum & sortis quoque nomine. Nam quod Accursius & Bartolus, vt scopulum hunc euadant Venuleium intelligunt de falso procuratore, qui nullum prorsus mandatum habuerit, Marcellum autem de vero procuratore, sed de cuius mandato dubitabatur, etsi quod ad Venuleiū pertinet: verissimū est, cùm lex ponat reum, etiam pro quo iudicatū sit manere nihilominùs debitorem, quod tamen falsum esset, si vero procuratori soluisset, qui accipiendæ solutionis ius habuisset, *l. hoc iure* 96. *& l. vero procuratori* 12. *infr. De solut.* Nisi quod fieri potest, vt falsus procurator fuerit ad exigendū, sed tamen verus ad agendum. Nec enim procuratori in litem dato rectè soluitur, nisi ad hoc quoque mandatum habuerit *d. l. hoc iure.* Attamen quod ad Marcelli speciem attinet, commentitium videtur, nec ex Marcelli verbis colligi potest, neque vno casu minùs quàm alio illa ratio procuratori fauere videtur, quæ Marcellū mouit, quòd non nisi impendiorū nomine intersit stipulatoris, qui in lite pro negotio principali obtinuit. Cúmq; hæc lex de eo procuratore loquatur qui nullum penitus mandatum habuit ad deferendum iusiurandum quod & Bartolus fateri tandem cogitur, magis accedit hic casus ad Venuleij quā ad Marcelli speciē, vt proinde dicendū esset, in casu huius legis, permittendū stipulatori etiam de periurio suo docenti agere ex stipulatione contra falsum procuratorem, nisi ea ratio fortior esset, quam attulimus, quod non ex honesta causa eius intersit. Existimo illud ipsum hîc dicendum quod iam diximus. Aliud esse tractare de effectu actionis competentis & institutæ. Aliud verè de iure stipulationis commissæ & exercendæ actionis. Stipulatio de rato apud Venuleium in totum committitur, vt ex ea possit stipulator agere ad totum, id quod ipsius interest quia verum est dominum non modò ratum non habuisse, sed etiam factum sui procuratoris improbasse,

Sed effectu inspecto nihil hoc casu veniet in taxationem eius quod interest, præter impendia litis, cùm dominus qui ratum habere noluit, litem amiserit, idque est quod Marcellus ait, nihil hoc casu præter impendia in stipulationem deduci, hoc est, deductum intelligi, cùm de taxando eo quod interest tractatur, non quasi pro parte tantùm commissa sit stipulatio, quæ non magis pro parte committi potuit, quàm pro parte ratum haberi *l. 4. §. Cato in fi. de verb. obl.* Sed quia commissa etiam in totum stipulatio nunquam ad aliud competere potest, quàm ad id quod reuera interest stipulatoris *l. si commissa 13. Rat. rem haber.* & quidem ex honesta causa, vt dixi. Quod ab interpretibus nostris intellectum non est, qui post longas contentiones tandem concludunt, Vlpiani sententiam in hac lege eã esse, vt possit stipulator etiam docens de periurio suo, non tantùm condemnationem sed etiam exactionem & solutionem sortis consequi ex hac stipulatione, propterea quòd lex dicat & ponat agere illum ex stipulatione iis verbis *siue ex stipulatione de rato agat.* Nos verò non negamus quidem agi ex hac stipulatione posse, nec tantùm de facto sed etiam de iure, cùm vere commissa stipulatio sit, quod vnũ inspiciendum est *l. qui Romæ 122. §. Agerius & pass. de verb. obl. l. nuda 5. C. de contr. & committ. stipul.* quia sc. verum est, dominum ratum non habuisse, atque ita extitisse condicionem stipulationis vt *in d. §. Agerius l. quo enim 12. §. Iulianus.* Sed dicimus, vt maximè commissa stipulatio sit, nihil tamen ex ea consequi stipulatorem posse, quia nihil eius interesse videri potest ex honesta causa, sed tantùm ex causa periurij, quę inhonestissima & turpissima est. Melius itaque faceret si ex stipulatione non ageret, séque inanibus sumptibus non vexaret vt in specie *l. 1. supr. de inoff. test.* Illud verò longè absurdius est, quod iidem interpretes addunt duce Accursio, non posse procuratorem ex ea stipulatione conuentum obiicere stipulatori turpitudinem periurij, cùm ipse ei detulerit *arg. l. qui iurasse 26. inf.* Quasi verò periurij huius particeps fuerit, is qui iusiurandum detulit, aut quasi idem sit iusiurandum deferre & periurio consentire, quod ridiculum est: nisi ponas deferre quem iusiurandum ei, quem certò sciat peieraturum, si hac parte Theologis nostris magis credimus, vt credere debemus quàm prudentibus nostris, qui ethnici & pagani fuerunt. Nec sanè quicquam causæ est, cur peierantis turpitudinem allegare & obiicere prohibendus sit is, qui iusiurandum detulit cùm rem licitam fecerit, & legibus permissam, quibus tamen nihil placere potest, quod sit turpe, quandoquidem primum legis præceptum est, honestè viuere, cum quo pugnant omnia, quæ turpitudinis maculam & participationem aliquam habent, vel minimam *l. filius 15 & præced. inf. de cond. inst. l. generaliter 26. & seq. de verb. obl.* Illud certè non displicet quod Bar. notat, nemini permittendum esse, vt turpitudinem suam alleget ad fundandam suam intentionem *d. l. itaque 12. de furt. l. mercalem 5. & tot. tit. C. de cond. ob turp. vel iniust. caus. l. transactione finita 30. C. de transact. l. si creditoribus 5. C. de seruo pign. dat. manum.* sed tantùm ad fundandam exceptionem suam aut replicationem, si modò contra eum qui fuerit particeps turpitudinis vt *in l. de tutela 7. C. de in integ. restit. minor.* quique certet de lucro, allegans autem turpitudinem de damno ex *l. viro 39. infr. solut. matr. l. 4. Marcellus de doli mal. except.* Non etiam si contra eum qui non sit particeps turpitudinis *d. l. transactione ex d. l. si creditoribus cum simil.* nisi, inquit Bart. ab alio iam detecta fuerit, vt in *l. antepen. inf. de suspect. tutor. l. relegatorum 7. in fi. de interd. & releg.* exceptis casibus *c. tertio loco Extr. de præsumpt. Auth. nouo iure C. de pœn. iud. qui malè iud. l. quisquis in fi. C. ad leg. Iul. maiest.* Sed quod addit probari hanc exceptionem ex hac lege, admitti certè non potest. Qui enim se nihil debere iurauerat procuratore deferente, licèt posteà domino condemnetur tanquam verus debitor, non ideo tamen periurus probatur, cùm fieri possit, vt vel per absentiã & contumaciam suam fuerit condemnatus, potiùs quàm quòd malam causam habuerit vt in *l. si ideo 55. inf. de euict.* vel quo alio suo vitio bonam causam perdiderit, vt in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. pen. de solut. l. ex contractu 44. in fi. de re iud.* aut per sordes aut per ambitionem, aut imprudentiam, & imperitiam, vel denique iniuriam iudicis vt in *d. l. si per imprudentiam 51. de euict. l. exceptione 67. de fideiuss. l. seruo 65. §. cùm Prætor inf. ad SC. Trebell.* Tum verò quid si agat ex stipulatione de rato, ante quàm fuerit condemnatus? Potest enim, statim atque dominus certior factus ratum non habuerit, si modò ἐν πλάτει hoc intelligas, & cum aliquo temperamento & spatio temporis nec minimo nec maximo, quamuis secuta quandocunque ratihabitione obstatura sit exceptio doli mali *l. quo enim 12. §. Iulianus Rat. rem haber.* Nec expectandum est, vt feratur sententia nisi in casu *d. l. procurator 8 §. vlt. eod. tit.* In quo differt hæc stipulatio à stipulatione amplius non peti quæ non nisi lite cõtestata cõmittitur vt benè Accursius notat ex *l. amplius non peti 15. eod. tit.* Quis hoc casu turpitudinem actoris detexerit? Non ergo verum est, quod vult Bartolus in specie huius legis, Agentem ex stipulatione de rato etiam postquàm condemnatus est, detegere suam turpitudinem iam ab alio detectam, suúmque periurium. Nam nec vlla turpitudo est eius qui condemnatus est, nisi de periurio, aut ex alia causa famosa condemnatus fuerit *l. furti 6. §. 1. & pass. de his qui not. infam. l. infamem 7. de public. iudic.* Sed tota turpitudo actoris huius in eo est, quòd agens ex stipulatione de rato, siue iam condemnatus sit, siue non sit, non aliter potest vincere, quàm si doceat ipse de suo periurio: probando scilicet & affirmando se debere, quod antea non debere se iurauerat vt suprà explicauimus. Detegit itaque nunc primùm suam turpitudinem nondum ab alio detectam, cùm agit ex stipulatione, cùm non aliter nec prius agere possit ex stipulatione de rato, quàm si probet stipulationem esse commissam quæ porrò nec aliter commissa videri potest ad id quod interest, quàm si actor probet sua interesse: quod ipsum denique non aliter probare potest, quàm si non modo affirmet [nemo enim ex sola sua adfirmatione condemnationem extorquere potest] sed etiam doceat se debere: quod cùm facit hoc ipso docet de suo periurio, ac proinde non nisi ex inhonesta & turpi causa sua interesse. Quæ res inutilem & inefficacem facit ipsius actionem, quamuis alioquin ipso iure competentem. Ex quibus apparet quàm malè tota hæc lex ab interpretibus accepta sit, tot licèt commentariorum ambagibus onerata, quos nisi refellere necesse fuisset, breuiores nos hîc esse potuissemus.

19. IDEM libro 26. ad Edictum.

SI itaque mandatum fuit procuratori, vt petat: ille autem iusiurandum detulit: aliud facit, quàm quod mandatum est.

Ad l. si itaque 19.

RAT. DVB. Cui mandatum est vt aliquid faciat, mandata censentur ea quoque omnia antecedentia per quæ ad illud faciendum, quod mandatum est peruenire potest *vulg. l. 1. supr. De iurisd. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. supr. De procurat.* Ergo si procuratori mandatum fuerit, vt aliquid petat, mandatum quoque intelligi debet vt petitionem suam probet omnibus iis modis, quibus probare poterit, cùm certum sit petitorem nunquã aliter posse vincere, quàm si suam intentionem plenissimè probauerit, aduersario nihil etiam ex parte sua præstante *l. 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vind. l. actor quod asseuerat 23. & pass. C. de probat.* Atqui iurisiurandi delatio, probationis species quædam est, & quidem maxima *l. non erit 5. §. dato iureiurando l. sed si possessori 11. §. vlt. supr. l. cum qui 30. in princ. infr. hoc tit.* Ergo huic procuratori mandatum quoque intelligitur, vt ad probandam petitionem iusiurandũ aduersario deferat, præsertim si aliæ omnes probationes deficiant, cùm eo casu hoc ipsum etiam tutori permittatur *l. tutor pupilli 35. infr. hoc tit.* vt diximus ad *l. iusiurandum 17. § si tutor supr. eod.* DEC. Procuratori diligenter custodiédi sunt fines mandati *l. diligenter 5. inf. mandat.* Ne scilicet plus vnquã faciat quàm ei mandatum sit Tantum abest, vt aliud quicquam facere debeat, quàm quod ei mandatum est. In eo namque in quo procurator fines mandati egreditur, perinde falsus procurator, & vt Bartolus loquitur, funditùs falsus esse intelligitur, acsi nullum penitus mandatum haberet, sicuti falsum procuratorem possumus & debemus eum dicere, qui tanquam procurator exegit & accepit solutionem, cùm ad agendum duntaxat cõstitutus esset vt in *l. procurator 8. §. 1. rat. rem haber. l. hoc iure 96. De solut.* licet soleat non in totum falsum videri id, quod veritatis primordio adiuuatur, vt Papinianus loquitur *in l. cùm filius 76. §. heres meus De legat. 2.* Atqui longè aliud est mandare procuratori, vt petat, aliud verò vt iusiurandum deferat. Ideo enim constituitur procurator ad agendum, vt possit vrgere condemnationem atque ita consequi solutionem: qui verò iusiurandum defert aduersario, cũ testem illum adeòque iudicem faciat in causa propria *l. 1. infr. Quar. rer. act. non det.* magno se periculo exponit amittendæ litis, cùm credibile sit eum cui iusiurandum defertur, iuraturum potiùs quàm relaturum, atque ita litis victoriam sibi facto suo cõparaturum, & actori actionem adempturum: quod alio vllo præterea casu nunquam contingit *l. si ex cau 91. §. nunc videamus De verb. oblig. l. Granius 1 §. pen. De fideiuss. l. vlt De pact.* Tantùm que abest, vt iusiurandi delatio sit antecedens quoddam necessarium ad obtinendum, vt sit præparatorium quid potiùs ad incurrendum damnum litis quamuis per accidens possit etiam ad victoriam prodesse, si qua forrè ex causa contingat eum cui iusiurandum delatum est, referre malle quã iurare, cum verò qui detulit malle iurare. Quod autem obiecimus iusiurandum habere vim probationis, ita sanè est, sed pro eo qui iurauit, non pro eo qui detulit nisi ex accidente, si iurare eum contingat aduersario referẽte vt diximus. Verum igitur est quod hîc Vlpianus scribit, si mandatum sit procuratori vt petat ille verò iusiurandũ detulit, non modò plus eum fecisse quàm mandatum ei fuerat sed etiam aliud fecisse quàm quod ei mandatum est: quomodo etiam solemus dicere non teneri fideiussorem, non solùm si in duriorem causam se obligauerit sed & multo minùs si in aliam *l. Graecè 8. §. si quis Stichum infr. De fideiuss.*

20. PAVLVS libro 5. ad Edictum.

SEruus quod detulit, vel iurauit, seruatur, si peculij administrationem habuit.

Ad l. seruus 20.

RAT. DVB. Is qui in alterius potestate est, siue filiusfamilias siue seruus sit, condicionem eius cui subiectus est deteriorem facere nullomodo potest *l. quanto magis 24. in fin infr hoc tit. l. melior 131. De regul. iur. l. soluendo 39. supr. De negot. gest.* Atqui facit deteriorem condicionem domini seruus, qui iusiurandum defert, cùm aduersarium suum testem & iudicem faciat in causa propria, vt proximè diximus ex *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Idémque in filiofamilias iuris est, vt deferens iusiurandum hoc ipso deteriorẽ faciat condicionem patris. Neutri ergo permittendum est vt deferat, nisi patre vel domino sciente & consentiente. Nec quod circa rem peculiarem iusiurandum delatum sit, ad rem facere valde videtur, cùm peculium non sit filij, multo minùs verò serui nisi conniuentibus oculis, vt Seneca dicebat, reuera tamen magis sit patris aut domini *l. 3. § sed vtrum l. patri 27. in princ supr. De minor.* DEC. Peculium est pusillum quoddam veluti patrimonium filijfamilias vel serui à rationibus paternis & dominicis separatum, deducto tantùm eo quod patri vel domino debetur *l. depositi 5. § vlt. infr. De pecul.* Eiúsque liberam administrationẽ filiusfamilias vel seruus habere intelligitur, si non aliud dictum sit in concedẽdo peculio, aut nisi quid superuenerit propter quod non debeat ea administratio libera permanere *l. libera 48. in princ. eod.* Vnde est quod cui administratio peculij data est, etiam delegare suum debitorẽ potest *d. l. libera § 1 l. vlt in princip. infr. De nouat & l. prox. seq.* Atqui iusiurandum nouationis & delegationis cuiusdam vim obtinet *l. qui iurasse 26. § vlt. infr.* Permittendum igitur vtrique est, tam seruo quàm filiofamilias vt iusiurandum aduersario deferat, de re peculiari quasi ex domini vel patris sui voluntate, vt *in l. quod seruus 35. infr. De solut.* nihilq; aliud ei prohibitũ est, nisi vt donet, quia donare perdere est *l. filius famil. 7. in princ. inf De donat.* sicuti diximus ad *l. iusiurandũ 17. §. vlt. supr.* Posse procuratorẽ quoq; iusiurãdũ deferre, si liberã habeat administrationẽ siue totorum bonorum siue solius eius causæ in qua deferat. Quoniã ex domini voluntate hoc facere intelligitur, qui talem ei tantãque concessit potestatem: sibiq; debet imputare dominus, qui siue seruo suo siue procuratori eã potestatẽ concesserit, talemque administratorem rerũ suarũ elegerit *d. l. 3. § vlt supr. De min.* Extra causã peculiarẽ id planè obtinet quod in dubitandi ratione attulimus. Nam de sola causa

peculiari hæc lex loquitur, quæ ficut hac parte vt in alijs ferè omnibus feparanda eft à cæteris caufis, ita eadem ferui quam filijfamilias condicionem facit *l. quidam putant 22. infr.* Extra quam fi feruus iufiurandum detulerit, aut aliter nouare obligationẽ noluerit, non folùm ratum id habendum non eft, fed neque ex ea delatione quafi ex contractu ferui de peculio teneri debet: quod in filiofamilias fi etiam extra caufam peculiarem iufiurandum detulerit, diuerfum eft *d. l. depofiti 5. §. fi filiusfamilias infr. De pecul.* quod Accurfius nofter non intellexit vt dicemus ad *d. l. quidam.* Iunge *l. non ideo 25. infr. De nouat.*

21. GAIVS libro 5. ad Edictum Prouinciale.

HVic enim folui quoque rectè poteft, & nouandæ obligationis ius habuit.

Ad l. Huic enim 21.

RAT. DVB. Iufiurandum etiam nouationis & delegationis cuiufdam vim obtinet, vt proximè diximus *ex l. qui iuraffe 26. §. vlt. infr. hoc tit.* Atqui non ideo nouare veterem obligationem quifquam rectè poteft, quòd interdum rectè ei foluatur *l. non ideo 25. iunct. l. cui rectè 10. infr. De nouat.* Eiúfque rei exemplum adfertur in *dict. l. non ideo* in his qui in noftra poteftate funt, quibus rectè interdũ foluitur quod ab ipfis creditum eft, cùm tamen nemo eorum per fe nouare priorem obligationem iure poffit. Non ergo bona ratio & confecutio eft, quæ ex Caio adfertur in hac lege vt feruus nouandæ obligationis ius habeat ob id folùm, quod ei folui quoque rectè poffit. DEC Regula iuris eft: Eum cui rectè foluitur etiam nouare poffe *d. l. cui rectè.* Et quamuis ea regula fuas patiatur exceptiones *d. l. cui rectè & d. l. nõ ideo*, vt & cæteræ ferè omnes *l. omnis definitio 202. iunct. l. 1. in fi. De regul. iur.* non eo minùs tamen vera iuris regula eft, & confequenter non poteft non effe bona ratio quæ ex ea fumitur, nifi cùm tractatur cafus aliquis qui fit de numero exceptorum vt in *d. l. cui rectè ex d. l. non ideò.* Malè igitur, & nimis audacter Accurfius nofter rationem hanc Iureconfulti malam effe fcripfit, cùm accommodanda fit ad legem præcedentem, in qua non de alio feruo tractatur quàm qui adminiftrationem peculij habuerit, & quidem liberam. De hoc autem feruo dubitat nemo quin & folui ei poffit, & nouandæ obligationis ius habeat *l. vlt. eod. l. quod feruus 35. infr. De folut.* Extra caufam peculiarem aliud eft, vt diximus ad legem præcedentem, & de eo folo cafu intelligi debet quod fcriptum eft in *d. l. non ideo* Iunge quæ fcripfimus ad *l. rogafti 11. §. vltimo fupr. titul. proximo.*

22. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

QVidam putant & de peculio actionem dandam in dominum, fi actori detulerit feruus iufiurandum. Eadem de filiofamilias dicenda funt.

Ad l. Quidam putant 22.

RAT. DVB. Magna in iure noftro differentia eft inter filiumfamilias, & feruum Nam filiusfamilias ex omnibus caufis præterquàm ex voto & mutuo obligatur *l filiusfamilias 49. infr. De oblig. & act.* & patrem fuum à cuius poteftate eft obligat de peculio *l. fi quis cum filiofamilias 43. infr. De pecul.* Seruus autem ex fuis contractibus neque obligatur ciuiliter, neque dominum fuum obligat, ne quidem de peculio, quia nec nafci poteft actio De peculio, quin præcedat aliqua ciuilis obligatio. Ex contractu autem ferui nec feruus ipfe obligari ciuiliter poteft, fed naturaliter tantùm *l. nec feruus 41. infr. De pecul.* cùm non habeat perfonam integram, quia non habet caput in ciuitate *l. 3. § vlt. et l. feq. fupr. De capit. minut.* Nec dominus, nifi quatenus ex eius voluntate feruus contraxit, quod non contingit nifi circa res peculiares *l quod feruus 35. De folut.* Alia igitur hac parte conftituenda eft filijfamilias ratio, alia ferui. Vt fi filiusfamilias quidem iufiurandum detulerit, ex eo iureiurando poffit actio de peculio dari contra patrem quafi ex ea caufa cum filiofamilias contractũ fit; Si verò feruus detulerit, aliud dicendum fit. Atque ita difertè fcribit Vlpianus in *l. depofiti 5. §. fi filiusfamilias infr. De pecul.* DEC. Differentia quidem eft inter filiumfamilias & feruum in rebus non peculiaribus fed in peculiaribus nulla eft quoniam vtilitatis dominorum gratia perinde capax eft feruus atque filiusfamilias habendi peculij & ex ea caufa contrahendi, adeóque dominum obligandi de peculio. cùm vterque contrahat hoc cafu, hic ex patris ille ex domini voluntate *d. l. quod feruus.* Hac fola differentia, quòd cùm feruus de re peculiari contrahit folus dominus obligatur ciuiliter de peculio, & confequenter primò per fe ac principaliter, cùm autem filiusfamilias contrahit, obligatur ipfe primò & principaliter: pater autem non nifi accefforiè *d. l. fi quis cum filiofamilias.* Atqui lex hæc eum cafum tractat, de quo in *l. feruus 20. fupr* id eft de feruo iufiurandum deferente circa res peculiares, quarum liberam adminiftrationem habuit. Eft enim vterque locus ex eodem eiufdem Pauli libro 18. *ad Edictum.* Et hæc lex proinde coniungenda cũ *d. l. feruus* quod & verba illa huius legis demonftrant *& de peculio actionem in dominum dandam.* Articulus enim *&* cùm fit implicatiuus oftendit eandẽ prioris legis fpeciẽ retineri. Meritò igitur Paulus nullã in hac fpecie agnofcit differentiã inter filiũfamilias & feruũ, quã tamen agnofcit & conftituit Vlpianus in *d. §. fi filiusfamilias*, quia tractat eo loco de filiofamilias, aut feruo, qui iufiurandum detulerit de re non peculiari. Atque ita Vlpianus & Paulus conciliandi funt, non quomodo putat Accurfius, comminifcens apud Vlpianum non habuiffe feruum liberam peculij adminiftrationem, apud Paulum habuiffe: Vel hîc delatum fuiffe iufiurandum à feruo extra iudicium, ibi verò in iudicio quod non ficut cum filiofamilias ita & cũ feruo confiftere poteft ex *l. multo magis 24. infr. l. cũ feruo 107. De reg. iur.* quæ omnia cõmẽtitia funt & ab vtriufq. loci & fenfu & verbis aliena. Iũge quæ diximus ad *d. l. feruum* & dicem⁹ *ad l. feq.*

23. VL-

23. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

SI seruus iurauerit, dominum dare non oportere, exceptio domino indulgenda est, sibique aduersarius imputabit, qui seruo detulit iusiurandum.

Ad l. si seruus 23.

RAT. DVB. Eadem ratio esse debet, vt videtur, deferendi iurisiurandi & accipiendi, cùm dici soleat contrariorum eandem esse disciplinam & correlatiuorum *l.1. C. de cupress. lib.12. tit. vlt.* Atqui seruus deferre iusiurandum non potest, ne faciat conditionem domini sui deteriorem *l. prox. infr.* nisi in rebus peculiaribus quarum liberam habeat administrationem *l. seruus 20. supr.* Ergo nec iurare potest, in rebus scilicet non peculiaribus, de quibus solis hæc lex intelligenda est, neque ex tali iureiurando serui qui iurauit dominum dare non oportere, exceptio vlla domino accommodanda & indulgenda est. DEC. Melior condicio domini fieri potest per seruum, quem in potestate habet, deterior non potest *l. melior 131 de regul. iur.* Fit autem melior cùm per seruum exceptio aliqua vel etiam actio domino acquiritur: deterior autem cùm seruus iusiurandum defert aduersario, non quidem in iudicio, vt Accursius ad legem præcedentem notabat, cùm id fieri non possit, & semper supponendi sint termini habiles *l. tutor pupilli 15. §. 1. infr.* sed extra iudicium, vt & *in l. seq.* Nec habet iustam conquerendi causam is qui seruo alieno iusiurandum detulit. Sibi enim debet imputare, cur vltro detulerit, cùm non cogeretur, sciretque aut scire deberet futurum, vt ex eo serui iureiurando exceptio domino acquireretur, & quidem inuito, vt & cætera omnia quæ per seruum acquiruntur extra causam hereditatis *l. etiam 32. inf. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante. 62. de verb. oblig. iunct. l. qui in aliena. de acquir. hered.* præsertim cùm neque ex accidenti sperare aliquod commodum ex delatione possit is, qui seruo iusiurandum defert, quia seruus etiamsi iurare nolit, referre tamen non potest, non magis quàm deferre, *l prox. inf.* secundum Florentinam lectionem. Verbum enim *referendi* etiam deferendi significationem continet sicut & verbum *reddendi* dandi quoque significationem habere dicitur *l. verbum reddendi 94. de verbor. signific.* Ergo quod à Paulo scriptum est *in d. l. seruus 20. supr.* Iusiurandum quod seruus detulit, vel aduersario deferente præstitit, seruandum esse, si peculij administrationem habuit, non ita accipiendum est, quasi non aliter seruandum sit iusiurandum serui, quàm si iurauerit circa rem peculiarem, cuius liberam habeat administrationem: quomodo intelligere videtur Accursius, sed sic potius vt in rebus peculiaribus, quarum liberam administrationem seruus habet siue iusiurãdum seruus detulerit, siue iurauerit, omnimodo id seruandum sit, in rebus verò non peculiaribus, non æquè seruandum sit quod seruus detulit, seruandum tamen sit quod ipse iurauit, ex ratione quam diximus: & quæ ab Vlpiano hîc adfertur, quæ ad delationem à seruo factam non perinde accommodari potest. Cur ergò inquies, ita Vlpianus hîc loquitur *exceptio domino indulgenda est.* quasi hoc ius sit ex indulgentia magis quàm ex vera meraque iuris ratione? Solet namque indulgentia opponi iuris rigori *l. cùm militi 16. §. 1. infr. de compens.* Et sanè ita est, non quia non sit ex iuris rigore, vt per seruum & actiones & exceptiones domino acquirantur, aut quasi iurare non sit facti magis quàm iuris, eorum autem quæ facti sunt etiam serui sint capaces *l. nec seruum 41. de pecul. l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* Sed quia iusiurandum non tantùm conuentioni, sed etiam iudicij adeóque rei iudicatæ instar obtinet *l. 1. & 2 supr. l. qui iurasse 26. in fin. infr. hoc tit.* Vnde est, quod qui non compelluntur in aliquo loco iudicium accipere, nec in eo iurare compellendi sunt *d. l. tutor §. vlt.* Cui consequens est, vt nec alius ex iuris ratione ad iurandum admitti debeat, quàm cum quo possit etiam iudicium consistere, vt lex etiam sequens innuit. Indulgẽtia igitur domino necessaria est, ne iuris ratio sola eum damno adficiat vt *in l. 3. de separat.* in ea re in qua nullum damnum sentire videatur, is qui detulit. quippe quod non nisi ex culpa & voluntate sua sentiat *l. quod quis 203. de regu. iur.*

24. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

MVlto magis proderit patri religio filij, cum quo etiam iudicium consistere potest. Ipsi autem referentes, conditionem eorum, quibus subiecti sunt, non faciunt deteriorem.

Ad l. Multo magis 24.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad legem præcedentem, vt in plerisque solet eadem ratio esse filiifamilias & serui, quod & in proposito contingit. Nisi quod cùm iusiurandum seruo defertur etiam extra iudicium, seruatur ex indulgentia iusiurandum serui, vt diximus *ad l. praced.* Nimirum quia iudicium cum seruo non potest consistere *l. cum seruo 107. de reg. iur. l. 3. §. si seruus infr. de pecul.* at cum filiofamilias potest *l. tam ex contractibus 57. iunct. l. si longius 18. §. 1. supr. de iudic. d. l. 3. § idem scribit de pecul. l. filiusfamilias 49 de oblig. & action.* Ideoque dicendum est seruari iusiurandum filiifamilias, & ex eo acquiri domino exceptionem, non ex indulgentia, sed ex mero iuris rigore. Idque est quod Paulus hîc scribit, multo magis prodesse debere patri religionem filij, quia cum filiofamilias etiam iudicium consistere potest, vt nulla hîc opus sit indulgentia. Quod autem in hac lege sequitur filiumfamilias & seruum referentes iusiurandum, quomodo scriptum est in *Pand. Florent.* aut, vt vulgata editio habet *deferentes* [parum enim interest cùm deferat etiam is qui refert, vt proximè diximus ex *l. verbum reddendi 94. de verb signific.*] condicionem eorum quibus subiecti sunt non facere deteriorem, ostendit manifestè legem hanc loqui de rebus non peculiaribus, sicut & præcedentem cui hæc coniungitur. Falsum enim esset, non posse filiumfamilias aut

seruum deferre iusiurandum de rebus peculiaribus, quarum liberam habent administrationem *l. seruus quod detulit 20. sup.* Nam & in huiusmodi rebus deteriorem facere possunt patris vel domini condicionem, in aliis causis non possunt *l. nec filius 7. C. hoc tit. l. seruus 5 l. filius 23. C. de pact. l. si qui heres 1[?]. §. vlt. inf. de acq. hered. iunct. l. qui in aliena 6. in princip. eod. tit. l. melior 131. de regul. iur.*

25. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

SEd & si seruus meus, delato, vel relato ei iureiurando, iurarit rem domini esse, vel ei dari oportere, puto dandam mihi actionem, vel pacti exceptionem, propter religionem, & conuentionem.

Ad l. sed & si seruus 25.

RAT. DVB. Quod contra rationem iuris constitutum vel receptum est, benignè & ex indulgentia non facilè producendum est ad consequentias *l. quod verò 14. supr. de legib. l. qui negotia 34. infr. mandat.* Atqui contra rationem iuris & ex mera indulgentia receptum est, vt ex serui iureiurando etiam in rebus non peculiaribus exceptio acquiratur domino, vt diximus ad duas leges proximè precedentes, ergo non tam facilè illud quoque indulgendum est, vt ex eiusmodi iureiurando serui acquiratur domino etiam actio. Difficilius enim acquiruntur actiones quàm exceptiones, & retentiones *l. 1. infra de pignor. l. si in area 33. inf. de condict. ind.* Et quod dici solet, ei cui damus actionem, multo magis dandam esse exceptionem, *l. inuitus 156. § cui damus de regul. iur. l. 1 §. si autem de superfic.* ostendit satis non posse bonam esse consecutionem, vt cui datur exceptio, æquè ac tam facilè danda sit actio. DEC. Vbi eadem ratio vrget, siue iuris, siue æquitatis, ibi ius idem constitutum esse *vulg. l. illud 32. supra ad leg. Aquil. l. 3. §. vide etiam inf. de iniust. rupt.* etiam in iis quandoque, quæ iure singulari siue constituta siue recepta sunt, *l. singularia 15. supr. tit. prox. l. non possunt 11. & seq. supr. de legib.* id est, non tam contra quàm præter rationem iuris, quale hoc est, de quo agimus. Quod enim domino indulgemus, vt ex iureiurando extraiudiciali serui detur ei exceptio, non pugnat omnino cum iuris ratione, quia iusiurandum & iudicium reuera differunt, sed ob id duntaxat videtur non esse recipiendum summo iure, quod iusiurandum iudicij instar obtineat. Cæterùm quæ ratio & æquitas facit, vt domino per seruum iurantem quæri possit exceptio, eadem facere debet, vt si seruus iurauerit rem esse domini, vel domino dari oportere, danda sit actio domino, vindicatio quidem priore casu si possideat is, qui iusiurandum detulit contrà quàm ponit Accursius, condictio autem posteriore, quomodo daretur exceptio, si posset illa sufficere, nec actione dominus indigeret. Idque *propter religionem & conuentionem* vt addit Vlpianus, quia nimirum tractat de iureiurando conuentionali non iudiciali, vt diximus. Omni namque casu sibi debet imputare is, qui seruo iusiurandum detulit, nec habet quod de alio, quàm de se conqueratur *l. si seruus 23. supr.* Simile quodammodo est, quod iudicati tempus, quod ex indulgentia, nec tam contra, quàm præter iuris rationem, condemnatis indulgetur *l. cùm militi 16. §. 1. infr. de compensat.* porrigitur etiam ad eos qui in iure confessi sunt, tanquam ad casum similem *l. certum 6. §. vlt. infr. de confess.* Nempe quia confessus in iure pro iudicato est, qui sua quodammodo sententia damnatur *l. 1. eod. tit.*

26. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

QVi iurasse dicitur: nihil refert, cuius sexus, ætatisve sit. omni enim modo custodiri debet iusiurandum aduersus eum, qui contentus eo, cùm deferret, fuit. quamuis pupillus non videatur peierare, quia sciens fallere non videatur.

Ad l. Qui iurasse 26.

RAT. DVB. Ei demum iusiurandum deferri potest, qui si velit etiam possit peierare. Cur enim defertur iusiurandum, nisi vt metu peierandi malit aut iusiurandum referre, aut succumbere, quàm iurare *l. quæ sub condicione 8. infr. de condic. instit. l. illud 25. §. 1 infr. de constit. pecun.* Alioqui esset stultissimus, qui iurare ex aduersarij delatione nollet, atque ita vincere, si certus esset se non posse peierare. Atqui pupillus peierare non potest, quia is solus peierat qui sciens fallit, vt sæpius iam diximus ex verere illa iurisiurandi formula cuius inter cetera verba hec solemnia fuere *si sciens fallo*, pupillus autem sciens fallere non potest, qui in ea ætate illa etiam quæ videt ignorare creditur *l. 1. C. de fals. monet. l. vlt. infr. de iur. & fact. ignor. l. pupillus 9. de acquir. hered. l. impuberem 22. infr. de leg. Cornel. de fals.* nec multùm status eius à furiosi condicione distat *l. Fulcinius 7. §. planè interdum infr. quib. ex caus. in possess. eat.* Et quamuis aliàs distingui soleat in pupillo, an sit proximus pubertati, & doli capax nécne, id tamen ad ea pertinet, quæ non magnam machinationem exigunt, vt scriptum est in *l. quid enim 14. & in l. praced. supr. de dolo.* Quid autem maiorem exigit machinationem quàm periurium, & animus peierandi [nec enim sine animo peierandi periurium fit] quo id agit qui iurat, vt prætextu religionis non tantùm aduersario illudat sed ipsi etiam Deo? Ergo pupillus quia peierare non potest, nec iurare posse credendus est. Potest quidem pupillus, vt & maior quilibet falsum iurare, sed non falsò, & fallendi animo ac peierandi, aduerbia autem illa sunt, non adiectiua, quæ in hominum actionibus moralibus maximè attendenda sunt, cùm in bonis quoque non tam inspiciendum sit, an rem per se bonam quis fecerit, quàm vtrum benè. DEC. Ei qui semel voluit non fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. inf.*

de aqua & aqua pluu. arcend. Qui autem pupillo iusiurandum detulit, semel eo contentus fuit, vt pupillus iuraret. Non ergo pupilli iusiurandum impugnare postea potest ea sola ratione, quòd pupillus peierare non possit, quia nec posset conqueri si pupillus peierasset, sibique debet imputare, cur vltro iusiurandum pupillo detulerit, sicut & qui impuberem procuratorem constituit ad tractanda sua negotia *l. 3. §. vlt. supr. de minor.* Atque ita hic locus accipi debet, non quomodo ab Accursio, Bartolo & aliis accipitur, vt pupillus in eo distinguatur à maiore, quod cùm maior falsum iurans periurus præsumatur statim atque apparet de contrario ex *l. aliàs 18. supr.* pupillus tamen non ęquè, quia non nouit fallere & verum semper iurasse videatur, vt ait Accursius, aut vt Bartolus, quia præsumendus sit oblitus etiam facti proprij, & quòd tempore iuramenti non recordetur, non enim ad præsumptionem vllam Paulus respicit nec negat falsum esse posse, quod pupillus iurauit: nec denique ait maiorem præsumptionem esse pro pupillo, quàm pro maiore, quòd verum iurauerit, sed absolutè ait non videri pupillum peierare, his verbis *quamuis pupillus non videatur peierare* quo verbo *videatur* non præsumptionem aut fictionem significat, sed veritatem, vt intelligamus, posse quidem pupillum, vt & alium quemlibet peierare materialiter, vt ita explicem, id est, iurare falsum, sed non formaliter, id est, animo peierandi, quia sciens & volens non potest fallere, quamuis hîc quoque Paulus repetat verbum *videatur* postremis illis verbis *quia sciens fallere non videatur.* æquè veritatis non præsumptionis alicuius exprimendæ gratia: periurus namque ille est, vt iam diximus, non qui falsum iurat, sed qui sciens ac prudens & animo fallendi: nec aliud est in maiore, nisi quòd cùm peierare possit, peierandi quoque animum habuisse credendus est, quoties falsum iurasse conuincitur *d. l. aliàs.* At quoniam animus ille peierandi plerumque latet in maiore [nam in pupillo latere ideo non potest, quia nec esse potest] inde fortassis factum fuit, vt periurium impunitum sit apud homines, qui non ex pręsumptionibus, sed ex certissimis probationibus infligere pœnas debent *l. vltim. Cod. de probat.* at non apud Deum quem latere nihil potest. Meritò igitur Paulus hic concludit, nihil referre cuius sit ętatis ille cui iusiurandum defertur. Omnimodo enim custodiri iusiurandum debere aduersus illum, qui contentus eo fuit. Pupillum sanè oportet eius esse ætatis, vt iurare possit vt *in l. vlt. §. vlt. de liberal. caus.* id est, quomodo Bart. explicat vt fari possit. Nam in eum qui fari nondum possit, hæc quæstio ne cadere quidem potest: notandus verò casus ille est *d. §. vlt.* in quo potest etiam pupillus iurare, etiam ad se obligandum, id est, propter operas incontinenti, post manumissionem promissas patrono, qui non aliter fuerat manumissurus: regulariter enim contra est *Auth. sacramenta puberum Cod. si aduers. vendit.* Quod autem addit Paulus nihil etiam referre cuius sit sexus, id est, an masculus sit an mulier, rationem dubitandi repetit ex vetere iure, quo erant olim mulieres omnes in perpetua tutela propter infirmitatem, & imbecillitatem consilij, vt nec satis iudicij habere videantur ad iurisiurandi sanctitatem, & religionem ponderandam arcendúmque periculum periurij. Qua etiam de causa fœminis succurri solet, faciliùs quàm masculis, si quid fortè per imprudentiam fecerint, aut per errorem siue iuris siue facti, si fortè de aliquo damno periclitentur *l. error facti 8. & l seq. infra de iur. & fact. ignor.* Vnde & Senatusconsultum Velleianum pro fœminis introductum fuit *l. 1. l. 2. §. verba itaque & pass. infra ad Senatusconsultum Velleian.* Sed ratio decidendi eadem est, quæ in pupillo, quod sibi debeat imputare, qui iusiurandum mulieri detulit vt in *l. si seruus 18. supra hoc tit.* contentúsque esse debeat eo, quod semel voluit *ex reg. cap. quod semel placuit de regul. iur. in 6.* Differentia tamen inter pupillum & mulierem euidens hæc est, quod pupillus peierare non potest, vt diximus, mulier verò potest, quia & sciens fallere potest, adeò vt nec passim Senatusconsulto Velleiano subuentum sit mulieribus, sed iis duntaxat quæ deceptæ sint, non quæ deceperint *d. l. 2. §. sed ita demùm l. si mulier 23. l. si decipiendi 30. infra ad SC. Velleian. l. 5. l. fœminis 18. Cod. eod. l. in eo 110. §. vlt. de regul. iur.* Denique cùm mulierem non benè per omnia minoribus comparentur *l. vlt. in princip. infra. eod. ill. tit. ad SC. Velleian.* multo minùs pupillis æquiparandæ sunt.

1 ¶Si pater, filium dare non oportere iurauerit: Cassius respondit, & patri, & filio dandam exceptionem iurisiurandi.

Ad §. 1. Si pater filium.

RAT. DVB. Pater paciscendo filio, quem in sua potestate habet nullam ei exceptionem potest acquirere *l. & heredi 21. §. nos autem supr. de pact.* Non enim sicuti placuit per filiumfamilias patri acquiri posse *l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. infra si à parent. quis manu. sit.* Ita & vicissim filiofamilias per patrem acquiri potest non magis quàm per aliam quamlibet liberam personam *l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir.* Sed si pater filio suo quem in potestate habet, aliquid pactus sit, aut stipulatus, scilicet quod iuris sit non facti, sibi non filio stipulatus pactúsve intelligitur *l. quod dicitur patrem 130. de verb. obligat.* Nisi hactenus vt ipsi quoque filio solui possit, si non obligationis, sed solutionis causa stipulationi adiectus sit *l. eum qui 56. §. qui sibi eod. tit.* Idque adeò verum est, vt nec si postea filius cui pater pactus aut stipulatus fuit, heres patri extiterit, conualescat tamen conuentio, quæ ab initio fuit inutilis *l. si tibi 17. §. si pactus sim*, vbi diximus *supra de pact.* Præterquàm si pater filio tanquam futuro suo heredi pactus esse proponatur, quo casu etiam directa exceptio per patrem acquisita filio intelligitur, sed tanquam hereditaria, & patri ipsi primùm acquisita, vt in *l. tale pactum 40. §. 1. eod. tit. l. pater 23. iunct. l. si ita conuenerit 9. infra de pact. dotal. l. quodcunque 45. §. si quis ita de verb. oblig.* Extra hunc casum non magis directa, aut exceptio, aut actio acquiri filio potest, si ei tanquam filio pater pactus aut stipulatus sit, quàm si quasi extraneo, licèt de vtili possit dubitari ex *d. l. si ita conuenerit & ex d. §. si quis ita.* Ergo neque iurando pater pro filio potest ei exceptionem vllam acquirere, cùm iusiurandum habeat vim pacti, stipulationis, & conuentionis *§. prox. infr.* DEC. Cùm pater

actione de peculio conuenitur ex contractu filij, eadem causa est patris conueniendi quæ filij, scilicet obligatio filij, quę si nulla esset, nec pater de peculio conueniri posset *l. 1. si quis cum filiofamilias 44. infra de pecul.* Est enim obligatio patris velut accessoria quæ ad principalem filij obligationem accedit, cum illa adiectione de peculio, est enim tantum nota illa & adiectio ad principalem filij obligationem *§. præterea Instit. Quod cum eo qui in alien. potest.* Ergo si pater conuentus actione de peculio iuret filium nihil debere, deferente iusiurandum eo qui se dicit creditorem, acquiretur exceptio non tantùm vtilis, sed etiam directa patri, nec minùs filio, quia vnica obligatio est, quæ sublata esse nequit respectu patris quin sit etiam respectu filij, licèt in singulorum patris & filij persona separatim consistat, quasi propria cuiusque, vt de correorum debendi obligatione solemus dicere *l. 3. §. 1. l. eandem 9. §. vlt. infra de duob. reis*, aut in reo principali & fideiussore *l. si testamento 49. §. vlt. de fideiuss. iunct. l. si fideiussor 19. supr.* De dolo, quamuis non ignorem patrem obligatum de peculio ex contractu filij, neque pro correo debendi, neque pro fideiussore accipiendum esse. Est enim proprium quoddam ius obligationis & actionis de peculio. Itaque cùm ex patris iureiurando acquiritur exceptio filio, non tam acquiri alteri per liberam personam intelligitur, quàm aliquid ex ordine fieri, vt Paulus loquitur *in l. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. possid.* id est, per necessarias iuris consequentias, quæ cum iuris ratione pugnare nunquam possunt. Et sanè cùm Paulus hic ex Cassio scribat, si pater filium dare non oportere iurauerit, & patri & filio dandam esse exceptionem iurisiurandi, absurdum esset, ita hoc intelligere, vt in patris quidem persona esset directa exceptio, in persona verò filij vtilis. Cùm debeat eiusdem clausulæ par fieri, & vniformis determinatio ex *vulg. l. iam hoc iure 4. de vulg. & pupill. substit.* longéque facilius sit, vt ex patris iureiurando acquiratur filio exceptio directa quàm actio ex stipulatione patris, de qua *in d. l. si ita conuenerit 9. & l. pater 23. de pact. dotal. & in d. l. quodcunque 45. §. si quis ita de verb. oblig.* Secundum ea quæ disputauimus ad *l. prox. supr.* Sed tamen vt ex iureiurando patris acquiri filio possit exceptio, patrem iurasse oportet, de obligatione filij, ex qua proficiscitur actio, quæ datur contra patrem de peculio, perinde atque contra filium ipsum in solidum, non de sua iurare, debet non se nihil debere, sed filium nihil debere. Nam nec fieri potest vt pater non debeat, vsque ad finem peculij quod filius in solidum debet, nisi eo solo casu quo nihil sit in peculio, de quo dicemus *ad §. prox. seq.*

2 ¶ Si pater iurauerit, in peculio nihil esse: filius conueniri poterit: sed & pater ita conuenietur, vt post adquisiti peculij ratio habeatur.

Ad §. 2. Si pater iurauerit.

RAT. DVB. Vna tantùm ex contractu filij obligatio est, quę datur contra filiumfamilias insolidum & contra patrem de peculio, vt proximè diximus ex *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* Ergo cùm pater iurat, nihil esse in peculio, sicut seipsum liberat ab actione de peculio, ita & filium hactenus saltem, vt acquirat ei exceptionem, aut directam, aut vtilem, per quam fiat, ne vtiliter & efficaciter conueniatur, sicuti eueniret in duobus reis *d. l. 3. §. 1. infr. de duob. reis.* DEC. Multùm interest, an pater iuret super obligatione filij, an super actione de peculio: priore casu id obtinet, quod scriptum est in *§. praeced.* vt ex iureiurando patris acquiratur exceptio, & quidem directa, non minùs filio quàm patri, quia cùm iusiurandum pro veritate habeatur, non minùs quàm res iudicata: non potest verum esse, quantum ad patrem, nihil filium debere, quin idipsum verum sit, etiam quantum ad filium, nec proinde acquiri, ex eo iureiurando directa exceptio patri, quin acquiratur etiam filio. At posteriore casu cùm pater deferente creditore, iurat tantùm super actione de peculio, id est, nihil esse in peculio, apparet eo iureiurando nihil exprimi de obligatione filij & ideo saluam & integram eam remanere, vt perinde possit filius conueniri in solidum, acsi pater nihil iurasset. Nam cùm patris obligatio de peculio non nisi accessoria sit ad obligationem filij, non potest bona esse consecutio, vt quia peculium nullum sit, ideoque nec pater de peculio teneri possit nulla quoque sit obligatio filij: non enim sicuti sublata principali obligatione accessoria tollitur, ita è contrario sublata obligatione accessoria principalis quoque sublata videri potest. In eoque apparet quantum distet obligatio patris & filij ab obligatione correorum debendi, quæ ita est vna, vt quamuis in singulorum personis, propria cuiusque consistat *d. l. eandémque § vlt infr. de duobus reis d. l. si testamento 49. §. vltim. de fideiuss.* in omnium tamen persona sit æquè principalis *l. 3. §. 1. de duobus reis l. rem hereditariam 65. de euict.* Planè quamuis iurauerit pater nihil esse in peculio, adhuc tamen de peculio conueniri poterit, non vt si quid in peculio fuerit, eo tempore quo iuratum est, præstari adhuc id debeat, obstat enim hac parte exceptio iurisiurandi, sed vt peculij post iusiurandum præstitum acquisiti ratio habeatur. Nec enim peculium illud est, de quo iuratum fuit, cùm à die præstiti iurisiurandi acquisitum sit, & quamuis tempore litis contestatæ nullum sit peculium, actio tamen de peculio tenet, dummodo tempore rei iudicandæ peculium aliquod inueniatur *l. quæsitum 30. infra de pecul.* Et hæc ratio decidendi est ad hunc §. Tenetur ergo creditor probare, acquisitum fuisse peculium post præstitum iusiurandum, ne obstet ei exceptio iurisiurandi, nec audiendus est, si patrem velit interrogare, an peculium illud acquisitum sit, post præstitum iusiurandum, aut quod effectu idem est, à quo tempore acquisitum fuerit, vt ex eius ore & confessione probationem extorqueat Habet enim hęc interrogatio tacitam quandam aut potius implicitam periurij ex probationem, aut saltem suspicionem. Et cogendus nemo est ad interrogationem suam respondere, si ex sua responsione possit in captionem aliquam incidere *l. & quia 6. §. 1. supr. de interrog. in iur. faciend.* Multo minus cogendus erit, si de suo crimine interrogetur. Et hoc est, quod aiunt pragmatici criminosæ positioni respondere neminem cogi posse, vt hîc noster notat Accursius. Nihil enim refert, an in specie huius §. interrogetur pater, vtrùm peculium quod nunc est, fuerit acquisitum ex die præstiti iurisiurandi,

randi,

randi, quàm vtrum fuerit periurus, qui iurauit eo tempore præstiti iurisiurandi nihil in peculio fuisse. Illud ergo probandum etiam est quod addit Accursius, non sufficere, vt creditor probet aliquod nunc esse peculium, si non etiam probet posteà fuisse acquisitum: etsi enim satis videtur probatum, hoc ipso quo probatur aliquod nunc esse peculium, quandoquidem pater iurauit nullum anteà fuisse nec periurij præsumptio, aut suspicio facilè capienda est, vt neque alterius delicti *l. merito 51. infra Pro socio*: Hæc tamen præsumptio si sufficeret, non equidem argueret iurantem de mendacio, & periurio, sed tamen iurisiurandi fructum, & emolumentum patri aufferret quod nunquam ferendum est, nec si falso iuratum sit, dum ne appareat manifestè de periurio, de quo nec quæri facilè potest *l. 1. & vlt. C. hoc tit. l. vlt. inf. tit. prox. iunct. l. si duo 13. versic. multum tamen supra hoc tit* Prodest igitur ea præsumptio ad absolutionem, vt ait Bartolus, sed non ad condemnationem.

2 ¶ Iurisiurandi condicio ex numero esse potest videri nouandi, delegandíve quia proficiscitur ex conuentione: quamuis habeat & instar iudicij [a].

Ad §. vlt. Iurisiurandi.

RAT. DVB. Neque nouatio neque delegatio, quæ nouationis species quædam est, fit nisi per stipulationem *§. præterea Instit. quib. mod. tollit. oblig. l. 1. & pass. inf. de nouat.* Atqui in iureiurando nulla interuenit stipulatio. Ergo neque nouationis, neque delegationis instar, aut vim habere potest iurisiurandi condicio. DIC. Stipulatio dicta est à stipulo, quod veteres dicebant pro firmo, quia firmandorum aliorum contractuum gratia sit introducta, vt Iustinianus scribit *in Tit. de verb. oblig.* Cùm autem iusiurandum defertur, conuentio quædam inter deferentem, & eum cui defertur, iniri intelligitur, vt qui defert iusiurandum velit condemnari, aut succumbere sub condicione illa, si aduersarius iurauerit, vt hîc tractat Bart. ex *l. depositis. §. si filiusfamilias infr. de pecul.* Quid autem magis firmare hanc conuentionem potest, quàm si Deus ipse in testem adhibeatur? Habet ergo iusiurandum vim, & instar stipulationis, nec tantum stipulationis, sed etiam nouationis & delegationis, quoniam habet vim contestationis, *l. nam postea quàm 9. §. si is qui temporali supr. hoc tit.* Per contestationem verò fit, non tantùm nouatio quædam, sed etiam delegatio *l. delegare 11. § 1. infr. de nouat. & delegat. iunct. l. aliam 29. eod. tit.* sicut & per rem iudicatam *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Iusiurandum autem etiam rei iudicatæ vim obtinet *l. 1. & 2. supr.* Et verò sicuti ex nouatione & delegatione noua nascitur actio, *d. l. 1. & pass. de nouat.* scilicet cùm posterior obligatio tenet, non tantùm naturaliter vt in *d. l. 1. in fin.* sed etiam ciuiliter, *l. 1. § cautionales de prætor. stipul.* ita & ex iureiurando nascitur in factum actio, quæ antea non competebat *l. actori 8. Cod. hoc tit.* Et quemadmodum ex delegatione alij incipit teneri debitor, quàm cui antea debebat, ita & ex iureiurando, si quis iurauerit sibi deberi, quod antea non ipsi, sed alij debebatur, vt Accursius explicat. Sed tamen subiicit, in plerisque differre iusiurandum à nouatione, & delegatione, in eo præsertim ex parte actoris, quod per nouationem tollitur omnino prima obligatio & in sequentem transfunditur *dict. l. 1. dict. § præterea.* Iureiurando autem præstito non eo magis prima actio tollitur, sed iusiurãdum conseruatur, data vel actione vel exceptione *l. eum qui 30. in princip. infra hoc tit.* Sed hoc ego non probo. Implicat enim contradictionem vt per iusiurandum fiat nouatio, & delegatio, nec tamen prior actio perimatur *dict. l. 1. de nouat.* Longèque alia est sententia *dict. l. eum qui infr.* vt ibi dicemus. Quod autem addit idem Accursius, ex parte rei iusiurandum esse per omnia simile nouationi, quòd per iusiurandum sicut per nouationem naturalis obligatio tollatur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infra de solut.* verissimum sanè est: sicuti enim constat naturalem obligationem iureiurando tolli *l. vltim. infra hoc tit.* Ita & ciuilis quoque tollitur ipso iure, vt & actio quæ ex ea nascitur, quomodo per nouationem aliam quamlibet tolleretur, licèt Prætor det etiam exceptionem *l. nam postea quàm 9. §. 1. supra l. in duobus 28. §. vltim infra* Habet ergo iusiurandum effectus omnes nouationis, & delegationis adeoque acceptilationis *l. acceptilat. infra hoc tit.* quia proficiscitur ex conuentione, vt lex ait, vt intelligamus esse hanc nouationem voluntariam, ideóque tanto potentiorem *l. aliam 29. infra de nouat.* & consequenter tolli per eam non tantùm obligationem naturalem, sed etiam ciuilem, contra quàm sentiat Accurs. hoc loco & ad *l. tutor 35. §. 1. infr.* Quis enim vnquam dixit per acceptilationem non tolli ciuilem quoque obligationem?

a *Quamuis habeat & instar iudicij.* RAT. DVB. Conuentio & iudicium toto genere differunt, quia conuentio non fit nisi à volente, cùm nihil aliud sit quàm duorum pluriúmue in eandem rem placitum & consensus *l. 1. § 1. supr. de pact.* Iudicium autem redditur in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verborum obligationibus.* Ergo si iusiurandum speciem quandam nouationis & delegationis contineat, vt proximè dictum est fieri nequit, vt habeat etiam instar iudicij, non magis, quàm vt à volente, & non volente deferatur aut præstetur, quæ contradictoria sunt. DIC. Iusiurandum habet vim contestationis *l. nam postea quàm 9. § si is qui temporali supr. hoc tit.* Contestationem verò subsequitur necessario iudicium, vnde est, quod in libris nostris tempus litis contestatæ, & tempus accepti aut accipiendi iudicij, pro eodem accipiuntur *l. 2. §. quæsitum infra de priuat. delict.* Item iusiurandum habet vim rei iudicatæ *l. 1. & 2. supr.* Res autem iudicata præsupponit iudicium, cui scilicet finem imponit *l. 1. infra de re iudic.* Merito igitur iusiurandum etiam iudicij instar obtinere dicitur, *l. tutor 35. §. 1. & vlt. infra hoc tit.* Et sanè quamuis inuitus, nemo iusiurandum deferat vt neque inuitus quisquam agit *tot. tit. Cod. vt nemo inuit. ager. vel accus. cog.* is tamen cui delatum est, iurare inuitus quoque cogitur, nisi malit aut referre aut succumbere, *l. iusiurandum & ad pecunias 34. & l. manifestæ 38. infr. hoc tit.*

27. GAIVS libro 5. ad Edictum Prouinciale.

IVsiurandum etiam loco solutionis cedit.

Ad l. Iusiurandum etiam 27.

RAT DVB. Solutio non fit nisi per numerationem pecuniæ debitæ, & per traditionem realem alterius rei quæ debetur. ideoque dicitur esse facti *l. consilio 7. §. vlt. de curat. furios.* & probanda est ab eo per quem allegatur *l. 1. C. de probat.* Atqui in iureiurando nihil tale interuenit: Præstatur enim adhibitis dumtaxat certis verbis solemnibus, vt diximus in superioribus, & *ad legem prox. praeced. in princip.* Ergo nihil simile habet iusiurandum cum solutione. DEC. Alterius rei loco cedere dicitur id tantùm, quod diuersum est ab eo in cuius locum cedit, nec enim potest vna eadémq; persona in sui ipsius locū cedere, quamuis in personis aliquando contingat, vt vna eadémque persona in sui ipsius locum succedere dicatur *l. creditor 12. §. Papinianus, aliàs l. si prior infr. Qui potior in pignor. hab.* Ergo cùm dicimus, quod in hac lege scriptum est, Iusiurandum solutionis loco cedere, hoc ipso fatemur iusiurandum non esse solutionem, sed hoc tantùm significamus, Iusiurandi eandem vim & potestatem esse, quæ est solutionis, nimirum ad inducendam liberationem, qui præcipuus effectus est solutionis. Nam quemadmodum qui soluit, liberatur, ita vt conueniri amplius non possit: ita & qui iurauit aduersario deferente, nihil se debere, tametsi verè debuerit, & sicuti per solutionē tollitur omnis obligatio & ciuilis & naturalis *Instit. quib. mod. tollit. oblig. in princ. & tot. tit. de solut. d. &c.* ita & per iusiurandum non solùm naturalis obligatio tollitur, ita vt non possit impedire soluti repetitionem *l. vlt. infr. hoc tit. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* sed etiam ciuilis, & quidem ipso iure vt cōtra Accursium disputauimus ad *§. vlt. legis praecedentis*, non minus quàm per solemnem acceptilationem, cuius etiam loco iusiurandū cedere dicitur *in l. antep. infr.* Nā & acceptilatio solutio est quamuis imaginaria *§. 1. Inst. quibus mod. tollit. oblig. l. pen. infr. de solut.* quamuis non eo minus iusiurandum perpetuam pariat exceptionem aduersus ciuilem obligationem, si quando de facto, vt loquuntur, magis quàm de iure agat quis post iusiurandum *d. l. antep. infr.* aut si dubitetur an iusiurandum præstitum sit vt in *l. nam posteaquàm 9. in princip. & §. 1. supr. & pass. hoc tit.* Nihil autem interest, quantum ad effectum rei attinet, an ipso iure nullam quis actionem habeat, an verò talem habeat quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil interest 112. de regul. iur.* præsertim cùm exceptio perpetua est *l. qui exceptionem 40. infr. de condict. indeb.* qualis est exceptio iurisiurandi *d. l. antepen. inf.* non minùs quàm doli aut rei iudicatæ, quia rei cohæret *l. 1. l. exceptiones 7. §. 1. inf. de except.* Et certè solutio sola naturalis modus est tollendæ obligationis, cæteri omnes ciuiles sunt & fictitij & imaginarij, vt acceptilatio, nouatio, delegatio, iusiurādum, aut si quis pro alio iudicium accipiat, aut si quis debitori vel creditori suo heres existat, *§. 1. Instit. quib. mod. tollit. obligat. l. solutione 23. infr. de solut. d. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio & l pen. eod. tit. l. debitori 50. infr. de fideiuss.* Iusiurandum igitur quia perinde parit iuranti liberationem, rectè dicitur cedere loco solutionis, vt Caius hîc scribit, hoc est, succedere in locum solutionis, quomodo Paulus loquitur *in l. prox. §. 1. infr.* cùm habeat eundem effectum & quidem veræ. Solutio tamen vera non est, sed ficta, vt Bartolus ait, hoc est, ciuilis & imaginaria, sicut & acceptilatio, & alienatio litis defensio & confusio quę per aditionem hereditatis contingit, sic dicimus clausulam constituti esse modum quendam fictitium transferendæ possessionis, & tamen per eam transferri veram possessionem *l. quod meo 18. inf. de acquir. poss.*

28. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

IN duobus reis stipulandi, ab altero delatum iusiurandum etiam alteri nocebit.

Ad l. In duobus 28.

RAT. DVB. Iusiurandum vnius alteri neque prodesse debet, neque nocere *l. quia non debet 10. supr. hoc tit.* Sicuti nec generaliter factum vnius alteri prodest aut nocet, nisi socij sint *l. si vnus 27. in princip. sup. de pact. l. si duo 5. supr. si quis caution.* vbi in duobus reis debendi hoc ipsum disertè scriptum est, si duo sint rei stipulandi & vni debitor iudicio se sisti cum pœna promiserit, non aliter exceptionem aduersus alterum dandam esse, quàm si socij sint, ne prosit ei dolus propter societatem. Atque ita concludit Accursius ex *d. l. si duo*, quod à Paulo hîc contra scriptum est, ab altero ex duobus reis stipulandi delatum, iusiurandum etiam alteri nocere, ita intelligi debere, si socij sint, eodémque modo accipiendum esse, quod in duobus reis promittendi scriptum est *in §. ex duobus infr.* ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniæ, si alter iurauerit, alteri quoque prodesse id debere sc. si sint socij, non aliter. DEC. Correorum stipulandi ea condicio est, vt vni ex iis soli tantùm debeatur, quantum omnibus simul, i. totū quoniam vna ea que indiuidua obligatio est, non minus in correis stipulandi quàm in correis debendi *l. 2. & 3. §. 1. inf. de duob. reis.* Proinde possunt singuli solidum petere, & adeò melior est condicio occupantis, vt ab eo tempore alteri solui non possit, quod ab altero iam petitum est *d. l. 2. & 3. §. 1. l. ex duobus reis stipulandi 16. eod. l. si rem 31. §. si duo infr. de nouat.* vt & in specie licèt diuersa *l. si Titius 9. inf. de verb. oblig.* vbi ait Pomponius *finem dandi alteri fore quando* [sic enim legendum est non quoad] *iudicium accipietur.* Atqui iusiurandum habet vim litis contestatæ, vt diximus iam sæpius *ex l. nam posteaquàm 9. §. si is qui temporali supr. hoc tit.* Iusiurandum igitur ab altero ex correis stipulandi delatum alteri nocere debet, cui æquè contestatio correi noceret, tametsi non essent socij *l. fideicommissa 11. §. plerumque in fi. inf. delegat. 3.* Et ita benè sentit Bartolus contra Accursium, à cæteris quoque omnibus interpretibus meritò hac in re reprehensum, cùm nec ipse ignorauerit quod alij ei obiiciunt iusiurandum esse loco litis contestatæ, vt ex ipsius glossa ad hunc locum apparet: debuítque ideo respondere *ad dict. l. si duo* quod respondet Bartolus, & quod idem ipse

Accursius

Accursius ad *d. l. si vnus in princip.* Non agi iis locis de facto aliquo, quod habeat vim contestationis, vt neque in *l. si duo 4.* vbi diximus *supr. de recept. qui arbitr. recep.* quomodo habet iusiurandum. Neque hoc casu obtinet quod scriptum est in *d. l. quia non debet 10. supr. hoc tit.* vt ibi diximus. An autem in correis promittendi quorum alter deferente aduersario iurauerit nihil se debere, idem iuris indistinctè admittendum sit, vt alteri correo prodesse iusiurandum debeat, etiamsi socij non sint, paullò alia & diuersa quæstio est de qua dicemus ad *d. §. ex duob. infr. hac lege.*

1 ¶ Quòd reus iurauit, etiam fideiussori proficit. Item à fideiussore exactum iusiurandum, prodesse etiam reo [a] Cassius & Iulianus aiunt. nam quia in locum solutionis succedit, hoc quoque eodem loco habendum est: si modò ideo interpositum est iusiurandum, vt de ipso contracto & de re, non persona iurantis ageretur.

Ad §. 1. Quòd reus.

RAT. DVB. Iusiurandum inter alios præstitum aliis prodesse non magis potest quàm nocere *l. nam postea quàm 9. §. vlt. & l. seq. supr. hoc tit. & tot. tit. C. inter alios act. aliis non nocere.* Atquin alia est persona rei, alia fideiussoris, neque enim posset quis pro seipso fideiubere, nõ magis quàm apud aliquẽ & pro eodem se obligare *l. heres. à debitore 21. §. quòd si stipulator l. Granius 71. infr. De fideiuss.* Nõ ergo potest aut debet iusiurandum rei prodesse fideiussori. DEC. Fideiussoris obligatio est accessoria ad principalem obligationem debitoris, nec proinde sublata ea potest consistere *l. nihil dolo 109. §. 1. l. cùm principalis 178. De regul. iur. l. fideiussor 19. supr. De dolo.* Et tum quoque cùm non tollitur principalis obligatio, nisi per exceptionem, eadem tamen exceptio fideiussori accommodanda est, si modò rei cohæreat non personæ debitoris, cuiusmodi sũt exceptiones pacti, doli, rei iudicatæ & iurisiurãdi *l. exceptiones 7. infr. De except.* Quia neque conuentio rei neque exceptio ei cõpetens quicquam ipsi prodesset, si nõ etiam prodesset fideiussori, quippe qui cõtra reũ habiturus esset regressum actione mãdati, si non ipse quoque eodem modo liberaretur, nisi aut in rem suam aut donandi animo fideiussisset, vt proinde non magis intersit fideiussoris, quàm ipsius debitoris, fideiussorem liberari *l. & heredi. 21. §. vlt. cum trib. seqq. supr. De pact. l. si quis reum 5. infr. De liber. legat. l. cùm tex. 46. infr. De fideiuss.* quoniam τῇ δυνάμει id est vi ipsa ac potestate à reo petitur, quod ab eius fideiussore petitur *l. aduersus 29. supr. De recept. Qui arbitr. recep.* Itaq. quãuis iusiurãdũ nõ aliã vim haberet, quã pacti aut rei iudicatæ prodesse tamen deberet fideiussori, cui exceptiones illæ & pacti & rei iudicatæ prodessẽt *d. l. exceptiones d. l. & heredi § vlt. & seqq.* Idẽ scriptũ est *in l. vlt. §. vlt. infr.*

a *A fideiussore exactum iusiurandum prodesse etiam reo.* RAT. DVB. Iusiurãdum habet vim pacti *l qui iurasse 26. §. vlt. supr. l. tutor pupilli 35. §. 1. infr. hoc tit.* Itémque rei iudicatæ *l. 1. & 2. supr.* Atqui neque pactum fideiussoris prodest reo, nisi cũ vi ipsa fideiussor pro reo habẽdus est, vt cùm in rẽ suã intercessit, *l. fideiussoris 23. & seqq. supr. De pact.* neq. sentẽtia lata pro fideiussore prodest reo *l. aduersus 29. in fin. supr. De recept. Qui arbitr. recep.* Ergo neque iusiurandũ fideiussoris prodesse reo debet. DEC. Nõ tãtùm pacti, & rei iudicatæ vim habet Iusiurãdũ, sed etiã solutionis loco cedit, vt scriptũ est *in l. prox praced.* Atqui si fideiussor soluisset debitum, nemo dubitat quin ea solutione reus quoque liberaretur. Ergo & reo iusiurãdũ hoc fideiussoris prodesse debet, vt perinde liberetur saltem per exceptionẽ, acsi ipse iurasset. Sed hoc ita, inquit Paulus hic ex Cassio & Iuliano, si ita est interpositũ iusiurãdũ, vt de ipso cõtractu, & de re, nõ de psona sola iurãtis ageretur. Nã si fideiussor iurasset se nõ fideiussisse, nõ idcirco debitor quasi solutionis potestate liberaretur, sed persona tantùm fideiussoris ab obligatione eximeretur *l. 1. § si fideiussor infr. quar. rer. act. non det. l. vlt. §. si fideiussor infr. hoc tit.* Neque enim pactum ipsius rei quoq. prodest fideiussori, cũ est conceptum in personam non in rem *l. nisi hoc actum 22. supr. De pact.* In dubio tamen præsumendũ est, iuratum esse de contractu ipso, & de re nõ de persona *l. vlt. vers. si autem infr. l. exceptiones 7. §. 1. infr. De except.* cùm solutionis locum obtineat, vt benè hîc Accursius. An ergo huic fideiussori qui iurauit danda erit cõtra reũ actio mãdati, quæ daretur si verè soluisset? Ita videtur *arg. l. inter causas 26. §. si is qui infr. mandat.* Sed tamẽ contra putat Accursius, & rectè, quia nihil hoc casu abest fideiussori, vt eius pecuniariè interesse videatur, non magis quàm si creditor ei donasset vt in *l. si vero non remunerandi 12. in princip. eod. tit.* Parum enim abest ab eo qui donare rẽ velit ac perdere, ille qui aduersario iusiurandum defert, vt cùm in causa propria testem & iudicem constituat *l. 1. infr quar. rer. act. non det.* maximè si alias probationes habeat, quib. intentionem suam comprobare possit. Et quod dicimus iusiurandum hoc fideiussoris cedere loco solutionis, verum est quantum ad creditorem, qui iusiurandum detulit, sed non quantum ad debitorem, vt possit fideiussor qui iurauit ei obiicere se soluisse, vt Accursius quoque docet. Ficta enim solutio est non vera, vt suprà diximus. Sicuti nec in omnibus bona est comparatio rei iudicatæ, & iurisiurandi. Nam si sententia absolutoria lata sit, pro fideiussore solo, præsumendum erit ita latam eam fuisse, non tam quasi contractum non sit, quàm quia non fuerit probatum fideiussorem intercessisse, vt tractat Bart. ex *l. Iulianus verum debitorem 64. infr. de condict. indeb. l. si inter 15. de except. rei iudic. l. Diui fratres 27. §. 1. de liber. caus.* Vnde est, inquit, quòd sententia non tollit naturalem obligationem *d. l. Iulianus*, quam tamen iusiurandum tollit, *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut. & d. l. vlt. infr. hoc tit.* quia ex conuentione proficiscitur & solutionis loco cedit *l. qui iurasse 26. §. vlt. & l. seq. supr.* Plus dicit Bartolus, nec malè meo iudicio, etiamsi sententia absolutoria pro fideiussore lata sit, super re ipsa, quasi non fuerit contractum, non tamen prodesse reo eam debere *d. l. aduersus 29. in fin. supr. de recept. qui arbitr. recep.* Non enim habet vim solutionis sicut iusiurandum, quamuis aliquo casu contingat, vt sententia absolutoria inter alios lata alij prosit, per consequentiam necessariam, cui tamen condemnatoria non noceret, vt in eleganti illa specie de qua in *l. denunciasse 17. §. vlt. & l. adulter 19. §. si eo tempore infr. ad leg. Iul. de adult.* Maior ergo etiam hoc casu potestas est iurisiurandi, quàm rei iudicatæ.

2 ¶ Si ei, qui debitorem meum in iudicium exhibere promisit, iusiurandum detulerim: ísque iurauerit, se omnino exhibitionem eius non promisisse, prodesse debitori meo id non debet, si verò iurauerit, se nihil mihi præstare oportere, distinguendum sit, & replicatione emendandum, vtrùm ideo iurauerit, an quia post promissionem exhibuerit, an verò quia soluerit. quod & in fideiussorem debiti distinguendum est.

Ad §. 2. Si ei qui debitorem.

Hic §. est de fideiussore Iudicio sisti, in eóque differt à superiore qui est de fideiussore debiti. Prima verò pars huius §. quæ habet, si ei qui debitorem meum in iudicio exhibere promiserat, iusiurandum detulerim, ísque iurauerit se omnino eius exhibitionem non promisisse, prodesse id debitori meo non debere, vix vllam recipere potest dubitandi rationem. Alia enim hoc casu non tantùm persona, sed etiam obligatio est debitoris, alia fideiussoris, & præterea de alia re. Debitor enim eius pecuniæ debitor est, quæ ab eo petitur, & cuius nomine conuenitur. Fideiussor verò non nisi exhibitionis quam promisit. Quomodo igitur posset iusiurandum fideiussoris prodesse debitori, cùm nihil aliud iurauit fideiussor, nisi quòd debitoris exhibitionem omnino non promiserit, hoc est, nullomodo: nec enim dubitari potest hoc casu, quin fideiussor de persona sua duntaxat iurauerit & de propria sua obligatione, non de re aliqua, quæ fuerit ei cum debitore communis. Diximus autem in §. præcedente quoties fideiussor de se tantùm iurat, non de re ipsa, & de contractu, etiamsi debiti sit fideiussor, nihil tamen iusiurandum hoc debitori posse proficere. Sed quod sequitur, si iurauerit fideiussor nihil se mihi præstare oportere, distinguendum esse, & replicatione emendandum, vtrum ideo iurauerit se nihil præstare mihi oportere, quia debitorem iam semel post promissionem exhibuerit: quandoquidem prima exhibitione satisfecit obligationi, nec sæpius eundem exhibere cogendus est, nisi sæpiùs promiserit, an verò, quia soluerit omne id, quod interesse potuit creditoris ob non exhibitum debitorem: hoc verò aliquam potest recipere dubitationem, cùm in dubio præsumendus sit, is qui iurauit, se nihil mihi præstare oportere, omnem causam in iusiurandum deduxisse, quia generaliter & indistinctè iurauit, quomodo solemus dicere fideiussorem, qui simpliciter interuenit pro aliquo, in omnem causam fideiussisse videri *l. quaro 54. infr. locat.* Sed decidendi ratio est, quia non propter eũ, qui iurauit distinctio hæc adhibetur, quasi vno casu conueniri adhuc possit, alio non possit, sed propter debitorem vt sciatur an ei prodesse debeat, fideiussoris iusiurandũ nécne. Effectus siquidẽ huius iurisiurandi pẽdet ex causa, an scilicet iurauerit fideiussor, ideo se nihil mihi præstare oportere, quia post promissionẽ suã exhibuerit, an verò quia iã soluerit id omne quod potuit creditoris, eiusdẽq. stipulatoris ex ea causa interesse. Nam si iusiurandum suum priore modo explicet, apparebit nihil eum iurasse de iure debitoris, sed de suo tantùm, ideoque nec iusiurandum ipsius prodesse reo debere. Si verò posteriore modo, apparebit è contrario non minùs de debitoris, quàm de fideiussoris iure iuratum esse, ac per consequentiam prodesse id iusiurandum etiam debitori oportere. Nam cùm stipulatio Iudicio sisti committatur, ad id omne quod interest stipulatoris statum non esse debitorem *l. quoties quis alium 81. De verb. obligat.* exemplo Prætoriarum stipulationum omnium, quæ dantur ad id quod interest, aut quod hac parte effectu idem est, quanti res est *l. vlt. De prætor. stipulat.* constat nihil posse iam interesse creditoris, propter quod permitti ei debeat, agere contra debitorem, qui iudicio defuit si iam à fideiussore, quicquid eo nomine sua interesset, fuerit consecutus. Nemo enim admittendus est, siue ad agendum, siue ad excipiendum, nisi cuius interest *l. 3. §. 1. De verb. oblig.* cùm actiones sicut & obligationes non ad aliud comparatæ sint, quàm vt sibi vnusquisque acquirat, quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri eod. tit. l. nihil aliud 51. De oblig. & action.* Et tum quoque, cùm ei, cuius ex postfacto desiit interesse, actio pristina stricto iure competit, doli tamen exceptioni subsidiariæ locus esse debet, quod improbus sit is, qui bis idem consequi velit, licet ab alio atque alio *l. si quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. De re iudicat.* Cùm ergo iurauit fideiussor nihil se debere, quia soluerit quicquid ex commissa stipulatione soluere debuit, meritò etiam debitori exceptionem iurisiurandi accommodamus, nec ad exceptionem doli quæ subsidiaria est, confugimus, cùm alia specialior competit ex iureiurando quamuis alieno. Et cùm in formula, quæ post litem contestatam & iusiurandum à fideiussore in iure præstitum creditori dictatur à Prætore aduersus debitorem ponenda sit exceptio, nisi iuratum sit nihil ex hac causa creditori præstari oportere, prudenter faciet creditor, si ab eodem Prætore petat formulam hanc, quasi nimis generalem, & captiosam vt in *l. cum Aquiliana 5. supr. De transact.* emendari, addita ad creditoris postulationem replicatione, si non de sola exhibitione iuratum sit non etiam de solutione eius, quod interesse poterat creditoris. A quo autem emendari debebit hæc formula, nisi ab ipso Prætore qui eam dictauit, & in formula exceptionem pro debitore ob fideiussoris iusiurandum quasi super re ipsa præstitum apposuit? Quo autem postulante? nisi creditore ipso formulam aduersus debitorem impetrante, vt quod à fideiussore ob ipsius iusiurandum consequi amplius non potest à debitore ipso consequatur. Ob eam igitur causam fideiussor qui iurauit, licet iam tutus & liberatus sit, saltem per exceptionem, quam omnimodo ex suo iureiurando habiturus est, si conueniatur, euocandus tamen erit non iam ad Prætorem sed ad iudicem datum & pedaneum vt adsit iudicio, quod inter creditorem & debitorem exercebitur non quasi litigaturus iterum, cùm Prætor suum ei iusiurandum conseruare ac tueri debeat *l. eum qui 30. in princip. infr.* Sed tanquam iurisiurandi sui causam etiam sine iureiurãdo declaraturus, vt quod nũc adfirmabit animi sui fuisse hoc ipsum

ipsum iam tum cùm iurauit ab eo dictum iuratúmque esse intelligatur *argum. leg. heredes palam 21. §.1.* in illis verbis *nihil enim nunc dat, sed datum significat infr. qui testam. facer poss. leg. si donatæ 36. §. sponsus de donat. int. vir. & vxor.* Neque enim putandum est ita faciendam hanc declarationem vt ex integro iuretur. Et ita locus hic alioquin obscurior quàm vulgo existimetur, explicandus est, non quomodo à Bartolo, qui suauiter existimat emendationem hanc fieri debere à Iureconsulto ipso sic distinguente, aut à iudice coram quo lis agitatur: quod vtrumque ridiculum est: illud certè non malè notat, quòd hîc scriptum est in fideiussore, ad iudicium etiam inter alios dictatum euocando, vt iurisiurandi sui causam apertiùs patefaciat, etiam in teste locum habere posse, vt si quid in testimonio ferendo dixerit obscurius, euocari possit, & debeat ad iudicem vt testationem suam declaret apertiùs, *ex §. pen. Nouell. de testib.* Sed addere debuit, fieri hoc debere mero iudicis officio, non ad requisitionem alterutrius litigantium, ne alioqui corruptioni & subornationi testis fenestra facilè aperiatur. Eóque iure vtimur, vt in Codice nostro scripsimus *sub Tit. de testib. defin. 2.* Sic & confessio quæ fit in iure certa esse debet: & si quis incertum confessus sit, vrgendus est vt certum confiteatur *l. certum 6. §. 1. infr. de confess.*

a *Quod & in fideiussore debiti distinguendum est.* RAT. DVB. Longè alia ratio est in fideiussore debiti. Alia verò in eo qui fideiussit debitorem iudicio sisti. Nam in fideiussore debiti communis causa est fideiussoris & debitoris, quoniam vnum duntaxat vtriusque debitum est, licet duplex obligatio sit, vna principalis, altera accessoria. At in fideiussore iudicio sisti, aliud est quod reus debet, aliud quod fideiussor debet. Rei obligatio dandi est, aut esse potest, si fortè speciem aliquam debeat, aut quantitatem: fideiussoris verò est faciendi *dict. l. quoties 81. de verb. oblig.* Non enim debet idipsum quod à reo debetur, siue in dando, siue etiam in faciendo consistat, sed hoc tantùm vt reum iudicio sistat vel sisti curet. Proinde multo facilius est, vt iusiurandum à debiti fideiussore præstitum prosit debitori, quàm quod à fideiussore iudicio sisti præstatur, nec tot distinctionibus opus esse videtur: sed hac tantùm quam in §. præcedente adhibuimus. An fideiussor super sua persona tantùm an etiam super ipsa re & contractu iurauerit. Non ergo debuit Paulus addere, in vtroque fideiussore eandem distinctionem adhibendam esse, cùm vbi diuersa ratio est, diuersum quoque ius constituendum sit, sicut è contrario idem ius vbi eadem ratio est *vulg. l. illud 32. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt.* DEC. Fieri potest, vt fideiussor debiti iurauerit generaliter se nihil debere, neque satis apertè expresserit, an ideo iurauerit se nihil debere, quia nunquam fideiusserit, an quia soluerit, quo casu eadem non tantùm ratio æquitatis, sed etiam necessitas facit, vt impetrata per creditorem contra reum formula, cum illa exceptione, nisi iuratum sit nihil deberi, emendanda sit formula per replicationem addendam fauore creditoris, *si non iuratum sit à fideiussore de persona tantùm sua non de ipsa re & contractu.* In eámque rem euocandus ad iudicem fideiussor, qui iurisiurandi sui causam distinctiùs aperiat, ne dubitari ampliùs possit, an de re fideiussor iurauerit, & de contractu, vel solutione, an non nisi de persona sua. Sic enim apertum fiet, an reo prodesse debeat iusiurandum fideiussoris, an non: priore casu proderit, at posteriore non proderit. Et hic adiectionis huius sensus est.

3 ¶ Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniæ alter iurauit, alteri quoque prodesse debebit.

Ad §. 3. Ex duobus.

RAT. DVB. & DECID. ad hunc §. eadem est, quæ ad initium huius legis: nec enim valde interest, an de correis stipulandi tractemus, an de correis debendi, cùm omnibus commune illud sit, vt omnium vna tantùm sit obligatio, sed actiua vno casu, passiua altero *l. 2. & l. 3. §. 1. infr. de duob. reis.* Differentia tantùm in eo est, quod initio huius legis tractatur de iurisiurandi delatione facta ab vno ex correis stipulandi, & quæritur an vnius delatio noceat alteri, ad quam quæstionem respondetur indistinctè nocere, quia iusiurandum vim contestationis obtinet, vt ibi diximus. Hîc verò tractatur de iureiurando, ab vno ex pluribus correis debendi ex creditoris delatione præstito, & quæritur an alij qui non iurauit prosit, quasi consorti & participi eiusdem obligationis, an non prosit tanquam res inter alios acta, & respondetur prodesse, quod etsi indistinctè Paulus scribat, intelligendum tamen est, cum aliqua distinctione, non quidem illa quam adfert Accursius, an socij sint néc ne ex *leg. si is qui duos 29. infr. de liberat. legat. iunct. leg. si duo 34. supr. de recept. Qui arbitr recep. leg. si vnus 27. in princip. supr. de pact.* & quæ à nobis refutata est ad initium huius legis, sed illa quam tradit Bartolus ad hunc locum, An correus debendi de sua tantùm persona iurauerit ad eximendam eam ab obligatione, quod aliquando fit *leg. Granius 71. infr. de fideiuss.* quia licèt maximè parem vnámque obligationem suscipiant, in cuiusque tamen persona consistit propria singulorum obligatio *leg. eandem 9. §. vltim. infr. de duob. reis.* An verò iurauerit de ipsa correorum obligatione & de contractu, quomodo distinximus in fideiussore in §. 1. huius legis. Hoc enim posteriore casu id obtinet indistinctè, quod Paulus respondet iusiurandum vnius ex correis prodesse alteri, hoc est, siue sint socij siue non *leg. fideicommissa 11. §. plerunque in fin. delegat. 3.* Priore verò casu non prodest correo, sed iuranti soli vt eius persona ab obligatione eximatur, alter verò remaneat obligatus: sed hoc ita si non sint socij. Nam cùm socij sunt, non potest vnus ab obligatione eximi, quin alter eximatur: alioqui nihil prodesset pro parte ei, qui iurasset quòd exemptus esset, si correus qui non iurauit in solidum ex natura obligationis correorum debendi conueniretur, cùm posteà societatis iudicio partem debiti ab eo esset repetiturus. Planè pro parte quæ contingit alium correum, qui non iurauit, dubitandum non est, quin maneat obligatus vtiliter & efficaciter, ac sine vlla exceptione, cùm pro ea parte nullum contra correum qui iurauit habere regressum possit *d. l. Granius.* Quid ergo, si vnus ex correis debẽdi iusiurandũ detulerit aduersario, isq; iurauerit? an alteri nocebit ea delatio, quẽadmodũ delatio facta ab vno ex correis stipulãdi facta nocet alteri, hac ipsa lege in princip.? & respõdet

Bartolus, non nocere sicuti nec sententia contra vnum ex correis lata alteri noceret. Et rectè ex *l. vlt. in fin. Cod. de fideiuss.* Noceret tamen quantum ad interrumpendam præscriptionem & perpetuandam actionem, vt idem ille benè subiicit ex *l. vlt. C. de duob. reis.* ratio diuersitatis hac parte inter correos stipulãdi & debendi, quam non adfert Bartolus, ex eo petenda est, quod correus stipulando qui iusiurandum defert, occupat actionẽ, eámq; totam sibi propriam facit, perinde ac si litem cõtestaretur: Correus verò debendi qui iusiurandum defert, nõ ideo transfert in se totã obligationem passiuam, multo minùs actionem, quam occupare nec debitoris est sed creditoris.

4 ¶ Exceptio iurisiurandi, non tantùm si ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit, iusiurandum, opponi debet, sed etiam, si alia: si modo eadem quæstio in hoc iudicium deducatur: fortè si ob actionem mandati negotiorum gestorum, societatis, cæteràsque similes iusiurandum exactum sit, deinde ex iisdem causis certum condicatur, quia per alteram actionem altera quoque consumitur.

Ad §. 4. Exceptio.

Rat. dub. Exceptio iurisiurandi æquiparatur exceptioni rei iudicatæ, cùm iusiurandum vim habeat rei iudicatæ *l. 1. & 2. supr.* Atqui exceptio rei iudicatæ non habet locum, nisi cùm eadem res in posterius iudicium deducitur *l. cùm quæritur 12. & seqq. infr. de except. rei iudic.* Alia autem actio, alia res est, cùm actiones omnes inter se non minùs specie, & effectu, quàm nomine, ac numero sint distinctæ. Ergo quoties noua actio proponitur, & alia quàm super qua iuratum est, iurisiurandi exceptio nocere non debet vt in *l. si actor 36. infr. hoc tit.* Dec. Iuratur super quæstione facti, non super quæstione iuris. Ex facto autem ius oritur, nec quicquam vetat, ex eodem facto plures oriri actiones, & specie, & effectu quoque differentes, sed quæ tamen eandem facti quæstionem habent pro causa. Eandem enim causam petendi facit, non tam ipsa petitio, quã origo petitionis, tùm quoq. cùm de exceptione rei iudicatæ quæritur *l. si mater 11. §. eandem causam infr. de except. rei iudic.* Origo autem petitionis & actionis non alia esse potest, quàm factum ipsum, ex quo ius petendi nascitur. Cùm ergo quæritur an iurisiurandi exceptio locum habere debeat, non tam inspiciendum est, an alia actio sit, quæ nunc proponitur, quàm vtrum eadem sit quæstio facti, super qua iam fuerit iuratum. Nam decisa semel per iusiurandum quæstione facti, hoc ipso acquisita videri debet, iurisiurandi exceptio, aduersus omnes actiones, quæ ex eodem facto proficiscuntur. Alioqui non conseruaretur iuranti suum iusiurandum, & iurisiurandi effectus, si quod in vna actione iuratum est, & habendum iam pro vero, iterum iurandum esset in alia, tanquam adhuc dubium. Suum autem cuique iusiurandum conseruare ac tueri prætor debet *leg. eam qui 30. infr.* Nec aliud circa exceptionem rei iudicatæ obseruatur, vt diximus, quoties eadem agendi causa est inter easdem partes, eadémque causa vincendi, licèt per aliam speciem actionis: causa namque vincendi tota ex facto pendet, quod tale esse oportet, vt obligationem pariat, quæ possit actionem producere, ex qua sequi etiam possit condemnatio. Proinde si fortè ob actionem mandati, vel negotiorum gestorum aliásve similes iusiurandum exactum sit, deinde ex eisdem causis certum condicatur (potest enim condictio certi ex quacunque causa competere, dummodo certum petatur etiam ex contractu incerto *leg. certi condictio 9. supr. tit. prox.*) alia quidem erit actio alteriúsque naturæ & condicionis, cùm sit hæc stricti iuris vti cæteræ condictiones omnes: aliæ verò bonæ fidei, sed tamen quoniam eadem facti quæstio est, ideóque proposita aliqua ex supradictis actionibus, condictio quoque certi consumitur, dicendum est, exceptionem iurisiurandi quæ opponi posset, si eadem exceptio proponeretur, etiam proposita condictione certi locum habituram: quoniam aliter posito iure de periurio eius qui iurasset quæri aut saltem dubitari oporteret, quod numquam permittendum est, non magis quàm vt veritas impugnetur, cùm iusiurandum pro veritate habeatur *dict. leg. eum qui leg. 5. §. dato iureiurando leg. sed si possessori 11. §. vltim. supr. hoc tit.* Planè aliud est si non tantùm actio, sed etiam agendi causa mutetur vt in *dict. leg. si actor 36. infr. eod. & §. prox. & §. quæ iurauit hac leg.* Factum enim ipsum hoc casu mutari quoque necesse est, ex quo scilicet tota agendi causa, vt diximus, æstimatur, & per consequens aliud factum esse, quod nunc proponitur, quàm super quo iuratum est. Aliud enim factum est, constitutam esse pecuniam de quo iuratum fuerat in specie *dict. leg. si actor.* Aliud verò fuisse creditam, priusquàm constitueretur, de quo non fuerat iuratum. Aliud quoque furtum, quem fecisse. Aliud verò rapinam in *§. prox.* Aliud denique rem aliquam diuortij causa amouisse, aliud autem alienam rem possidere, *dict. §. quæ iurauit.* Qui tamen omnes loci non nisi ex hoc *§.* sed malè applicato, dubitandi rationem recipiunt. Malè tamen Accursius obiicit, quod scriptum est in *leg. sed ex parte 4. §. vltim. infr. quod cum eo qui in alien. potest.* Eum qui de peculio egit cùm posset, quod iussu agere, postea quod iussu agere non posse, nisi deceptus egerit de peculio. Prior enim pars illius sententiæ rationem hanc habet, quia actio quod iussu etiam de peculio actio est, sed cum propria sua nota & adiectione illa, quod iussu, vt constat ex *Instit. in eod. tit. Quod cum eo qui in alien. potest.* sicuti & actio de in rem verso. nascunturque actiones hæ omnes ex contractu serui si originem inspicias, licèt aliud nouúmque factum sit, si quis dicat dominum iussisse; aut etiam in rem domini versum esse. Ideóque non debet permitti ei, qui semel de peculio egit, atque ita totam actionem de peculio consumpsit, vt postea quod iussu vel de in rem verso agat: posterior verò pars rationem illam habet, quod decepti hominis & errantis nulla sit voluntas, nullus consensus, *§. non videntur leg. 116. de regul. iur. leg. si quis per errorem 95. supr. de iurisd.* Cæterùm illo etiam casu quo deceptus creditor elegerit actionem de peculio, & posteà velit agere quod iussu, non puto audiendum eum, sed iurisiurandi

randi exceptione submouendum, si in actione de peculio iurauerit dominus se nihil debere. Cùm eadem sit actio in genere, licèt in qualitate & in effectu differant, cúmque ab eadem origine pendeant eodémque facto, id est à contractu serui, ex quo, tanquam ex eodem fonte, non minùs actio quod iussu nascitur, quàm actio de peculio. Quod autem addit idem Accursius vt respondeat ad *d. §. vltim.* non esse eandem quæstionem, cùm alia actio est, quæ sit alterius effectus, adhuc improbabilius est. Non enim æstimanda est actionis causa ex effectu, sed effectus ex causa, nec quicquam vetat plurium actionum, quæ eandem facti originem habeant, diuersos esse effectus, vt cernere est, in exemplo quod affert Paulus in *hoc §.* de eo, qui post propositam actionem mandati, aut negotiorum gestorum, aut aliam similem bonæ fidei, in qua iuratum sit, proponit cōdictionem certi quæ stricta est. Quis enim nescit actionum bonæ fidei & stricti iuris longè alios effectus esse?

5 ¶ Si quis iurauerit, se non rapuisse, non debet adiuuari hoc iureiurando in actione furti, aut condictione, quia aliud est furtum fecisse, quod vel clam fieri potest.

Ad §. 5. Si quis iurauerit.

RAT. DVB. Iurisiurandi exceptio potest opponi, non tantùm si ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iurisiurandum, sed etiamsi alia si modò eadem quæstio in iudicium deducatur, quomodo scriptum est in *§. præcedente.* Atqui sicut actio furti, & condictio furtiua, æquè nascuntur ex eodem facto, id est, ex furto, vt locus hic probat optimè, ita & actio Vi bonorum raptorum. Quid enim aliud est rapina quàm furtum improbius? aut raptor quàm fur improbior? *l. item si cùm 14. §. qui vim intulit supr. Quod met. caus. l. 2. §. cæterum infr. vi bonor. raptor.* & apud *Iustin. eod. tit. in princip.* Ergo si quis in actione vi bonorum raptorum iurauerit se non rapuisse, quomodo in illa actione si iuretur necessario iurandum est, adiuuari hoc suo iureiurando, debebit etiam in actione furti & condictione ex causa furtiua. DEC. Ex positione generis non statim sequitur positio speciei, sed contrà posita specie, ponitur genus, at remota specie, non remouetur genus, quamuis remoto genere, species quoque remoueatur, quia, vt dicunt Logici, à genere ad speciem valet argumentum negatiuè non affirmatiuè, à specie verò ad genus extra differentias essentiales, affirmatiuè non negatiuè: atqui furtum & rapina se habent tanquam genus & species: rapina species furti est, & quidem improbior, furtum autem est genus. Ergo si quis in actione Vi bonorum raptorum iurauerit, se non rapuisse, non ideo statim consequens est, vt iurasse videatur se furtum non fecisse, quia furtum etiam sine vi, & clam fieri potest: rapina non item. Alia igitur quæstio facti est, an quis rapuerit, alia verò an furtum fecerit, & consequenter ex iis quæ diximus in *§. præcedente* constat exceptionem iurisiurandi in actione Vi bonorum raptorum præstiti, si actio furti vel cōdictionis furtiuæ posteà instituatur neq. prodesse reo debere, neq. actori nocere.

6 ¶ Colonus cum quo propter succisas fortè arbores agebatur ex locato, si iurauerit se non succidisse, siue è lege duodecim tabularum de arboribus succisis, siue è lege Aquilia damni iniuria, siue interdicto *quod vi aut clam*, postea conuenietur: per exceptionem iurisiurandi defendi poterit.

Ad §. 6. Colonus.

RAT. DVB. Alia est actio ex locato, quæ locatori contra colonum datur, ad id quod interest, alia de succisis arboribus, quæ ex lege duodecim tabularum datur ad duplum *l. furtim 7. §. vlt. iunct. l. 1. infr. arbor. furt. cæsar.* Alia denique actio damni iniuriæ, quam lex Aquilia introduxit *d. l. n* Ergo si in vna ex his actionibus iuratum sit, non erit is qui iurauit in aliis actionibus exceptione iurisiurandi defendendus: cùm sit verissimum in aliis actionibus eum non iurasse. DEC. Exceptio iurisiurandi habet locum, etiamsi alia actio instituatur, dummodo eadem sit quæstio facti, super qua iuratum est *§. exceptio. supr.* Quod contingit, quoties plures illæ actiones quamuis alioqui diuersæ inter se, & diuersum habeant effectum, ex eodem tamen facto proficiscuntur. Vt euenit in proposita specie *d. l. 1. & l. cùm ex vno 32. inf. de oblig. & act.* Omnes enim hæ actiones, nec minùs illæ ex locato, quàm duæ cæteræ ex eo immediatè nascuntur, quòd arbores succisæ dicantur *d. l. cùm ex vno. l. si colonus 9. Arbor. furt. cæsar.* Ergo si in vna ex his actionibus iurauerit reus, se non succidisse, si aliis posteà conueniatur, quod summo iure fieri potest, exceptione sui iurisiurandi adiuuandus est, cùm non possit actor in aliis actionibus vincere, quin probet hunc ipsum reum arbores succidisse, contrà quàm à reo iuratum, & iureiurando ipsius probatum sit. Idémque est de interdicto, quod vi aut clam dici potest, quod etiam actionis appellatione continetur *l. actionis 37. de oblig. & action.* At cùm actionibus, ex eodem delicto venientibus, etiam pœnalibus permittatur ita vti, vt tamen vna alteram consumat, vsque ad concurrentem duntaxat quantitatem, quod autem per vnam consecutus actor non est, per aliam quæ sit amplior consequi adhuc possit *d. l. 1. l. pen. arbor. furt. cæsar. l. qui seruum 34. de oblig. & act.* Eleganter quærit Accursius, an si iuratum sit in ea actione, per quam minùs consequi actor potuit, noceat exceptio iurisiurandi, ne per aliam actionem ampliorem consequi adhuc possit quod condemnationi, quam ex priore sperare poterat, defuisset. Sed benè respondet, iurisiurandi exceptionem omnimodo & in totum nocere, in eoque maiorem potestatem esse iurisiurandi, quàm rei iudicatæ, quoniam reus de toto iurasse intelligitur vt & in *l. si duo 13. §. idem Iulianus supr. hoc tit.* quandoquidem & factum ipsum indiuiduum est, & ex eo facto indiuiduo vtraque actio proficiscitur. At res iudicata aliam atque aliam facere potest condemnationem, neque actor vna condemnatione contentus esse cogitur, nisi cùm prior condemnatio satis reū grauauerit, vt habet *d. l. pen.* secundum quam accipi debet quòd scriptum est in *d. l. si colonus*, ne aliæ leges obstent quas attulimus. Iunge *l. vnde quæritur 7.* vbi dicemus *infr. Commod.*

7 ¶ Quæ iurauit, diuortij causa, rem se non amouisse, non debet defendi per exceptionem, si cum ea in rem agatur, &, si contendat suam esse, alio iureiurando opus est. contra, si iurauerit suam esse[a], debet in actione rerum amotarum defendi. & omnino hoc obseruandum est, licèt per aliam actionem eadem quæstio moueatur, vt exceptio iurisiurandi locum habeat.

Ad §. 7. *Quæ iurauit.*

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hunc §. quæ ad §. *exceptio supr.* Nam cùm de iisdem rebus agitur inter easdem partes, & actione rerum amotarum, & rei vindicatione, videbatur exceptionem iurisiurandi in iudicio rerum amotarum præstiti à muliere, quæ diuortij causa res mariti amouisse dicebatur, eidem prodesse debere, si postea rei vindicatione conueniatur. Sed contrà respondet Paulus, alio iureiurando in posteriore vindicationis iudicio esse opus, nempe quoniam alia quæstio est, quæ in iudicio rerum amotarum proponatur, alia quæ in vindicatione, in actione rerum amotarum quæritur, an mulier eas diuortij causa amouerit, at in vindicatione rei quam mulier possidet, maritus verò suam esse contendit, cuius illa sit, an mulieris an mariti. Nascuntur scilicet hæ actiones ex diuersis causis, actio rerum amotarum ex delicto *l. si mulier* 21. §. *hæc actio infr. rer. amot.* Rei autem vindicatio ex præsenti possessione *l. non aliàs* 24. §. *sed si postulatur supr. de iudic.* Cùm ergo mulier conuenta iudicio rerum amotarum iurat se res non amouisse, non ideo tamen iurat res suas esse, ideòque si subinde rei vindicatione conueniatur nouo iureiurando indiget, vt vincat, si modò maritus ei deferre velit, quoniam alia & noua quæstio est *d. §. exceptio.* Sequitur

a *Contrà si iurauerit suam esse.* RAT. DVB. Actio rerum amotarum, & rei vindicatio diuersæ sunt actiones, diuersas habentes causas, & ex alio atque alio facto emanantes. Ergo quemadmodum iusiurandum delatum & præstitum in actione rerum amotarum, neque nocet in rei vindicatione, vt modò diximus: ita & è contrario idem esse debet, si mulier, quæ conuenta iudicio rei vindicationis iurauit rem suam esse, conueniatur postea rerum amotarum. DEC. Iurisiurandi exceptio locum habet, quoties eadem quæstio mouetur, licèt per aliam actionem *dict. §. exceptio supr.* Atqui cùm priùs actum est rei vindicatione, & postea rerum amotarum agitur eadem ipsa quæstio in posteriorem actionem deducitur, quæ deducta fuerat in priorem, non quia in iudicio rerum amotarum quæratur, cuius sint res amotæ, aut an mulier, quæ conuenitur, res amotas possideat (huic enim iudicio locus esse potest, etiamsi res non sint mariti, & nihil ad mulierem peruenerit *l. si concubina* 17. §. *vlt. l. sed etsi* 9. & *l. sequ infr. rer. amot.*) sed quia fieri nequit, vt mulier rerum suarum nomine teneatur actione rerũ amotarum, nõ magis quàm actione furti, nisi in casu *l. si pignore* 22. *infr. de pignor. act.* cùm persona quæ res amouet, reuera furtum faciat *l.* 1. *l. pen. rer. amot.* ac proinde mulier quæ iurauit in iudicio vindicationis rem suam esse, cuius nomine posteà rerum amotarum conueniatur, intelligenda est iurasse quoque, non modò se rem illam non amouisse, nec amouere potuisse, tametsi maximè voluisset, quod longè plus est: at non similiter è contrario mulier quæ iurauit, se non amouisse rem, quæ postmodum per vindicationem petatur, iurasse videri potest rem suam esse. Potest enim fieri vt nec amouerit, nec tamen res eius sit, cùm possit esse mariti, aut alterius cuiuslibet, quomodo ratiocinatur Paulus licèt in dissimili specie *in §. sequent.* Iusiurandum enim negatiuum quale illud est, mulierem res non amouisse, nihil ponit ex quo aliud quicquam inferri possit, in alio iudicio etiam inter easdem partes. At iusiurandum affirmatiuum cuiusmodi hoc est, rem esse mulieris tale est, quale si ea quoque omnia comprehenderet, quæ affirmationi huic sunt consequentia, inter quæ hoc vnum est, vt eius rei nomine mulier quæ rem suam esse iurauit, rerum amotarum iudicio conueniri nunquam possit.

8 ¶ Igitur si quis iurauit, se non esse condemnatum: etiam si ex stipulatu iudicatum solui, ob rem iudicatam, conueniatur, defendetur per exceptionem. Contrà, si cum ex stipulatu[a] iudicatum solui conueniretur: iurauit se dare non oportere: agenti iudicati non vtique obstabit exceptio: potest enim fieri, vt non sit commissa stipulatio, licèt res iudicata sit. nisi ideò iurasset, quòd nec damnatum se esse diceret.

Ad §. 8. *Igitur si quis.*

RAT. DVB. Aliud est conueniri ex stipulatione iudicatum, solui etiam ob rem iudicatam, aliud verò ex iudicato conueniri actione in factum, aut iudicati: potest enim fieri, vt & iudicatum sit, & commissa non sit stipulatio, vt sequitur in fine huius §. Ergo etiamsi quis iurauerit, se non esse condemnatum, si ex stipulatione iudicatum, solui etiam ob rem iudicatam conueniatur, non debet defendi per exceptionem iurisiurandi, sed alio iureiurando indiget, vt vincat, si ei deferatur: quasi noua quæstione in posterius iudicium deducta. DEC. Alia quidem actio est, sed eadem tamen quæstio, quæ in vtramque actionem deducitur, scilicet an is qui conuentus primum fuit ex iudicato, nunc verò conuenitur ex stipulatione iudicatum solui, fuerit condemnatus néc ne. Nam quemadmodum si fuerit condemnatus, potest conueniri & ex iudicato, & prætereà ex stipulatione iudicatum solui ob rem iudicatam, si stipulatio commissa sit: ita si non fuerit condemnatus, neq. ex iudicato conueniri potest, neque ex stipulatione iudicatum solui ob rem iudicatam. Hoc enim addendum est, & meritò additur à Paulo, quia cùm stipulatio iudica-

iudicatum solui dicatur, habere tres clausulas, de re iudicata, de re defendenda, & de dolo malo *l. iudicatum solui 6. ill. tit. Iudic. solui.* Posset fieri vt commissa esset stipulatio ob rem iudicatam, nec tamen ob rem non defensam. Sunt enim separatæ causæ huius stipulationis committendæ, quarum vna commune nihil cum alia habeat *l. cùm quærebatur 13. l. vlt. & pass. eod. tit.* Et consequenter is qui iurasset, se non esse condemnatum, si posteà ex stipulatione Iudicatum solui ob rem non defensam conueniretur, nouo vtique iureiurando indigere, quod & Accursius docet *arg. leg. & an eadem 14. infr. de except. rei iudic.* Tota igitur vtriusque actionis quæstio in eo est, an reus condemnatus fuerit. Proinde qui iurauit se non esse condemnatum, cùm ex iudicato conueniretur, sicut ampliùs conueniri ex iudicato non potest, ita neque ex stipulatione iudicatum solui ob rem iudicatam. Condemnatum enim æquè esse oportet, vt stipulatio iudicatum solui ob rem iudicatam committatur, atque vt ex iudicato agi possit.

a *Contrà si cùm ex stipulatu.* RAT. DVB. Qui iurauit se dare non oportere, videtur iurasse de toto, vt in *l. si duo 13. §. Idem Iulianus supr. hoc tit.* id est de tota causa, ac proinde ex nulla causa dare se oportere. Ergo si quis cùm ex stipulatu iudicatum solui conueniretur, iurauerit se dare non oportere, agenti postea iudicato poterit obiicere exceptionem iurisiurandi. Tractamus siquidem de eo, qui conueniebatur ex stipulatione iudicatum solui ob rem iudicatam, non autem ob rem non defensam, nec ex clausula de dolo malo, vt proinde licèt diuersæ sint actiones, eadem tamen quæstio facti in vtramque quæstionem deduci videatur, id est an res sit iudicata. DEC. Quoties in posteriorem actionem alia quæstio deducitur, certum est, iurisiurandi in priore actione præstiti exceptionem non posse competere *§. exceptio & §. prox. supr.* Atqui alia quæstio est, cum agitur ex iudicato, alia verò, cum agitur ex stipulatione iudicatum solui etiam ob rem iudicatam. Priore casu de hoc tantùm quæritur, an iudicatum sit, posteriore verò, an commissa sit stipulatio. Potest enim fieri, vt res quidem iudicata fuerit, nec tamen commissa dici possit stipulatio, siue quia non sit interposita, siue quòd alius iudicauerit & pronunciauerit, quàm de quo fuerit cogitatum, tempore interpositæ stipulationis, vt benè Accursius explicat ex *l. 3 in princip. & l. penult. infr. iudic. solui.* aut etiam quia stipulationi aliquid desit ex solemnibus, propter quod non satis ritè interposita videatur. Nam quæ non fuit ritè interposita appellatio, committi nunquam potest, nec rursus agi ex stipulatione non commissa *leg. nuda 5. C. de contr. & commit. stipul.* Non igitur bona consecutio est: Iudicatum fuit aduersus reum: Ergo commissa est stipulatio iudicatum solui ex clausula rei iudicatæ, indéque intelligimus diuersam esse quæstionem, quæ in posterius iudicium deducitur, & quidem ita diuersam, vt non pendeat à quæstione prioris iudicij: longè aliter quàm in priore huius §. specie, vbi priùs actum fuerat ex iudicato, quàm ex stipulatione iudicatum solui, iuratumque à reo se non esse condemnatum. Quo admisso illud etiam consequens omnino erat, vt neque commissa esset stipulatio iudicatum solui, ex clausula rei iudicatæ, at non similiter consequens est, vt quia non sit commissa stipulatio, nec iudicatum sit. Qui ergo conuentus ex stipulatione iudicatum solui, iurat se dare non oportere, nihil aliud iurare intelligitur, nisi quòd non sit commissa stipulatio, nisi adiiciat ideò se ita iurare, quòd nec fuerit condemnatus, vt Paulus subiicit. Hoc enim casu idem iuris constituendum erit in posteriore specie, quod in priore, vt iurisiurandi exceptio in vtraque actione opponi possit: quoniam eadem quæstio inciperet in posterius iudicium deduci quæ in prius deducta fuisset. Nec obstat quod obiecimus eum qui iurauit, videri de toto iurasse. Etsi enim non probo, quod respondet Bartolus ita id intelligi debere, vt de toto contractu, id est quod interpositus non fuerit, iurasse videatur, non etiam de tota re, déque toto negotio, vt in §. 1. *huius legis Cum in specie d. §. idem Iulianus* non de contractu, sed de furto, & delicto tractaretur, dico tamen de toto iurare, nihil aliud esse, quàm iurare de tota causa actionis propositæ, vt in aliis quoque actionibus, ex eadem causa dependentibus, idem iusiurandum opponi possit, vt puta, si quis iurauerit se furtum non fecisse, quemadmodum in specie illius §. cùm actione furti conueniretur, neque condictione furtiua conueniri poterit, quippè quæ nõ aliùde quàm ex furto ipso nascatur, videtur enim de toto iurasse, id est de tota causa propositæ actionis, & consequenter etiam quod ad alias omnes actiones, quæ modò eandem causam habeant, non tamen ad alias, quæ diuersam, licèt idem contingant negotium. Aliud enim est iurare de toto negotio, aliud verò de tota propositæ actionis causa, quod satis est. Placet autem valde, quamuis displiceat Bartolo, quod ex hoc §. quidam notant. Fideiussorem iudicatum solui non statim, & rectà conueniri posse, ex sententia, contra reum principalem reddita, sed opus esse nouo processu contra fideiussorem, vt pragmatici loquũtur, vt hoc ipsum sciatur, an commissa sit stipulatio ob rem iudicatam, id est an ob hoc condemnatus sit reus quod stipulatio commissa sit, aut potiùs ob hoc commissa stipulatio quòd fuerit condemnatus, cùm possit fieri, vt non sit commissa stipulatio, quamuis reus fuerit condemnatus. Eóque iure passim vtimur, quicquid dicat Bartolus *ad leg. 1. Iudicat. solui.* aliter quàm obseruetur in fideiussore iudicio sisti. Hic enim rectà, & absque nouo processu condemnatur, vt scripsimus in Codice Fabriano *sub Tit. de Fideiuss.*

b *Nisi ideo iurasset, quòd nec damnatum se esse diceret.* Ergo cùm reus iurauit, se dare non oportere, indiget iusiurandum interpretatione, quanam ex causa se dare non oportere iurauerit. An igitur ad Prætorem, aut ad iudicem euocandus erit, vt iurisiurandi sui causam declaret, eiúsque declarationi stetur? vt in specie *§. si ei qui supr.* Minimè verò. Iuranti enim credi potest, pro alio contra alium vt *in d. §. si ei qui:* at ipsi pro seipso credi graue nimis & periculosum esset. Probare igitur debet, aliter quàm proprio suo testimonio, se iurasse ex ea causa, quæ sibi proficiat, ne alioqui in eius potestate sit iudicium eludere quod redditur in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Neque similis hic est ei qui ambigua intentione vsus est, de quo in *leg. si quis intentione 66. supr. de iudic.* Qui enim iurat se dare non oportere, nihil ambigui pronunciat, sed causam tamen sui iurisiurandi nõ satis clarè & apertè exponit. Eam igitur si alleget postea quandocunque probare debet, atque ita benè hîc Bartolus.

9 ¶ Item Pomponius ait, eum, qui furtum sibi factum alicuius rei iurauit, non statim etiam condictionis causam nancisci.

Ad §. 9. Item Pomponius.

RAT. DUB. Actio furti, & condictio furtiua eandem causam habent, scilicet furtum. Nascuntur enim ambæ ex delicto, id est ex furto *l. si ambo* 10. §. *quoties infr. de compensat.* Ergo qui de furto iurauit in actione furti, credendus est de toto iurasse, id est etiam ratione condictionis furtiuæ, vt scriptum est *in l. si duo* 13. §. *idem Iulianus supr. hoc tit.* DEC. Multum refert an reus conuentus actione furti iurauerit se furtum non fecisse, cuius nomine postea condictione furtiua vrgeatur. An verò actor qui actionem furti proposuit iurauerit furtum à reo factum esse, mox velit ex eadem causa condictionem furtiuam exercere. Priore casu eadem quæstio in vtramque actionem deducta intelligitur, id est an furtum factum sit, quia si factum non sit, tam certum est cessare condictionem furtiuam, quàm actionem furti cùm vtraque ex furto pendeat *l. cessat* 36. *de oblig. & act.* nec alius condictione furtiua teneri possit quàm fur, & heres eius *leg. ex furtiua* 5. *infr. de condict. furt.* At neque fur neque furis heres quisquam intelligi potest, si furtum nullum factum sit. Posteriore autem casu non eadem quæstio in vtrumque iudicium deducitur. Nam in actione furti quæritur duntaxat ex parte illius qui conuenitur, an reus furtum fecerit. Ex parte autem actoris an eius intersit ex honesta causa qualibet *l. cuius interfuit* 10. *infr. de furt.* § *furti. Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* In condictione autem furtiua ex parte quidem rei eadem quæstio est an furtum fecerit. Sed ex parte actoris longè alia, an scilicet eius res sit quæ furto subtracta est. Soli enim domino illa condictio competit *l. 1. §. sed nec* 10. *de condict. furt. l. vlt. supr. Vsufr. quemadm. caueat.* Non est autem bona consecutio, si actor ex eo quod suo iureiurãdo probauit furtum à reo factum esse, probatum quoque velit, rem suam esse cùm causa dominij nihil habeat cum causa furti commune, possitque fieri vt & furtum factum sit, & tamen res furtiua non sit actoris. Plus ergo potest hac parte iusiurandum negatiuum vt absoluatur reus etiam à condictione furtiua per oppositam exceptionem iurisiurandi, quàm iusiurandum affirmatiuum actoris, quòd furtum à reo factum sit, ad acquirendam ei condictionem furtiuam. Non quia plus possit negatio quàm adfirmatio. Aut quia sit reus fauorabilior, quàm actor: quorum prius falsum est vt diximus ad §. *qui iurauit supr.* Posterius verò licèt verum sit, ad rem tamen non pertinet. Sed quia ex parte Rei qui conuenitur sola furti negatio per iusiurandum probata excludit vtramque actionem, & furti, & condictionem furtiuam, quoniam vtriusque actionis causam & fundamentum tollit. At ex parte actoris sola furti positio non sufficit ad inducendam quoque condictionem furtiuam, cùm illud prætereà requiratur vt actor sit dominus. Cùm autem duæ causæ ad vnam eandémque actionem aliamúe rem producendam requirantur, vnam deesse sufficit, vt actio aliaúe res impediatur, at non æquè vnam adesse satis est vt actio nascatur. Denique facilius est impediri aliquid, quàm induci, in cæteris quoque rebus omnibus, etiam naturalibus.

10 ¶ Item cùm ex hac parte iusiurandum & actionem, & exceptionem inducat: si fortè reus extra iudicium actore inferente, iurauerit, se dare non oportere: & actor, reo deferente, dari sibi oportere: vel contrà posterior causa iurisiurandi potior habebitur. nec tamen præiudicium periurio alterius fiet: quia non quæretur, an dare eum oportet, sed an actor iurauerit.

Ad §. vlt. Item cùm ex hac parte.

RAT. DUB. Si actore iusiurandum deferente extra iudicium reus iurauerit se dare non oportere, ex quo iureiurando posset ei exceptio sola competere, actor autem subinde referente reo iurauerit dari sibi oportere, ex quo iureiurando datur actori etiam actio, non potest haberi ratio posterioris iurisiurandi solius quin præiudicium fiat periurio eius qui prior iurauit. Necenim potest vtrumque verum esse, vt reum actori dare & oporteat, & non oporteat, cùm sint ista merè contradictoria. Falsum autem prius iusiurandum nihil aliud sit quàm periurium. Atqui de periurio eius qui iurauit quæri postea non debet *l. 1. & 2. C. hoc tit. l. vlt. infr. tit. prox.* Nec debet iudex eum audire qui te vel tentare velit probationem aliquam quæ vel minimam periurij suspicionem inducat *l. si duo* 13. §. *idem Iulianus in fin. supr. hoc tit.* Nam & cùm vna eadémque persona aliter atque aliter iurauit, dici solet, & verissimum est, standum esse priori iuratæ quasi posterior non possit carere periurij maxima suspicione. Idémque contra est si actor deferente reo iurauerit sibi dari oportere, & eodem actore posteà referente reus iurauerit se dare non oportere. Aut igitur prioris iurisiurandi solius ratio habenda est ne actio vel exceptio ex edicto acquisita ei qui prior iurauit (nam ex hac edicti parte quæ est de iureiurando vt secunda Accursij interpretatio benè explicat, & quomodo loquitur Paulus noster *in l. eum qui* 30. *in princip. infr.* iusiurandum & actionem inducit cùm ab actore præstitum est, & exceptionem cùm à reo *leg. nam posteaquàm* 9. *in princip. & §. 1. supr.*) alterius facto & iureiurando ipsi adimatur, quod semper iniquum esse creditur *l. vlt. supr. de pact. l. Granius* 71. §. *penult. infr. de fideiuss.* Aut neutrius, quasi vno iureiurando aliud destruatur cùm vna tantùm sit veritas nec possit dici, imò nec quæri vter eorum qui iurauerunt, peierauerit. DEC. Posteriora semper derogant prioribus non in iis tantùm, quæ ab vnius eiusdémque personæ voluntate pendent, vt in testamentis omnibúsque cæteris speciebus vltimarum voluntatum *l. 4. de adim. legat. l. si mihi & tibi* 12. §. *vlt. de legat.* Et in constitutionibus Principum *l. vlt. supr. de constit. Princip.* sed in iis etiam quæ à plurium voluntate, dummodò plurium illorum omnium quorum interestè & quibus ex priore voluntate ius quæsitum est, noua voluntas interueniat vt in pactis & contractibus

l. pacta

l. pacta nouissima 12. C. de pact. Atqui pendet ex voluntate illorum inter quos priùs iuratum est, maximè verò eius qui iurauit, vt à priore illo iureiurando resiliatur, & ius quod iuranti quæsitum fuit ei adimatur, non tam alieno facto quàm ipsius proprio, cùm imputare sibi debeat is, qui iurauit ex aduersarij delatione, cur cùm posset ex suo iureiurando vincere *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. vlt. infr.* maluerit iusiurandum referre, & aduersarij iusiurandum suo anteponere. Neque tamen ea res faciet, vt præiudicium aliquod periurio eius fiat, qui prior iurauit. Id est non eo magis pro periurio habendus is erit, quia post præstitum iusiurandum posterius quo iurauit actor sibi dari oportere quod reus se dare non oportere iurauerat, nō quæritur an reum dare oporteat, de quo quæri non posset, quin alteruter periurus inueniretur, maximè verò is, qui prior iurauit, sed an actor iurauerit, vt subtiliter Paulus hîc scribit, non addito etiam eo an verè iurauerit, dummodo ritè, & ex delatione iuratum sit *leg. non erit 5. §. dato iureiurando l. nam posteaquàm 9. in princip. & §. 1. l. sed si possessori 11. § vlt. supr.* Alia ratio est eius qui deferente iudice bis iurauit, & contraria cuius priori depositioni iuratæ standum esse diximus. Non enim est in ipsius voluntate positum vt à priore iureiurando resiliat, quin hoc ipso & periurij & falsi testimonij crimen incurrat, quoniam hoc casu eadem persona est quæ iurat contraria, quod nunquam licet *l. eos 27. §. 1. infr. ad leg. Cornel. de fals.* Bene autem Paulus hîc loquitur de iureiurando voluntario & extra iudicium præstito, quia in iudiciali vix est vt possit hoc contingere, cùm iudex statim atque iuratum est pergere debeat vel ad absolutionem vel ad condemnationem *d. l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. vlt. infr.* Multo minùs vt dubitetur an iuratum sit, qui casus est legis sequentis cùm iudiciale iusiurandū præsentē habeat semper iudicē. Si tamē tā stultus sit is qui iurau t in iudicio, vt malit iusiurandū referre aduersario quàm vrgere sentētiam vel condēnatoriam, vel absolutoriā idem seruare cogetur iudex in iudiciali quoque iureiurando, quod hîc scriptum est in voluntario. Quid enim aliud pronunciare bonus iudex possit, quàm quod videat vtrique litigatorum placere? *l. 1. § inde quæritur infr. de oper. noui nunciat. l. si conuenerit 16. de re iudic.* Sed quod addit Bartolus aliud esse in iureiurando necessario, &, vt vocant, suppletiuo, quod in defectum probationis datur, non possum admittere, non solum, quia iusiurandum tale nullum agnoscit vera Iurisprudentia vt dicemus ad *l. admonendi 31 infr.* Sed etiam quia ratio qua mouetur quod iusiurandum hoc præstetur ad probandum, probatio autem vna tollere possit alteram *ex l. scriptura 14. C. de fid. instrum. d. l. eos qui 27. § 1. infr. ad leg. Cornel. de fals.* æquè locum habet in iureiurando voluntario & iudiciali vt perinde probationis vim obtineat *d. l. sed si possessori 11. §. vlt. leg. eum qui. 30. in princip. infr. hoc tit.* Et quamuis non possit iudex nisi iniustè ius quod litigator sibi iureiurando suo quæsiit, ei adimere vt Bartolus obiicit, nihil tamen vetat hoc fieri, si is cui tale ius acquisitum est, consentiat, quia volenti non fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Ponendum autem necessario est eum qui prior iurauerit, consensisse, vt aduersarius posteriori quoque iuraret, alioqui quæstio de duplici iureiurando incidere nunquam posset.

29. TRYPHONINVS libro 6. Disputationum.

QVod si iuraui, te deferente, non iurasse te, dare tibi oportere. & aduersus vtilem actionem qua hoc quæritur, an iuraueris, tibi dari oportere: opponenda est exceptio iurisiurandi peremptis quæstionem actione comprehensam.

Ad l. Quòd si iuraui 29.

Diuersa est species huius legis ab ea de qua *in §. vlt. legis præcedentis.* Ibi enim iurauerat reus dari se non oportere, actor verò dari sibi oportere aut contrà. Hic verò tractatur de reo qui post iusiurandum ab actore præstitum dari sibi oportere, iurauerit tamen de eo actorem non iurasse. Quæ quæstio vt proximè diximus non in aliud iusiurandum cadit, quàm quod sit voluntarium, cùm de iudiciali non nisi valde impudenter dubitari & quæri possit apud iudicem quo deferente præstitum sit. Ratio autem dubitandi & decidendi ad hunc locum eadem ferè est quæ ad *d. §. vlt. legis superioris.* Nisi quod difficilius videbatur vt in specie huius legis permittendum esset posterius iusiurandum ne alioqui progressus detur in infinitum, vt loquuntur philosophi, aut vt Vlpianus in *l. à diuo Pio 15. §. sed si emptor infr. de re iudic.* longè res abibit si posteaquàm iurasti dari tibi oportere, permittatur mihi iurare te non iurasse. Nam & tu posteà iurare quoque voles me non iurasse quòd non iuraueris. Sed decidendi ratio est, quod non aliter permittitur mihi iurare te non iurasse quàm si tu de eo mihi iusiurandum deferas, vt Triphoninus hîc scribit, ideóque non potest res abire in infinitum nisi qui iurarunt consentiant. Præter id quod credibile est eum qui posterior iurabit aduersarium non iurasse, ita iuraturum testibus adhibitis aut ipso etiam iudice vt dubitari posteà de ipsius iureiurando nullomodo possit. Sed quemadmodum post rem quoque iudicatam dubitari adhuc interdum potest an iudicatum sit, quæ res transactioni locum facit *l. eleganter 23. §. si post rem iudicatam infr. de condict. indeb.* ita & postquàm iuratum est, dubitari non nunquam probabiliter potest an iuratum sit *l. nam posteaquàm 9. in princip. supr.* nec potest videri iusiurandum deferri per calumniam cùm is qui defert prior iurare debeat de calumnia si hoc exigatur *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. qui iusiurandum infr.* quamuis etiamsi per calumniam delatum esset imputare tamen sibi deberet qui delatum accepisset. Ergo aduersus vtilem actionem tuam quæ ex tuo iureiurando tibi competit, & in qua hoc solùm quæritur an iuraueris dari tibi oportere, & aliud præterea nihil *l. non erit 5 §. dato iureiurando supr.* potero ego posterioris mei iusiurandi exceptionem opponere quo perempta est tota quæstio quæ actione tua comprehendebatur, cùm iurauerim te non iurasse. Et ita benè Accursius quoque explicat.

30. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

EVm, qui iurauit, ex ea actione, quæ inficiando crescit [a] aliquid sibi deberi; simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere, Pedius ait. abundè enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate [b] cùm, omissa hac parte edicti, dupli actio integra maneat. & potest dici, hoc iudicio non principalem causam exerceri, sed iusiurandum actoris conseruari.

Ad l. Eum qui 30.

RAT. DVB. Nouatio quæ fit per iusiurandum non tollit ipso iure actionem, quæ anteà competebat siue actor iurauerit siue reus, si interpretibus nostris credimus *ad l. qui iurasse 26. §. vlt. supr.* Et quamuis actio quæ ex iureiurando datur, tolleret priorem, esset tamē subrogata in locum prioris, ac proinde naturam eandem induere deberet *l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* Ergo siue hanc legem intelligas de actione, quæ ex iureiurando actoris nascitur non danda in duplum, quæ secunda Accursij & Bartoli interpretatio est, siue, quæ prima, de actione legis Aquiliæ, quæ contra negantem datur in duplum *l. 4. C. de leg. Aquil. l. inde Neratius 23. §. hac actio supr. eod. ill. tit.* aut depositi ex causa tumultus vel incendij vel naufragij vel ruinæ facti *l. 1. l. de eo 18. infr. depos.* aut legati venerabili alicui loco relicti *§. item mixta Instit. de action.* in quibus actionibus actor suam intentionem ex aduersarij delatione iureiurando suo probauerit, non eo minùs in duplum condemnandus est reus ex natura propositæ actionis quæ eadem manet, & ex qua tandem sequi condemnationem necesse est: cùm non debeat melior esse condicio inficiantis ob id solùm quod actorem ad præstandum vel referendum iusiurandum adegerit, quandoquidem illius etiam qui verè & sanctè iurauit, modestia eo modo aliqualiter oneratur *l. illud 25. § 1. infr. de pecun. constit. l. quæ sub condicione 8. infr. de condic. instit.* Alioqui iusiurandum actoris, quod ei prodesse deberet, noceblt potiùs, si adimat ipsi dupli persecutionem, contra *l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. supr. eod. ill. tit. l. legata inutiliter 19. de adim. legat.* DEC. Imputare sibi debet is, qui in ipsa litis contestatione apud Prætorem negante aduersario, & iusiurandum deferente, maluit iurare sibi deberi ex ea causa ac suo iureiurando potiùs quàm testibus aut aliis probationibus intentionem suam comprobare, eóque facto ex hac parte edicti actionem ex suo illo iureiurando à Prætore postulare potiùs quàm actionem pristinam sibi competentem legis Aquiliæ aut aliam similem aliquam ex supradictis exercere, quæ per inficiationem in duplum crescere potuisset. Nam siue per testes aut aliter intentionem suam probare potuit, parùm prudenter fecit, qui hanc partem edicti & actionem in factum vtilem, quam Prætor ex iureiurando actoris dare solet, eligere maluit, pro actione dupli, quæ post iusiurandum quoque præstitum manebat integra, si à probatione sibi per iusiurandum suum quæsita recedere voluisset, siue probationē aliam nullam habuit, sufficere illi abundè debet quod iurando se exonerauerit necessitate probandi, atque ita victoriam litis sibi comparauerit, quem alioquin succumbere fuisset necesse, & pro duplo, quod sperabat, etiam simplum amittere. Neque verò Prætor cùm dat actionem ex iureiurando apud se præstito, id agit vt principalis causa super qua iuratum est exerceatur, sed tantùm vt iuranti iusiurandum suum conseruetur, id est vt non de alio amplius quærendum sit quàm vtrum fuerit iuratum, non autem an damnum iniuria datum, propter quod legis Aquiliæ actio competere possit, & per inficiationem crescere. Nemo autem dixerit actionem quam Prætor dat ex iureiurando actoris, ex earum numero esse quæ per inficiationem crescunt, nec si per calumniam negetur iuratum esse. Quanto minùs ob id solùm quòd negatum sit damnum iniuria datum fuisse? Benè igitur Paulus hîc ex Pedio scribit, Eum qui iurauit ex ea actione id est ex causa illius actionis quæ inficiando crescit, aliquid sibi deberi, non dupli sed simpli tātùm persecutionem sibi acquirere, sed ita tamen vt non amittat dupli persecutionem si omissa hac parte edicti quæ dat actionem honorariam, malit pristinam eamque ciuilem exercere, quasi non peremptam ea nouatione quæ fit per iusiurandum. Ita putant interpretes, & omittere hanc partem edicti eum quoque, qui iurauit apud Prætorem, si iurisiurandi sui vtilitatem deserat, nulla ex eo vel actione petita, vel exceptione. Quo casu nec illa ex iureiurando vtilitas manere penes eum debet, vt quod iuratum est, haberi debeat pro probato. Nam neque hoc fieri potest nisi tuitione prætoria. Prætor autem non aliter tueri, & conseruare iusiurandum potest quàm si ex eo vel actionem det vel exceptionem *l. duobus 28. §. vlt. iunct. l. nam posteaquàm 9. §. 1. supr.* Mihi tamen aliud iudicium est, quod hîc Paulus scribit de actore omittente hanc partem edicti de eo solo intelligi debere qui iurare recusauit, non de eo qui iurauit, vt posteà probabimus. Quid ergo si actor nullo sibi apud Prætorem in ipsa contestatione delatō iureiurando (nec enim iurare, & ita exonerare se potest nisi condicio deferatur, vt & in specie *l. cùm hereditate 55. de acquir. hered.*) impetrauerit formulam & actionem legis Aquiliæ, in eáque iurauerit deferente aduersario centum sibi deberi ex causa damni iniuria dati. An ideo persecutionem dupli amittet, quam agendo non ex iureiurando sed ex lege Aquilia sibi quæsierat? Non enim dici potest hoc casu, quod lex ait, omissa hac parte edicti manere actionem dupli integram, cùm post eam iam propositam, atque ita consumptam, (ideo enim dicitur alienare, qui rem in iudicium deducit, quoniam actionem consumit, & amittit *§. in popularibus infr. l. ait Prætor 7. §. quid sit autem infr. de iur. delib.* & vt alibi scripsimus, actiones quoque sunt ex earum rerum numero, quæ vsu consumuntur) hanc partem edicti amplexus sit is, qui iurauit, & iusiurandum suum pro plena probatione haberi voluit. Dubitationem facit, quoniam hoc casu actor qui iam de actione legis Aquiliæ impetrauit formulam, neque actione ex iureiurando, neque alia vlla indiget vt extorqueat condemnationem etiam in duplum, quippe quæ sequi potest ex ea ipsa formula tāquam post contestationem & inficiationem apud Prætorem fa-

rem factam impetrata, & iussò pedaneo iudice qui à præscripta sibi formula recedere ne latum quidem vnquem potest condemnare debitorem in duplum. Sed cùm ea formula condicionem suam habeat *si paret damnum iniuria datum esse actori* sicut & cæteræ formulæ omnes condicionem illam habent *si actor plenè suam intentionem probauerit*, dici potest Prætorem de ea probatione sensisse, quæ oneratura esset actorem, eumque probandi necessitate adstringeret, non de illa quam proprio suo iureiurando induceret, vt ab alia quæ alioqui necessaria fuisset, se exoneraret. Ideóque quasi deficiente formulæ condicione non posse iudicem ad dupli condemnationem peruenire, sed ad simpli duntaxat, nec tamen in eam rem indigere noua formula, cùm in duplo simplum contineatur, & satis appareat de intentione actoris, etiam cùm iurauit aduersario deferente, quia probatio hæc licèt priuilegiaria sit, & talis de qua Prætor non cogitauerit, cùm formulam in duplum daret, probatio tamen est, & quidem certissima sed ita, si hoc quoque casu hæc pars edicti imploretur, quæ sola facit vt quod aduersario deferente iuratum est haberi debeat pro probato. Hoc verò cùm accidit, non iam de pristina actione quærendū est quæ dabatur in duplum, & quam hoc ipso quod in formulā deducta est, consumptam esse diximus, nec rursus de formula, cuius cōdicio, si Prætoris mentē inspicias, defecit potiùs quàm extitit. Sed tantùm de cōseruando iureiurādo ex hoc ipso edicto Prætoris, quāuis non apud ipsum Prętorem sed apud iudicē pedaneum iuratū sit, quod tamen non aliter fieri potest quàm si idem iudex, ex cuius authoritate iuratū est, tanquam cui commissa sint omnia, quæ ad causam pertinent (nā statim atque iudex factus est omniū rerum officiū ei incumbit quæcunque in iudicio versantur *l. Aediles 25 §. item sciendum infr de adilit. edict.*) non solùm habeat id quod benè iuratū est pro benè probato, sed etiam ex ea probatione condemnet reum, at eo penitus modo quo condemnaret, si actionem & formulam Prætor ex iureiurando apud se præstito dedisset: Quid enim refert, an apud Prætorem iuratum sit an apud iudicem? Aut an reus actori iusiurandum detulerit in ipsa contestatione coram Prætore in iure, an in iudicio coram Iudice? Nisi fortè imputare volumus actori, cur reus litem contestatus & inficiatus apud Prætorem, iam tùm non detulerit iusiurandum, sed formulam & iudicem expectauerit? quod esset absurdum. Ergo ad simplum duntaxat hoc quoque casu fieri condemnatio debebit, non ad duplum: Nam & hîc ratio illa Pauli locum habet, quòd abundè sufficiat exonerare petitorem probandi necessitate, nec debeat melior eius condicio fieri ob id, quòd in iudicio non in iure iurauerit. Neque ad rem pertinet, quòd ex iureiurando nulla hoc casu nascatur actio. Id enim euenit occasione magis quàm iure vt loquitur *l. 2. infr. de riuis*, id est quia nec necesse est, sufficitque tale iusiurandum esse, ad obligandum iudicem, vt ipsum tueatur, quod aptum sit parere actionem id est, ex quo dari posset actio, si non iam in actione legis Aquiliæ data esset formula ex qua possit iudex prosilire ad condemnationem, quamuis non dupli ex verbis formulæ, sed simpli ex mente Prætoris. Et licèt secunda illa ratio Pauli *cùm omissa hac parte edicti dupli actio integra maneat*, locum habere hoc casu non possit vt diximus, sufficit tamen primam locum habere, itemque tertiam (tres enim adfert rationes vt Accursius noster benè obseruauit) quæ postremis illis verbis continetur: *Et potest dici hoc iudicio non principalem causam exerceri sed iusiurandum actoris conseruari.* Quamquam postrema hæc ratio apertiùs ostendit meo iudicio, non tam hunc casum tractari à Paulo, in quo iuratum sit apud iudicem datum post impetratam legis Aquiliæ actionem & formulam, quàm illum alium de quo priùs diximus, quo iuratum sit apud Prætorem in iure ante impetratam petitamúe legis Aquiliæ actionem, & petitā è contrario actione, quam Prætor hoc edicto pollicetur ex iureiurando, quæ vt dixi non nisi ad simplum datur, numquam verò ad duplum, ne quidem cùm in actionis locum substituitur, quæ posset per inficiationem crescere, quia quod dici solet actionem subrogatam in locum alterius, sapere & induere naturam eius in cuius locum subrogata est ex *l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* ad hunc casum accommodari non potest, non ob id tantùm quòd actiones quæ per inficiationem crescunt, non dantur in duplum ex sui natura primordiali, vt loquuntur interpretes, sed ex causa superuenienti & per accidens propter inficiationem, sed etiam quia actio ex iureiurando quæ substituitur à Prætore in locum alterius, singularis est, & priuilegiaria, in eo quod probationem intentionis actoris sumit ex proprio ipsius iureiurando, ideóque non debet alio etiam priuilegio adiuuari vt propter inficiationem rei obtinere debeat dupli condemnationem, non quia duo singularia circa eandem speciem concurrere non possint vt vulgari nostrorum iactatur brocardico ex *l. 1. C. de dot. promiss.* Nec rursus vt qui in vno releuatur in alio grauetur, vel contra quod nostri vulgo ex hac lege inferunt (non enim grauatur qui duplum non consequitur, cùm lucri occasionem amittat potiùs quàm damnum incurrat, nec ille rursus qui aduersario deferente iurando, se testem facit in causa propria) Sed quia beneficium Prætoris facientis vt quod iuratum est pro probato habeatur, non debet esse ei captiosum, qui iusiurandum detulit, vt in plus quàm in simplum condemnetur *arg. l. Paulus notat 8. infr. de prætor. stipulat.* Cumque is qui iusiurandum defert, videatur hoc ipsò fateri intentionem aduersarij, in eum scilicet casum quo iurabit, *d. l. qui iurasse 26. §. vlt. supr.* an non absurdum esset quasi inficiantem in duplum condemnari eum, qui propter delationem à se factam secuto posteà iureiurando habendus sit potiùs pro confesso? Atque hanc esse puto legis huius sententiam, quæ hodie facilior longè est, & expeditior secundum ius quo vtimur, vt iudicia omnia non per iudices pedaneos exerceantur vt olim, sed per ipsos Magistratus, quorum erat dare iudicem & formulam post litem apud se contestatam, quique hodie de facto ipsi cognoscere ac pronunciare iubentur post *leg. 2. C. de pedan. iudic. leg. 1. & 2. C de formul. & impetr. act. sublat.* Vnde fit vt idem hodie sit locus iuris & iudicij, idem ius dicens & iudex, idem apud quem iuratur, & qui actionem ex iureiurando vel exceptionem dare possit siue ante siuè post litem contestatam, aut in ipsa etiam contestatione iusiurandum delatum proponatur. Vt proinde nihil impediat, quominus etiam post institutam actionem legis Aquiliæ & post litem contestatam delato præstitóque iureiurando id ipsum pronuncietur, quod pronunciaretur, si ex iureiurando voluntario & conuentionali age-

retur, quod extra iudicium & delatum esset & præstitum. Ergo si ei qui lege Aquilia acturus est, iusiurandum deferatur à reo inficiante apud Prætorem, isque alias habeat delicti probationes, quibus confidat, multò prudentiùs faciet si iusiurandum recuset, id est, nec iurare velit, nec referre, vt possit lis per inficiationem crescere. Iusta enim iurisiurandi recusandi causa ista est, si futurum sit, vt is cui condicio defertur tantò minorem condemnationem ex suo iureiurando sit reportaturus, quod hîc contingeret, quemadmodum rei debitor, inquit Bart. si eam soluat cum diminutione alicuius qualitatis, non liberatur, *leg. etiam 27. de solut.* Idque Bartolus etiam benè vidit, nec posse hîc obiici quod scriptum est in *leg. manifestæ 38. infr. hoc tit.* Nam nec audiendus esset reus, si ad euitandam grauiorem condemnationem fortassis etiam expensarum litis, vellet confiteri actoris intentionem, quam actor iam per testes, aut aliter plenissimè probasset, vt hîc quoque Bartolus tractat. Sed cùm deferente reo actor iurauit, atque ita intentionem suam probauit, difficilius est vt ei permittatur ab ea probatione resilire, & testes, aliásve probationes conquirere, per quas fiat, vt ad duplum condemnari possit reus, cui iam quæsitum ius quodammodo videbatur, ne amplius condemnari nisi ad simplum posset, quasi iurando ab aliis omnibus probationibus excludi actor voluerit, & contentus esse simplo, cùm sciuerit aut scire debuerit non alia condicione iurare se posse, vt in specie *leg. si duo 38. de acquir. hered.* Maximè verò si apud Prætorem in iure aut apud iudicem in iudicio fuerit iuratum, non autem extra iudicium, cùm in iudicio quasi contrahatur *leg. 3. §. idem scribit infr. de pecul.* Et tamen Accursij nostri, vt videtur, itemque Bartoli & interpretum nostrorum sententia est, nihil hac parte referre, an post iusiurandũ præstitum velit actor alias probationes conquirere, an verò ante, proptereà quòd iusiurandum, inquiunt, non tollat primam actionem, licèt nouationis vim obtineat *d. leg. qui iurasse 26. §. vlt.* vbi diximus suprà Sed vereor ne non sit hæc ratio satis bona, non enim quærimus, an etiam post præstitum iusiurandum supersit actio legis Aquiliæ, de quo non dubitant, siue ante propositam illam actionem præstitum sit siue posteà. Sed quomodo possit dupli persecutio superesse ei, qui iurando videtur simplo contentus fuisse, atque ita dupli vnquam obtinendi spem sibi præcidisse? Nam si quis respondeat posse quemlibet priuilegio suo renunciare, & iuri pro se introducto *leg. pen. C. de pact. leg. si iudex circumuento 41. supr. de minor.* Replicabo, nemini tamen licere consilium mutare in alterius iniuriam *leg. nemo potest mutare 75. de regul. iur.* id est in præiudicium iuris: quod alteri iam quæsitum sit, dubitari autem non potest, quin reo, qui detulit iusiurandum actori, ius acquisitum sit non ex sola quidem illa delatione, sed ex iureiurando posteà præstito ne posteà in duplum conueniri possit. Et quod hîc Paulus subiicit, omissa hac parte edicti actionem dupli integram manere, facilè hanc interpretationem recipere potest, vt ita demùm omissa dici possit hæc pars edicti, si actor delatum sibi iusiurandum recusauerit, non etiam si susceperit. Cur enim iurat, nisi vt ex iureiurando, & probationem, & actionem sibi acquirat ex hac parte edicti? Neque verò sic prudentes nostri loquuntur, vt dicant solam actionem ex iureiurando nouationis vim obtinere, sed iusiurandum ipsum, vt intelligamus solum iusiurandum sufficere, etiam nulla ex eo proposita actione, vt prior actio, quæ fuerat, perimatur *d. leg qui iurasse 26. §. vlt. supr.* Iusiurandum inquam non rei, sed actoris. Nam rei iureiurando certum est non tolli actionem ipso iure sed tantùm per exceptionem *d. leg. nam posteaquàm 9. §. 1. & d. leg in duobus 28. §. 1. supr.* At per iusiurandum actoris sine dubio nouatur & tollitur, quia hoc maluisse actor videtur, licèt cum aliquo suo damno & incommodo, quàm alterius dubiæ probationis aleam subire, ex qua periculum amittendæ litis incurrere potuisset. In eòque videtur mihi errasse Bartolus post Accursium, & quotquot illos sequuntur, cùm defendunt ex parte actoris iurantis nullam fieri nouationem pristinæ actionis, decepti ex vno hoc loco vbi Paulus scribit, Omissa hac parte edicti actionem dupli manere integram, quasi id obtineat etiam post præstitum iusiurandum: quod certè non ita est, cùm is qui iurauit referente aduersario non possit dici hanc edicti partem omisisse. Et verò quemadmodum is qui iusiurandum detulit, reuocare delationem posteà non potest, ne quidem ex causa vbi semel præstitum est *leg. si quis iusiurandum 11. in illis verbis necdum eo præstito. C. hoc tit.* Ita nec ei qui iam iurauit permitti vllo casu potest, vt ab eo iureiurando resiliat inuito aduersario, cui aliquid iuris ex eo quæsitum fuerit. Præsertim cùm absurdum sit & superuacuum, ideóque nec ferendum, vt actor alias conquirat & adferat probationes, posteaquàm iureiurando proprio suam intentionem plenissimè probauerit. Quid enim hoc aliud esset, quàm actum agere, & certam probationem quæsitis congestisque aliis minùs certis probationibus hoc ipso dubiam & suspectam facere? Nec video, qua ratione hoc permittere bonus iudex possit, etiam ab actore ipso requisitus, cùm post iusiurandum præstitum de alio quærendum non sit, quàm de hoc solo, an iuratum fuerit, vt toties diximus ex *leg. 5. §. dato iureiurando supr.* Aliis autem probationibus non possit aperiri via, quin hoc ipso incertum fiat, quod iam plenissimè probatum ex integro probandum suscipitur. Malè igitur Accursius & Bartolus hanc legem protrahunt ad illum quoque casum, quo actor post præstitum à se iusiurandum velit pristinam legis Aquiliæ actionem repetere, suámque intentionem adhuc per testes probare, vt duplum consequatur, nec minùs falsum proinde est, quod ex eodem errore infert Bartolus, si iudex post primam negationem admiserit confessionem rei, posse actorem adhuc probare maleficium per testes, vt eripiat reo beneficium quod ex statuto alioquin ob suam confessionem esset habiturus, cùm neque in potestate actoris esse debeat eripere reo commodum suæ confessionis & beneficium, quod habeat non ab actore sed à statuto *leg. vlt. supr. de pact. leg. Granius 71. §. pen. de fideiuss. vulg. leg. id quod nostrum 11. leg. non debet 74. de regul. iur. leg. 3. de interd. & releg.* nec prohibendus sit reus bonam fidem agnoscere, ac probè tandem confiteri, quod anteà improbè negauerat, ne durior fiat condicio actoris & rei

& rei si nullus pœnitentiæ locus relinquatur, dummodò nulla ex rei pœnitentia captio fit actoris *l. de ætate 11. §. vlt. supr. De interrog. in iur fac.* id est dummodò res sit integra. Nam si post iam allatas ab actore intentionis suæ probationes, ob improbam rei negationem vellet reus confiteri, non esset audiendus ad beneficium statuti implorandum, nec si expensas omnes litis in eum vsque diem refundere paratus esset, nempe quia nullum beneficium mereri potest confessio, quam probationum contrariarum vis potiùs quàm bona fides ab improbo litigatore inuito extorserit: quod & Bartolus admittit: quanquam nec facilè patior impunitam manere negationem rei improbam, & calumniosam, sed aliter puniri eam & coerceri vellem, quàm vt locus pœnitentiæ & confessioni denegaretur, mulcta scilicet aliqua pecuniaria eo nomine irroganda, ac prætetea expensarum omnium à die saltem negationis in diem vsque confessionis factarum, refusione. Eóque iure passim vtimur. Illud æquè non probo quod addit Bartolus, legem hanc in iureiurando quoque necessario, vt vocat & suppletiuo locum habere, vt si actor intentionem suam à reo negatam non nisi semiplenè probauerit, eaque causa petierit admitti se ad iusiurandum suppletiuum, & admissus fuerit in actione legis Aquiliæ, aut alia quæ per inficiationem possit crescere, non tamen duplum consequi debeat sed simplum, quasi hinc quoque possit imputari, cur hanc edicti partem agnouerit, quæ est, inquir, de iureiurando non minus necessario, quàm voluntario & iudiciali: in quo fallitur, nullum enim tale iusiurandum suppletiuum agnoscit Iurisprudentia, vt diximus iam sæpius, & tractabimus latius ad *l. seq.* longéque aliud est iusiurandum necessarium de quo in Rubrica huius Tituli vt diximus *ad l. 1. supr.* Et prætetea non alia est ratio huius legis, quam quòd imputare sibi debeat actor, qui suam intentionem iureiurando suo probare maluit, quàm per testes. Quod tamen non similiter possis dicere de eo qui fecit quod potuit vt intentionem suam per testes probaret, nec tamen probare potuit nisi semiplenè. An ergo tunc admittemus ad dupli persecutionem? Multo minùs. Imò ne quidem simplum consequi debebit, cùm paria sint actorem nihil probasse & minus plenè probasse *l. 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vindic.* Planè admissa interpretum de iureiurando illo suppletiuo sententia, faciliùs descendam in Bartoli opinionem, vt actor hic, qui in probationis suæ supplementum iurauit, simplum solum consequi debeat, non duplum. Quidni enim sit simplo contentus, qui suo iureiurando non ex aduersarij delatione sed eo inuito litis victoriam sibi peperit quam amittere omninò ex iuris ratione debuisset?

a *Ex ea actione quæ inficiando crescit.* Inficiationem intellige non solùm per quam negetur factum, sed etiam si negetur qualitas facti, quæ substantiam eius alteret, vt loquitur Bartolus, quòd fieri non possit vt eiusmodi qualitas negetur quin facti ipsius negatio fiat. Et paris malitiæ & calumniæ est qualitatem substantialem facti, & factum ipsum negare si modò talis qualitas sit, inquit Bartolus, quã reus probabiliter scire debeat. Cùm alioqui nulla eius culpa, nullúmque mendacium videri possit. Lex enim Aquilia & quotquot post eam leges induxerunt actiones istas quæ per inficiationem crescunt, non tam id egerunt vt inficiationem punirent, quàm vt inficiantis mendacium, & calumniam. Ideóque nec crescit actio per inficiationem, si delictum nullum præcesserit, qui nec calumniosus eo casu videri potest inficiatus, sicuti neque contra eum qui crimen ingenuè confessus negaret tamen propositam ab actore damni æstimationem, quia damni æstimatio cum facti delictique veritate nihil commune habet. Et ita hæc omnia benè Bartolus ex *l. 2. l. inde Neratius 13. §. hæc actio & §. vlt. cum l. seq. & l. proinde 25. §. vlt. & l. seq supr. ad leg. Aquil. l. contra negantem 4. C. eod.* Sicut & quod monet, nihil interesse quod ad huius legis speciem pertinet an ex delatione iuratum sit, an ex relatione *d. l illud 25. §. 1 infr. De pecun. constit.*

b *Abundè enim sufficere exonerari petitorem probandi necessitate.* Hæc eadem ratio facit vt valde probem quod Senatus noster sequi solet, Ne is qui ex aduersarij iureiurando vincitur, ad expensas litis condemnetur. Nam ei abundè sufficere debet quod ex delatione aduersarij iurando se exonerauerit probandi necessitate, atque eo modo testis in propria causa constitutus, victoriam litis sibi parauerit in qua succumbere aliàs debuisset. Sed hoc ita, si actor ad fundandam suam intentionem iurauerit, non etiam si super aliqua exceptione à reo proposita, ne alioqui in rei potestate sit falsa aliqua & calumniosa exceptione opposita, delatóque per calumniam iureiurando immunitatem à condemnatione expensarum litis sibi acquirere. De quo in Codice nostro scripsimus *De fin. 1. & hoc tit.*

1 ¶ Si iurauero te, Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura: nec æstimationem mihi præstare reus debet, nisi ex causa furtiua, vel propter moras, [a] tunc enim etiam post mortem serui æstimatio præstatur.

Ad §. 1. *Si iurauero.*

RAT. DVB. Postquàm actor iurauit, non de alio quærendum est, quàm verum iurauerit *l. in duobus 18. §. vlt. in fin. l. si duo 13. §. idem Iulianus in fin. supr. hoc tit.* Non igitur distinguendum aut inquirendum est, postquàm iuraui te mihi Stichum dare oportere, an in rerum natura fuerit tempore iurisiurandi præstiti an non fuerit, & si decessit, an post moram, an verò ante decesserit: cùm nihil vetet etiam perempti hominis æstimationem iniri & præstari delato saltem per iudicem iureiurando *l. in actionib. 5. vers. planè infr. tit. prox.* adeóque citra iusiurandum si actor petat æstimationem quæ fuit vitæ & mortis tempore *in mortuo* sumpto vt in *l. 3. infr. De condict. tritic. l. 2. supr. ad leg. Aquil l. 2. § quæsitum infr. De priuat. delict.* Nã & cũ quis in iure cõfessus est se Stichũ debere, dicimus posse illũ ex sua cõfessione

condemnari, siue iam cùm mortuus erat Stichus siue posteà decesserit *l. qui Stichum 5. infr. de confess.* Atqui pro confesso habendus est qui iusiurandum detulit si ex ea delatione posteà iuratum sit, vt ad initium legis huius proximè diximus. Ergo & cùm iurasti te Stichum mihi debere, qui iam decesserat, omnimodo tamen condemnandus es, non quidem vt præstes Stichum qui iam mortuus nullus est, sed ipsius saltem æstimationem quæ fuerit mortis tempore vt in *d. l. 3. de condict. tritic.* Dec. Omne iusiurandum, vt & alia quælibet dispositio siue hominis siue legis, præsupponit semper terminos habiles vt nulla sit repugnantia ex parte rei *l. tutor pupilli 35. §. 1. infr. l. 1. §. vlt. ad Senatusconsultum Tertyll.* Atqui non sunt termini habiles si Stichus quem iuraui meum esse iam tum defunctus fuit, non enim deberi potest, iam homo mortuus cùm nec sit in rerum natura, nec esse amplius possit, adeò vt si homo mortuus sisti promissus sit sub pœna certæ quantitatis, nec homo nec ipsius æstimatio adeóque nec pœna committatur *l. si homo mortuus 69. infra de verborum obligationibus.* Impossibilium enim nulla prorsus obligatio est, nec esse potest *l. impossibilium 185. de reg. iur.* Sicut igitur homo mortuus nec in obligationem nec in pactionem nec in iudicium deduci potest, ita neque in iusiurandum siue pro stipulatione, siue pro pacto conuento, siue denique pro iudicio iusiurandum accipere quis velit *d. l. tutor pupilli §. 1.* eo quòd dicimus confessionem in iure factam non aliter valere & ratam esse posse quàm si ius & naturam recipiat *l. confessionibus 13. & l. seq. §. vltim. supra de interrog. in iur. fac.* idem de iureiurando perinde dici multo magis debet, quod pro veritate haberi non potest nisi de ea re interponatur, quæ vera si non sit, saltem esse possit, non potest autem verum esse vt te oporteat mihi dare Stichum qui iam sit mortuus nisi vel furtiuus fuerit, qui per condictionem furtiuam etiam mortuus peti possit, *l. si pro fure 7. §. vltim. infra de condict. furt.* aut post debitoris moram decesserit, vt Paulus hîc subiicit, quoniam his casibus nec mortuus esse creditur, sed perinde peti potest acsi adhuc viueret *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vltim. infra de verborum obligationib.* Adeò vt præsens ipsius æstimatio debeatur, quæ porrò nisi per actoris iusiurandum fieri nulla potest *d. §. planè l. 5. infr. tit. prox.* Planè si post litem contestatam decesserit, cùm per condictionem certi petitus esset, rectè citra iusiurandum æstimabitur, quia non præsens æstimatio hoc casu debetur, sed ea quæ fuit præcisè tempore litis contestatæ *l. vinum 22. l. cùm fundus 51. supr. tit. prox. l. vltim. infr. de condict. tritic. l. 3. §. in hac commod. l. hominem 37. infr. mandat.* Si verò petitus fuerat per triticariam, & decesserit ante condemnationem, æstimabitur etiam citra iusiurandum quanti fuit mortis tempore *dict. l. 3. de condict. tritic.* Sed extra hos casus neque mortuus homo deberi potest neque ipsius æstimatio, nec magis ex iureiurando, quàm ex alia qualibet causa, ideóque placet quod Accursius noster notat, id quod scriptum est in *dict. l. qui Stichum 5. infra de confess.* Eum qui in iure confessus est se Stichum debere, qui iam tum decesserat, condemnandum omnimodo esse, restringi oportere ad eum casum quo Stichus post moram decesserit, nec ideo commentitia & improbabilis videri debet hæc interpretatio, quod in ea lege nihil de mora priùs contracta dicatur, non enim potest fieri confessio in iure & apud Prætorem quin vocatus fuerit in ius reus tanquam Stichi debitor, nec vocatio fieri citra editionem actionis, & interpellationem quæ debitorem in mora constituerit *l. 1. supr. de edend. l. 1. & pass. de in ius vocand. §. omnium Instit. de pœn. temer. litig.* Hoc enim est quod Papinianus dicebat in *l. 3. in princip. de vsur.* vix esse vt sine mora perueniri possit ad iudicem Etsi non ignoro placere Bartolo aliísque interpretibus, eum qui in iure confessus est Stichum debere perinde obligari ex sua confessione vt condemnari debeat, tametsi iam tum Stichus decesserit ante moram si modò decessisse illum non ignorabat, sed parum probabiliter meo iudicio, cùm ea confessio ex illarum numero sit quæ nec ius nec naturam recipiunt, de quibus in *dict. l. confessionibus cum l. seq. in §. vlt.* Nisi fortè quis velit eam defendere iure tacitæ cuiusdam donationis ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* Verùm neque hoc probabile est, cùm non magis in donationem deduci possit res perempta quàm in stipulationem aut in iudicium. Nam nec donatio fieri olim aliter poterat quàm per stipulationem vel traditionem: nec tractamus de debitore qui confessus sit se Stichi iam mortui æstimationem debere quæ viuo eo fuerit, sed de eo qui Stichum ipsum. Neque rursum obiici potest, quod Bartolus obiicit, eum qui iurat, videri abiicere omnes exceptiones quas sibi competere sciebat, non enim hîc de exceptione vlla quæritur, sed de defectu materiæ quæ in iusiurandum deduci potuerit, cùm iuratum sit de homine iam mortuo, & nullo. Planè si ponas iuratum fuisse de homine, qui licèt iam tum re vera mortuus, in rebus tamen humanis esse credebatur, tanto minùs valere iusiurandum poterit siue tanquam per errorem præstitum, siue quod nemo credendus sit renunciasse iuri quod sibi competere ignorauit, vt idem Paulus noster argumentatur in *l. mater decedens 19. supra de inofficioso testamento.*

a *Nisi ex causa furtiua vel propter moram.* Rat. dvb. Neque causa furtiua neque mora debitoris facere potest, vt Stichus qui debebatur, non sit reuera mortuus & nullus, nec proinde quin sit impossibile eum præstari. Atqui impossibilium nulla est obligatio *dict. l. impossibilium* nec potest odium furis aut morosi debitoris facere possibile, quod per ipsam rerum naturam est impossibile, non ergo debuit Paulus istas addere exceptiones. Dec. Est hic vnus ex effectibus moræ & quidem præcipuus vt rem quæ post debitoris moram perempta est faciat haberi pro extante, vtque homo debitus reuera mortuus adhuc viuere existimetur, adeóque peti possit & debeat non ipsius æstimatio *dict. l. si seruum 91. §. sequitur & paragraph. vltim. De verborum obligationibus.* ne alioqui prosit moratori sua frustratio contra *dict. l. hominem 37. in fin. mandat.* factóque suo tollat suam obligationem & se liberet, quod absurdum & iniquum esset *dict. l. si seruum paragraph. nunc videamus.* Ideóque nimirum in furtiua condictione idem iuris est *dict. l. si pro fure 7. §. vltim. de condict. furt.* quoniam fur qui solus ea condictione tenetur heresve eius *l. 5. eod. titu.* semper moram facere intelligitur reipsa & citra interpellationem quousque rem furtiuam restituerit *l. in re furtiua 8. paragraph. 1. in fin. l. vltim. eod.* Rem ergo veram iurat creditor cuiuslibet debitoris qui in soluendo Sticho moram contraxerit,

contraxerit, itémque dominus Stichi furto subtracti cùm etiam mortuo iam Sticho iurat deferente fure vel alio quolibet moroso debitore Stichum dari sibi oportere. Nam & Stichi precium deduci hoc casu posset in constitutum *l. promissor 21. in princip. infr. De pecun. constit. & in stipulationem l. inter stipulantem 83. §. penult. De verb. oblig.* vbi etiam redditur ratio quare extra hos casus omnino inutilis sit stipulatio hominis iam mortui, quoniam, inquit etiamsi debitus antè fuisset, tamen eius morte debitor liberaretur. Nec enim qui seruum viuum promisit, illud etiam promisisse intelligitur seruum illum non moriturum, quæ promissio esset impossibilis *l. non moriturum 8. C. de contr. & committ. stipulat.* Proinde si post iusiurandum præstitum Stichus decesserit, qui eo tempore viuebat, dubitari non oportet, quin multo magis præstanda sit eius æstimatio, cùm iusiurandum non solùm interpellationis vim habeat, ad constituendum debitorem in mora perpetuandámque obligationem, sed etiam contestationis ad perpetuádam quod difficilius est actionem ipsam *l. nam postea quàm 9. §. si is qui supr. hoc tit.* Sed hoc ita si debitum aliquod verè præcesserat. Nam si nunc primùm contractum sit per iusiurandum, quod pro veritate habetur, fieri non potest vt eodem instanti quo iusiurãdum præstitum fuerit, & obligatio contrahatur & mora, ideóque noua interpellatione opus est vt subtiliter Bartolus pro Iacobo Buttigario contra Guillielmũ disputat, *ex l. quod dicimus 105. infr. De solut.* Sed melior textus est *in dict. l promissor 21. §. 1. De pecun. constit. iunct. l. mora 32. & l. sciendum 21. infr. De vsur.*

2 ¶ Si mulier iurauerit, decem dotis sibi deberi: tota ea summa præstanda est. sed si iurauit, se decem dedisse in dotem: hoc solùm non erit quærendum, an data sint; sed quasi data sint, quod ex eo reddi oportet, præstandum erit.

Ad §. 2. si mulier.

RAT. DVB. Non potest dotis nomine aliud deberi quàm quod in dotem constitutum fuit. Dotis enim obligatio nascitur ex contractu dotis. Contractus autem dotis ex eorum numero est, qui re perficiuntur *l. 1. Cod. de dot. caut. non numer. l. dotem 30. iunct. l. 1. & pass. infr. De iur. dot.* Nec rursus fieri potest, vt quod in dotem constitutum fuit, & ex ea causa traditum non debeatur dotis nomine soluto quandocunque matrimonio: dos enim omnimodo restituenda est *l. 1. & tot tit. infr. solut. matrim.* Nihil ergo interesse videtur an mulier iurauerit decem dotis nomine sibi deberi, an verò decem se in dotem dedisse, & vtroque casu videntur præstanda decem vt iusiurandum conseruetur. DEC. Multùm interest an iuret mulier de iure obligationis dotalis an de facto constitutionis: dotis enim obligatio iuris est, dotis autem constitutio facti. At mulier quæ soluto matrimonio iurat decem sibi dotis nomine deberi iurat de obligationis iure non de facto, debiti enim nomine nihil nisi obligationem intelligimus quæ sit vel naturalis vel honoraria vel ciuilis *l. 1 §. debitum infr. De pecun. constit.* Constitutionem verò dotis cùm dicimus, nihil nisi factum ipsum constituentis significamus: Proinde cùm mulier iurauit decem sibi deberi dotis nomine, decem ei omnimodo præstanda sunt, id est etiamsi minùs sit in facultatibus mariti quàm vt solida decem soluere possit, tametsi habeat priuilegium vt non suprà quàm facere possit conueniatur *l. maritum 11. & seqq. infr. solut. matrim. l. sunt qui 16. & seqq. infr. De re iudic.* Verbum enim *deberi* in iureiurando mulieris cum effectu accipiendum est, vt ait Accursius *ex l. 1. §. 1. Quot quisque iur. penult. §. penult. supr. Ne quis eum qui in ius vocab.* Non acciperetur autem cum effectu si debiti probationem quæ per iusiurandum inducitur, solutio integra non sequeretur. Tametsi nihil vetet plus deberi & minus exigi, si causa iuris ab effectu suo discernatur. Nam tum quoque cùm maritus non nisi in quantum facere potest, conuenitur id est in partem dotis debitæ restituendæ, non eo minùs tamen verum est eum debere solidum, quomodo & is solidum debet qui bonis cessit, si ex iis solidum consequi creditor non potuerit *§. vlt. Instit. De replicat.* Ex quo intelligimus quàm verum sit quod docuimus ad initium huius legis, per iusiurandum non solùm fieri nouationem prioris actionis ita vt perimatur illa ipso iure, sed etiam ita fieri, vt actio ex iureiurando non induat nec repræsentet naturam præcedentis illius actionis quam perimit, alioqui non periret marito, contra quem iurauit mulier, priuilegium quod haberet si actione De dote conueniretur. Et quamuis iusiurandum non minùs iudicij quàm stipulationis instar habere dicatur *l qui iurasse 26. §. vltim. supr. hoc tit.* nouatio tamen quæ per iusiurandum contingit, magis ei similis est quæ fit per stipulationem, quàm ei quæ per iudicium & litis contestationem: illa enim priuilegium mariti non adimeret, quod adimit ei iusiurandum mulieris *l. aliam 29 infr. De nouat.* nempe quia fit ex voluntate, non vt illa ex iuris necessitate, mulier igitur quæ actura de dote iurauit decem sibi deberi, decem habere & consequi omnimodo debet, nec per mariti priuilegium impediri potest, quominùs solida decem consequatur: deberi siquidem cum effectu id demum intelligitur quod exigi potest, non cuius petitio per exceptionem aliquam summoueri possit *l. debitor 108. De verbor. significat. l. non videtur 13. l. Marcellus 66. l. nihil interest 112. De regul. iur.* Nec ideo magis iustam querelæ occasionem maritus habet, cùm sibi imputare debeat qui iusiurandum ei tale vltro detulit. At cùm mulier iurauit se decem dedisse & constituisse in dotem, non potest iusiurandum illud tollere priuilegium mariti, vt supra quàm facere possit, ad solida decem conueniatur, quia quod decem constituta & data sint, facere non potest, vt omnimodo reddere maritus debeat decem si facere minùs possit, quia nihil de actionis & exactionis iure iuratum esse intelligitur, sed tantùm de ipsa constitutione, quæ tota in facto consistit. Cùm ergo nihil per iusiurandum

videri possit probatum nisi quod iuratum est, nec proinde aliæ exceptiones exclusæ quàm quæ alioqui cum eo quod iuratū est pugnarent; apparet nō prohiberi maritum qui ex eo mulieris iureiurando conuenitur, ne possit exceptionem illam opponere vt suprà quàm facere possit non exigatur, sed tantùm, ne possit dicere, non tota decem data in dotem fuisse: impugnaret enim eo modo iusiurandum, quod non æquè impugnat, cùm excipit non ideo decem tota exigi posse. Manet enim veritas facti integra, de qua iuratum est, & exceptio hæc non factum respicit, de quo iuratum est, sed exceptionem iuris de quo nihil iuratum fuit. Ita fit vt vtroque in casu huius §. iusiurandum pro veritate habeatur, siue de iure siue de facto iuratum sit, sed quatenus iuratum est, & ita vt cùm de facto duntaxat iuratum est, causa iuris maneat integra & illibata vt & in specie *l. sed si possessori 11. §. item si iurauero supr. & in specie §. vlt. infr.* Non etiam cùm de iure iuratum est. Potior enim causa est iurisiurandi quàm iuris si de iure iuratum sit, & quàm facti si de facto: sed non potior quàm iuris cùm de solo facto iuratum est.

3 ¶ In popularibus actionibus iusiurandum exactum ita demum aduersus alios proderit, si bona fide exactum fuerit. nam & si quis egerit: ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit.

Ad §. 3. In popularibus.

RAT. DVB. Iusiurandum inter alios delatum & præstitum, alij quàm deferenti nec prodesse debet nec obesse *l. quia non debet 10. supr. hoc tit.* Atqui alia persona est eius qui nunc populi ius tuetur populari actione proposita [illa enim demùm popularis actio dicitur, vt nomen ipsum indicat, quæ populi ius tuetur *l. 1. infr. De popul. act.*] Alia verò persona illius, qui prior egit populari actione & iusiurandum detulit. Ergo quamuis prior ille detulerit bona fide, id est citra collusionem, & ex ea delatione iuratum sit, non tamen debet iusiurandum alij nocere eandem actionem proponenti: nisi nouum factum sit, ex quo noua actio nascatur, quemadmodum solemus in furto dicere, nouum furtum esse si noua fiat contrectatio, vt in *l. ei qui 9. infr. De furt. iunct. l. si quis vxori 52. §. si quis iurauerit 27. eod.* DEC. Actio popularis populi est, non eius qui eam proponit, ideòque nec ad heredem transeunt populares actiones, nec locupletior esse intelligitur qui eam habet & exercet *l. pen. §. 1. & l. vltim. De popul. act.* quia non tam ad rem familiarem actoris quàm ad publicam vltionem pertinent *l. 6. in fin. De sepulchr. violat.* nisi ex tempore litis contestatæ, si ad eum res pertineat & eius intersit proprio nomine [nam & hic aliis præferendus est *l. 3. §. si is cuius eod. tit. l. 3. §. 1. l. mulier 6. De popul. act.*] Sic enim accipi debet quod scriptum est in *l. vt fictus 12. De verbor. significat.* Ergo sicuti vnus populus est *l. proponebatur 76. supr. De iudic.* ita & vna actio, quæ proinde tunc cùm exercetur consumitur, vt cæteræ actiones omnes, nisi collusum probetur, vt Paulus hîc subiicit. Quoties enim collusio & præuaricatio prioris agentis probatur, nullius momenti esse potest, quod ab eo gestum est *leg. tertia, paragrapho si tamen posteaquàm infr. De homin. liber. exhib. l. Præses duodecim. Codic. de transaction. l. si suspecta vicesim. non. supr. De inofficioso testamento leg. si perlusorio decim. quart. infr. De appellat. l. ex contractu quadragesim. quart. inf. De re iudic. l. si seruus 50. paragraph. primo. De legat. 1.* Excipitur tamen actio illa popularis, quæ à Prætore proponitur, de libero homine exhibendo. Ex qua si reus condemnatus æstimationem soluerit, adhuc conueniri potest non solùm ab alio, sed quod magis est, ab eodem actore, & quidem sine vlla exceptione siue doli siue rei iudicatæ *dict. paragrapho, si tamen posteaquàm vers. si tamen reus.* Siue fauore libertatis ita placuit, vt putat Accursius, siue potius vt vult Bartolus, quòd interdictum illud comparatum sit ad alterius quàm ad ipsius agentis commodum: Quo casu generaliter docet idem Bartolus neque iusiurandum vnius, neque pactum, neque sententiam pro vno latam nocere alteri ex *dict. versicul. Si tamen reus*, quod in cæteris casibus secus est *leg. tertia. De popular. action. leg. non cogendum quadragesim. quint. paragraph. qui ita supr. De procurat.* scilicet quantum ad sententiam & rem iudicatam pertinet, itémque quantum ad iusiurandum, de quo in hoc paragrapho agitur, & quod æquiparatur rei iudicatæ *lege prima & secunda supr.* Nam in pacto & transactione certum est aliud iuris esse, neque pactum aut transactionem de populari causa valere propter admixtam populi & reipublicæ causam, tantum abest vt pactum vel transactio vnius nocere possit alteri *leg. iuris gentium septim. paragraph. si paciscar ne operis leg. si vnus vigesim. septim. paragraph. pacta quæ turpem versicul. & in summa supr. De pact. leg. qui cætu quinta, paragraph. vltim. ad leg. Iul. de vi public. leg. ingenui octaua Codic. de ingen. manum.* Nec mirum est plus posse rem iudicatam & iusiurandum quàm pactum vel transactionem, cùm ex necessitate litigandum sit & consequenter iudicandum, vt actionis popularis effectus aliquis esse possit quæ alioqui maneret inanis & inutilis: paciscendum autem vel transigendum non sit necessariò. Cur ergo inquies, rei iudicatæ potius quàm transactioni aut pacto iusiurandum hac parte comparamus, cùm iusiurandum siue conuentionale siue iudiciale, sit voluntarium, nec nisi ex deferentis iurantisque voluntate proficiscatur? Præsertim cùm transactio quoque perinde ac iusiurandum vim habeat rei iudicatæ *l. non minorem 20. C. de transact.* & iusiurandum ipsum instar transactionis *l. secunda supr.* Respondeo iusiurandum hac parte vt & in aliis plerisque maioris esse potestatis, quàm transactionem. Quia transactio nihil nisi pactum est, pacta autem non alia Prætor adprobat, quàm quæ fiunt de re priuata & fami-

familiari, non quæ de re publica *d.§.si pacifcar.* Sententiam autem ferri necesse est etiam de re publica, alioqui frustra actiones in eam rē propositæ essent & interdicta. Maiorem autē adfinitatem habet iusiurandū cum re iudicata, quàm cum transactione, & quàm ipsa transactio, quia præstito iureiurando sequitur statim sententia *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. vlt. infr. hoc tit.* non etiam interueniente transactione. Et prætereà quamuis iusiurandum etiā iudiciale proficiscatur ex voluntate deferentis, vix tamē est vt deferatur vnquam, nisi ex necessitate & ab eo qui alias probationes desperet, vt in *l. tutor pupilli 35. inf. hoc tit. l. si quis iusiurandum 11. C. eod.* Quotus enim quisque est, qui nisi coactus & inuitus aduersarium suum testem in propria causa & iudicem constituere velit? quod ipsum tamen fit per delationem iurisiurandi *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Defertur ergo iusiurandum ad euitandā duntaxat condemnationē, si iurare aduersarius nolet, aut ad eam differendam si cunctabitur, cùm nulla alia vincendi spes & ratio superfit deferenti, nec aliàs delaturo. Suscipitur autem plerunq; etiam ab inuito, & quem Prætor cogat aut iurare aut referre, qui alioquin nec iurare nec referre mallet *d. l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. ait Prætor & seq. l. manifestæ 38. infr.* Meritò igitur Paulus hîc scribit, in popularibus actionibus iusiurandum exactum etiam aduersus alios prodesse, qui non detulerunt, nec aliud requiri nisi vt bona fide exactū sit, non per collusionem. Nam & si quis egerit, inquit, dum ne per collusionem, consumit publicam actionem perinde ac priuatam: iusiurandum autem non tantùm rei iudicatæ vim habet, sed etiam contestationis adeóque iudicij in quo exerceatur actio *l. qui iurasse 26. §. vlt. sup. & d. l. tutor pupilli §. 1. infr.* Sic enim ratio hæc Pauli supplenda & adiuuanda est, ne quis iam miretur iusiurandum hac in re magis rei iudicatæ quàm transactioni pactóve æquiparari. Ideo autem requirit Paulus, vt iusiurandum bona fide sit exactum, non quia bene fiat quicquid fit bona fide *l. qui hominem 34. §. si nullo & seqq. infr. De solut.* sed quia numquam bene fit quod fit ex non bona fide, vt malè putat Accursius. Quid tamen si in populari actione deferente actore iuratum sit de ea re quæ etiamnum duret? Vt in exemplo quod proponit Accursius, si quis adpensum & suspensum aliquid habuerit contra secundam partem edicti Prætoris. *de his qui deiec. vel effud.* eóque nomine vnus de populo actionem ex illo edicto proposuerit quę popularis est *l. 5. §. Prætor ait ne quis & §. vlt. sup. De his qui deiec. vel effud.* An si ex ea causa iusiurandum exactum vel iudicatum sit, nocebit ea res cæteris, eadē actione postmodum agere volentibus? Dubitationem facit, quod eadem adpensio est & vna eadémque continuata positio, non ergo illius nomine sæpius agi potest nec ab vno eodémque actore, nec à pluribus. Ne sæpiùs de eiusdem hominis admisso quæratur *l. pen. §. vlt. supr. Naut. caupon. stabul.* Atque ita Accursius concludit. Sed Bartolus contrà putat, quia hæc actio popularis oriatur ex facto habente causam manentem & perseuerantem in futurum. Idque magis probo, quia quandiu adpensum manet potest decidere, atque ita nocere, quamuis nondum nocuerit, quod sufficit vt illi actioni locus esse possit ex verbis edicti & ex mente Prætoris, cui nō potest videri satisfactum quandiu suspensum manet *d. §. Prætor ait. & seq.* Quandiu autem edicto satisfactum non est & edicti ratio durat, tamdiu actionē quoque ex edicto competere, & exercere posse fatendum est. Ad quod etiam respexit fortasse Vlpianus *in dict. l. 5. §. si tamen posteaquàm vers. Si tamen reus,* quia non vult pati Prætor, vt liber homo à quoquā detineatur, nec si condemnatus iam reus prætiterit æstimationem, non quasi quod cōtinuè fit quotidie fieri videatur in iis, quæ animum exigunt & perseuerationē voluntatis vt nimis generaliter tradit Bartolus *ex l. 1. §. interdum supr. De vsufr. adcresc.* qui locus nō nisi de vsufructu in quo speciale illud est, vt & alia non pauca, sed quia tamdiu durat prohibitio Prętoris & actio eo nomine proposita quamdiu factum durat quod prohibitum est & ratio prohibitionis, quomodo hic durat quandiu adpensum nocere potest. Vnde etiam fit vt sola rei furtiuæ detentione ac retentione per furem f[illegible] non multiplicetur furtum, nisi noua fiat contrectatio *d. l. ei qui 9. & d. l. si quis vxori 52. § si quis iurauerit infr. De furt.* Quia furtum semel factum ab eodem fieri amplius non prohibetur, nisi nouum & aliud furtum fiat ex alia contrectatione *l. inficiando 67. §. infans eod. tit.* Multiplicetur tamen mora furis, ita vt vnoquoque instanti nouā moram facere videatur *l. in re furtiua 8. in fin. l. vlt. infr. De condict. furt.* Quia scilicet vnoquoque instanti lex & conscientia furem interpellat, vt rem furtiuam restituat. Illud sanè constat, si post iusiurandum præstitum aliquid noui superuenerit, non nocere exceptionem iurisiurandi, ne quidem illi ipsi qui iurauit, multo minùs aliis quasi de alia re fuerit iuratum *l. qui iurasse 26. §. si pater iurauerit supr. hoc tit. l. quoties 21. § vlt. supr. De noxal. act.* sicuti nec rei iudicatæ exceptio eo casu noceret *l. si rem meam 10. & seq. infr. De except. rei iudic.*

4 ¶ Si libertus, deferente patrono, iurauit se libertum non esse: ratum habendum est iusiurandum, vt nec operarum petitio, nec bonorum possessio contra tabulas dari debeat.

Ad §. 4. Si libertus.

RAT. DVB. Quemadmodum nemo potest libertus esse, & libertinæ condicionis, nisi qui ex iusta seruitute manumissus est, ita neq; ingenuus, nisi qui ab initio liber natus nec vnquam seruus fuit *l. & seruorum 5. §. ingenui l. liberti 6. supr. De stat. homin.* Atqui is qui iurauit se libertum non esse, fieri potest vt seruus aliquando fuerit, & ex iusta seruitute manumissus. Non ergo debet hoc iusiurādum prodesse liberto, vt nec operas ab eo viuo nec bonorum possessionem contra tabulas ipsius defuncti petere patronus possit. Nam & operæ debentur naturaliter patrono *l. si non sortem 26. §. libertus infr. De condict. indeb.* & Prætor vocat patronum ad bonorum possessionem contra tabulas liberti,

certis casibus, itémque ad successionem intestati, si nullos liberos heredes libertus reliquerit, in præmium manumissionis datæque libertatis, *Tot.tit.de bon.l.bert.*& apud Iustinianum *Tit.de success.libert.* Indéque est quod etiamsi iurauero, me patronum tuum esse, non tamen ero patronus quantum ad bonorum possessionem, & ad successionem, siue ex testamento, siue ab intestato, quia iusiurandum non facit patronum, vt nec manumissorem, inquit Vlpianus in *l.si iurauero 14.infr.de iur.patron.* quamuis aliud sit, si pronunciatum sit me patronum esse, quia tunc sententiæ standum erit, vt ibidem Vlpianus subiicit. Cur ergo magis faciet iusiurandum ex liberto ingenuum? Præsertim cùm dici soleat correlatiuorum eandem rationem esse debere *vulg.l.1. C.de cupress.lib.12.Tit.vlt.* De c. Iusiurandum pro veritate habetur non minùs quàm sententia, quoties de facto iuratur, aut etiam de iure quod facti causam permixtam habeat *§.si mulier supr. hac lege l.sed si possessori 11.§.item si iurauero,& §.vlt.l.in duobus 28.in fi. supr.* Atqui cùm libertus deferente patrono iurat se libertum non esse, hoc ipso negat se manumissum aut quicquam aliud passum esse, per quod patronum habere & nancisci liber homo soleat, ex iis scilicet quæ enumerantur in *l.adoptiuum 8.§.si patronum sup.de in ius vocand.* Iurat igitur de facto, non de mero iure, ac proinde pro veritate iusiurandum hoc haberi debet, vt qui sic iurauit se libertum non esse nulla penitus in re pro liberto haberi possit, nec quantum ad operas nec quantum ad bonorum possessionem contra tabulas, nec quod ad successionem intestati, nec denique quantum ad hoc, vt eum qui se patronum dicebat in ius vocare sine Prætoris venia non possit, non magis quàm si iurasset se ingenuum esse. Nam & quisquis libertus non est, cùm sit liber, is vt ingenuus sit, necesse est, cùm in contradictoriis, quicquid de vno negatur, necessariò de alio affirmetur. Etsi verò iusiurandum non magis potest quem facere ingenuum quàm patronum, non indiget tamē is, qui iurauit, auxilio iurisiurandi, vt fiat ingenuus, cùm natura sufficiat, quæ omnes ingenuos facit, si nullum seruitutis præteritæ obstaculum, & impedimentum intercedat: quod dissimile est in patrono, qualis nemo est à natura sed ab aliquo facto manumissionis aut alio huiusmodi, per quod libertas possit contingere. Est namque ingenuitas qualitas naturalis, seruitus verò qualitas accidentalis & contra naturam, & consequenter ingenuum esse naturale est, libertinum verò accidentale. Porrò omnia ingenuitatis obstacula ille amouet vno verbo, qui negatiuè iurat se libertum non esse. Hoc ipso enim negat se seruum vnquam fuisse, negat igitur se manumissum: at is qui affirmatiuè iurat se patronum, de mero suo iure iurat, non de facto aliquo per quod patronus fieri potuerit. Ideoque si iusiurandum hoc pro veritate haberetur, consequens esset dicere, fieri eum solo iureiurando patronum quod esset absurdum: ius enim patronatus non nisi certis & legitimis modis acquiritur, inter quos iusiurandum non est, si non iuratum sit super facto ipso, ex quo ius patronatus acquiri potuerit, puta si is qui patronum se dicit iurauerit liberto deferente se manumisisse. Hoc enim casu non dubito quin exinde pro vero patrono haberi debeat in omnibus & per omnia tanquam manumissor, neque patronum eum faciet iusiurandum solum sed manumissio de qua iuratum est, cùm iusiurandum hoc pro veritate habeatur quia de facto iuratum est, & quidem tali, ex quo ius patronatus omnimodo nascitur, exclusa iam ingenuitate, quæ cum manumissione stare non potest. Multum ergo refert an quis iuret se patronum, an verò se manumissorem: prius iusiurandum nihil prodest, sed posterius prodest ad iura omnia patronatus acquirēda, quia patroni nomen iuris est, manumissoris facti. At nihil refert an is, qui libertinus dicitur, iuret se libertum non esse, an verò se manumissum non esse. Nullo enim alio modo vel medio concludendi indiget vt se ingenuum probet, quàm sola negatione seruitutis, & libertinitatis. Et hæc meo iudicio vnica veráque diuersitatis ratio est inter iusiurandum patroni & liberti, vt is qui se patronum iurauerit, iusiurandum eius pro veritate ac plena probatione non habeatur, iusiurandum verò liberti iurantis se libertum non esse pro veritate habendum sit. Hoc verò neque Accursius, neque Bartolus, neque alij intellexerunt, qui non distinguunt an patronus iurauerit se patronum an manumissorem, vt in specie *d.l.si iurauero*: Volúntque patronum etiam qui simpliciter iurauerit se patronum esse, pro patrono habendum esse, etiam quantum ad operas quòd nihil de iis dictum sit *in d.l.si iurauero*, Itémque quod est absurdius quantum ad successionem intestati, cùm tamen lex generaliter dicat quantum ad successionem, patronum non esse vt successionem vtramque testati & intestati comprehendat. Et quamuis lex illa de operis nihil dicat, legis tamen ratio generalis est, *quia iusiurandum non facit patronum.* Adeò, vt nec pro patrono habendus sit, si ex lege Iulia velit prohibere, ne inuito eo alij nubat mulier, cuius ille se patronum esse iurauerit *l.in eo iure 45.§.1.infr.de rit.nupt.* Nec minus errant in eo, quod volunt hunc tanquam patronum in ius vocari sine venia non posse, ex *d.l.adoptiuum 8.§.patronum supr.de in ius vocand.* Non enim tractat ibi Vlpianus de eo, qui iurauerit se patronum esse, sed de illo, qui aduersarium suum iurauit libertum suum esse, cuius iurisiurandi longè alia ratio est: qui enim iurat alium libertum suum esse, magis ei comparandus est, qui iurat se manumissorem esse, quem diximus hoc iureiurando verè patronum fieri, quàm ei qui iurat se patronum: cùm libertus nemo esse possit, nisi qui & seruus fuerit, & manumissus. Non potest autem fieri, vt tu libertus meus sis, quin per consequentiam necessariam verum etiam sit me patronum tuum esse, quemadmodum qui iurat aduersarium seruum suum esse, hoc ipso probat se dominum. Quid autem refert, an quis seruum suum esse contendat, an libertum, *l.circa 14.de probat.* Nec aliud medium concludendi, vt loquuntur, aptius esse potest, vt probem me patronum tuum esse, quàm si probem te meum esse libertum, quomodo si præiudicio pronunciatum esset, te meum libertum esse, hoc ipso fierem patronus tuus, *d.l.adoptiuum §.patronum.* Hoc ipsum autem quòd libertus meus sis, probo per iusiurandum meum te deferente præstitum, quod pro veritate haberi debet: at is qui iurat simpliciter se patronum esse, si hoc ipso patronus fieret, vtique fieret immediatè per iusiurandum, quod tamen fieri, vt diximus, nullomodo potest. Et aliquo præiudicio opus est, ex quo appareat te libertum meum esse, siue per iusiurandum id fiat, siue cognitione prætoria *d.§.patronum.* Planè si cùm famosa aut turpi aliqua actione vel exceptione contra me vtereris, quæ liberto contra patronum dari non debeat *l.2.5.6.& 7.infr.de obseq.parent.&*

Vent. & patron. prest. ego ad te summouendum dixerim me patronum tuum, tu verò rogaueris, & deferente te iurauerim simpliciter me patronum tuum esse, vix est, vt in ea causa in qua iuratum est, non debeam haberi pro patrono, vt iusiurandum meum prosit mihi, & hac parte pro veritate habeatur: neque id negat Vlp. in *d. l. si iurauero*, sed ita esse innuit potiùs, cùm ait, me quantum ad successionem patronum non esse: non quasi velit me in cæteris omnibus iura patronatus nancisci, vt malè putat Accursius, sed potiùs vt hoc veluti exemplo probet, non esse trahendum hoc iusiurandum ad consequentias, neque ad iura patronatus, sed restringendum ad eam causam, in qua iuratum est, vt constat ex *d. l. in eo §. 1. de rit. nupt.* vt extra illam causam nulla in re pro patrono habeatur is, qui iurauit se patronum esse, ne quidem ad hoc, vt sine Prætoris venia vocari in ius non possit, nisi ponas, cùm libertus patronum sine venia in ius vocasset, patronum in ea ipsa causa iurasse se patronum esse. Hoc enim casu admittam similiter, quantum ad illam causam iusiurandum pro veritate habendum esse, non quantum ad cætera, quia tale iusiurandum facere illum patronum non potuit. Malè igitur idem Accursius & post eum, vir doctissimus ad hunc locum rationem huius legis sumit ex fauore ingenuitatis, quasi facere debeat, vt iusiurandum liberti latius & ad omnia porrigatur. Malè item Bartolus, ad id quod non possit libertus testandi facultatem liberam sibi eripere, & ingenuitatis suæ iura remittere, quomodo patronus iusiurandum deferens, liberto posset iura patronatus sua omnia alienare *l. 3. C. de bon. liber.* Nam si poneres patronum iurasse, se manumissorem aut te libertum eius esse, tam validum & potens esset iusiurandum hoc patroni ad omnia patronatus iura ei acquirenda, quàm validum & potens est, in specie huius §. iusiurãdum liberti negantis se libertum esse, ad omnia patroni iura excludenda, cùm nihil intersit, an præiudicio libertus quis pronuncietur per sententiam, an per iusiurandum patroni *d. §. patronum.* Et quemadmodum quod scriptum est in hoc §. si libertus deferẽte patrono iurauerit se libertum non esse, ita ratum habendum esse iusiurandum, vt neque operarum petitio, neque bonorum possessio, contra tabulas patrono dari debeat, non facit vt eo magis dicendum sit, patronum hunc posse nihilominus ab intestato succedere, & priuilegium retinere, ne sine venia in ius vocari possit, aut famosa turpiue aliqua actione conueniri: quandoquidem is, qui iurauit se libertum non esse, nullam talem reuerentiam ei debet, qui se patronum contendebat: ita & quod Vlpianus ait in *d. l. si iurauero*, eum qui iurauit se patronum esse, non idcirco tamen quantum ad successionem patronum esse, non sic accipiendum est, quasi in cæteris omnibus extra causam successionis pro patrono haberi debeat, sed ita potius, vt in nullo, extra causam & controuersiam illam, in qua iuratum fuerit *d. l. in eo iure 45. §. 1. de rit. nupt.* Aliud esset in eo, qui se patronum iurasset non simpliciter, sed adiecta causa, quòd aduersarium manumisisset. Hic enim nil distaret ab eo, qui se manumissorem iurasset, quem diximus omnia patronatus iura nancisci. Causa enim iurisiurandi semper ac potissimùm spectanda est *l. in duobus 28. §. si ei qui supr. hoc tit. l. nam posteaquàm 9. §. si damnetur* vbi diximus *eod.* Quid ergo si contra eum cui libertus assignatus fuerit, iurauerit libertus se libertum non esse, deinde mortui patroni frater ad quem redire libertus debuit vt in *§. 1. Instit. de assignat. libertor.* contendat eum libertum suum esse, an nocebit ei iusiurandum, quòd contra defunctum fuit præstitum? Hanc enim quæstionem proponit Accursius, & benè respondet nocere non debere, quoniam alia causa est, cum sit alia persona patroni, quamuis eadem sit persona liberti, nec habet frater posterior ius à fratre, cui prior assignatus fuerat libertus, sed à testatore, qui assignauit antequàm iuraretur *d. l. nam posteaquàm 9. §. vlt. & l. seq. sup. l. si mater 11. §. eandem l. iudicata 29. in fi. infr. de except. rei iudic.* Nec simile est, quod qui in seruitutem libertum paternum petiit, nec liberorum nomine bonorum possessionem accipere potest *l. qui in seruitutem 9. infr. de bon. libert.* Id enim fit non quia, vt putat Bartolus, delictum non debeat manere impunitum [an non enim satis punitur, qui proprio nomine arcetur à bonorum possessione liberti paterni?] sed quia contra proprium factum venit, is qui libertum hodie vult suum dicere, quem anteà seruum suum dixit, ideoque audiendus non est, licèt veniat ex aliorum persona, cùm veniat ad suum commodum *l. si non sortem 26. §. si filiusfamilias infr. de condict. indeb.* Cùm futurum sit vt bonorum possessio quam hic acciperet liberorum nomine, non tam liberis, quàm ipsi accipienti esset profutura *l. 1. C. qui admitt. ad bonor. possess. post. l. 1. si quis à parent. manum. sit l. placet 79. de acquir. hered.*

5 ¶ Si iurauero vsumfructum mihi dari oportere: non aliter dari debet, quàm si caueam boni viri arbitratu me vsurum, & finito vsufructu restituturum.

Ad §. vlt. Si iurauero.

RAT. DVB. Is demum vsusfructus finiri potest, & postquàm finitus fuit restitui, qui antea per traditionem constitutus fuit vtiliter, vel testamento, vel stipulatione, aut pactione, aut legato, aut aliis modis legitimis, si qui sunt inter quos constat non esse iusiurandum *l. 3. supr. de vsufr.* Quomodo enim posset vsusfructus finem accipere, qui nec initium habuisset: *l. Titio vsusfructus 96. infr. de condit. & demonstr.* Atqui ponimus vsumfructum, quem actor iurauit dari sibi oportere, non probari constitutum neque testamento, neque stipulatione, neque pactione, neque alio vllo legitimo modo, adeoque nec tuitione prætoria, vt loquitur Vlpianus in *l. 1. inf. quib. mod. vsusfr. amitt.* Et quemadmodum diximus ad *§. precedentem*, iusiurandum non posse facere patronum ex *l. si iurauero 14. infr. de iur. patron.* ita nec potest facere vsufructuarium. Multo minùs igitur poterit iusiurandum onerare eum, qui iurauit vsumfructum sibi dari oportere, vt caueat se boni viri arbitratu vsurum, finitóque vsufructu eum arbitrio boni viri restituturum, est enim hoc onus vsusfructus non iurisiurandi: præsertim cùm iusiurandum habeat vim nouationis *l. qui iurasse 26. § vlt. sup.* ac proinde nouet actionem de vsufructu, quæ onus hoc duplicis cautionis vsufructuario irrogabat;

l.1.& toto tit.supr.Vsufr quemadm.caueat. Dec. Iusiurandum pro veritate habetur tanquam probatio, vt loquuntur, probata *l sed si possessori 11.§.item si iurauero & §.vlt. supr.* Ergo quamuis iusiurandum non faciat fructuarium, perinde tamen habendus est, is qui iurauit vsumfructum sibi dari oportere, non quidem acsi iam esset fructuarius[nemo enim talis est, nisi cui vel constitutus, & traditus fuit vsusfructus ipso iure vel tuitione prætoria *l.1.3. & pass. supr. si vsusfr.petet.*] sed acsi probasset vsumfructum sibi deberi ex causa aliqua, vel ciuili, vel honoraria, ex qua proinde constituendus ei sit & tradendus. Atquin si esset debitus vsusfructus siue ex testaméto, siue ex stipulatione, aut ex qua alia causa, non aliter cogeretur eum tradere is qui deberet, quàm si actor duplicem illam cautionem offerret, quæ ex edicto illo Prætoris fructuario cuilibet iniungitur. Idem ergo iuris esse debet in eo, qui sibi vsumfructum dari oportere iurauit. Qua enim fronte possit contendere, meliorem condicionem suam esse debere, ob id solùm, quòd non aliam debiti vsusfructus probationem habeat, quàm proprium iusiurandum? An non potius æquum esset deterioris condicionis si daretur occasio, esse idcirco deberè, quod abundè sufficere ei debeat, exoneratum se onere probandi quo non fuisset exoneratus, si hanc partem edicti actor omisisset? vt in principio huius legis, ex quo intelligimus tantò magis verum esse quod nos ibi docuimus & ad *l. nam posteaquam 9. §. si damnetur supr. hoc tit.* actionem in factum quæ ex iureiurando nascitur, adeòque iusiurandum ipsum sic habere vim nouandi *d. l. qui iurasse §. vlt.* vt non tantùm veterem actionem perimat, quod nouationi cuilibet commune est *l.1. de nouat.* sed etiam eius qualitates omnes induat, quomodo alia qualibet actio in locum alterius subrogata *l. si quis cum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* non quidem accidentales, qualis illa est in actione legis Aquiliæ, vt possit per inficiationem in duplum crescere, sed primordiales, vt nostri loquuntur, qualis hæc est in actione de vsufructu, vt is cui vsusfructus debetur caueat se arbitrio boni viri & fruiturum & restituturum *dict. Tit. vsufr. quem caueat.* Item in famosa actione vt infamiam irroget condemnato *d.§.si damnetur.*

31. Gaivs libro 30. ad Edictum Prouinciale.

Admonendi sumus, interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum, ex integro causam agere, si quis noua instrumenta se inuenisse dicat, quibus nunc solis vsurus sit, sed hę constitutiones tunc videntur locum habere, cùm à iudice aliquis absolutus fuerit. solent enim sæpè iudices in dubiis causis, exacto iureiurando, secundum eum iudicare, qui iurauerit, quòd si aliàs inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare.

Ad l. Admonendi 31.

Rat. dvb. Iusiurandum habet vim transactionis & rei iudicatæ *l.1.& 2.sup.hoc tit.* Atqui neque transactio rescindi potest prætextu instrumentorum posteà repertorum *l. sub prætextu instrumenti 19. C. de transact.* neque sententia *l. sub specie 4. C. de re iudic. l. Imperatores 35. inf. eod. ill. tit.* vbi vna tantùm exceptio additur, nisi in publica causa id permissum sit. Ergo multo minùs permittendum est, vt post sententiam exacto iureiurando redditam agere causam ex integro liceat, prætextu nouorum instrumentorum, præsertim cùm duo vincula soleant & debeant esse fortiora *l.pen.C.de adopt.l.1.C.de pact.* Dec. Longè alia ratio est iurisiurandi, quod ex voluntate partium defertur, & præstatur, siue in iudicio, siue extra iudicium, de quo iureiurando hucusque diximus, alia verò eius de quo agitur in hac lege, id est, quod in dubiis causis & in magno conflictu probationum exigitur à iudice, vt secundum animi sui sententiam pro eo iudicet qui iurauerit. Prioris generis iusiurandum & transactionis & rei iudicatæ vim obtinet, ideòque nec prætextu nouorum instrumentorum retractari potest, quamuis ille contra quem iuratum est protestetur, iis solis se vsurum, vt scriptum est in fine huius legis: excepto tamen casu nouæ constitutionis Iustinianeæ *in l. vlt. C. hoc tit. l.1.& 2. eod. tit.* Posterioris verò generis iusiurandum retractari facilius potest, tanquam minus fauorabile, quòd non fuerit ab aduersario delatum, sed à iudice ex officio exactum, qui cùm adeò dubiam causam esse videret, vt non facilè posset statuere, in vtram partem propendêre deberet, & an pro actore an pro reo iudicare, non aliam tollendi & expediendi dubij rationem commodiorem inuenire potuit, quàm si iusiurandum deferret, & quidem ei ex litigatoribus pro quo maior suspicio vrgeret vel præsumptio, potissimum autem reo, qui etiam omnibus cæteris paribus vincere deberet, absoluíque, eo scilicet iure, quo fauorabiliores sunt rei quàm actores *l. fauorabiliores 125. de regul. iur.* Nec ideo tamen existimandum est, superuacuum esse hoc onus iurandi, cùm moueat iudicem, vt pro eo pronunciare cogatur qui iurauerit, quíque iureiurando suo causam certam fecerit, quæ alioqui erat dubia. Porrò dubia esse non intelligitur, si alteruter litigantium, præsertim verò actor suam intentionem non satis plenè probauit, sed tantùm semiplenè, vt puta per scripturam priuatam, aut per comparationem literarum aut per vnum testem, aut per famam, de quibus omnibus latè frustráque nostri post Accursium & Bartolum disputant, ad hanc legem debet ille succumbere, acsi omnino nihil probasset cùm non alius possit vnquam vincere, quàm qui suam intentionem impleuerit *l. vlt. C. de rei vindicat. l. 4. C. de edend.* id est, plenè probauerit, siue actor ille sit qui actionem suam fundare debuit, siue reus qui suam exceptionem. Nam & reus in sua exceptione actor est *l. in exceptionibus 19. infr. de probat.* Et verò faceret reo iniuriam iudex si à actore in suis probationibus deficiéte iusiurandum etiam ipsi

ipsi reo deferret, cùm vincere hoc casu reus debeat, etiamsi nihil præstiterit, vt disertè scriptum est in *d. l. 4. C. de edend.* Quantò magis si in ea causa iusiurandum deferat actori, vt inuito reo litis decisionem per illo committat actoris, quem repellere omnimodo deberet, non testem illum & iudicem in propria causa constituere contra *l. nullus 10. inf. & l. omnibus 10. Cod. de testib.* Nec rursus vnum testem quantumuis integrum habere pro semiplena probatione, cùm dici soleat & verissimum sit, extra quosdam singulares casus vocem vnius etiam senatoris vocem esse nullius *l. iurisiurandi 9. §. 1. eod. tit.* Quod tamen non verè diceretur, si posset vnus testis prodesse ad obligandum iudicem vel inuitum, vt ei, qui vnum testem haberet iusiurandum, deferre cogeretur, neque verò hæc iurisiurandi exactio esset facta per iudicem, de qua tamen sola Caius hîc loquitur, sed delatio: quæ longè diuersum quid est. Exigit enim iusiurandum iudex volens ab inuito in dubiis causis, non autem inuitus à volente, multo minùs à requirente, cùm non possit, non esse suspectus, vel maximè qui non solum vltro se iuriiurando offerat, vt testem se constituat in causa propria, quemadmodum & pro suspecto haberi solet, qui se pro alio testem vltrò ingerit aut procuratorem *l. 5. inf. de testib. l. qua omnia 25. sup. de procur.* At delatio fit à volente volenti, nec vnquam à solo iudice, sed ab aduersario primùm deferente, siue actor ille sit, siue reus. Dubiam igitur causam non aliam Caius hîc intelligere potuit, quàm in qua vterque litigatorum intentionem suam plenè probauerit, ita vt propter conflictum probationũ non facilè possit iudex, vt diximus, apud se constituere, quis vincere debeat: ita vt iurare ipse etiam liquidò possit, sibi non liquere. Quo tamen casu æquius est, vt iusiurandum exigere à reo debeat, vt pro eo posteà iudicet, qui alioquin summo iure cæteris paribus etiam citra iusiurandum vincere & absolui deberet, quàm actori qui cæteris quoque paribus deberet succumbere: Ideóque benè Caius, si tamen hæc lex Triboniani non est, potiùs quàm Caij, eas constitutiones quæ contra ius commune quod anteà obtinuerat, induxerunt, vt etiam post iusiurandum exactum, latámque pro eo, qui iurauit, sententiam permittatur ex integro causam agere, si quis noua se instrumenta dicat inuenisse, quibus nunc solis vsurus sit: tunc demum locum habere, cùm à iudice absolutus quis fuerit, vt intelligamus, non temerè idem actori indulgendum esse, vt ex suo iureiurando debeat vincere, sed reo duntaxat, cùm tamen eo iure, quo interpretes, & pragmatici nostri vtuntur, præcipuus vsus iurisiurandi istius, quod suppletorium aut suppletiuum vocant, pro actore sit potiùs quàm pro reo, sicuti actor solus est, qui probatione oneratur non reus *d. l. 4. C. de edend. d. l. vlt. C. de rei vindic. l. actor 23. C. de probat. l. adseueratio 10. C. de non numer. pecun.* Et tum quoque cùm reo, qui suam exceptionem minùs plenè probauerit, tale iusiurandum defertur, non tamen quasi reo defertur, sed tanquam actori, quia reus, vt diximus, in sua exceptione, actor est *d. l. in exceptionibus §. 1.* & ei semper incumbit onus probandi qui dicit non qui negat *l. 2. eod. tit. de probat.* Vnde est quod Africanus scribit in *l. si prius quam 15. in fin. infra de oper. noui nunciat.* Actoris partes sustinere, aut actoris partibus fungi, nihil aliud esse, quam probandi onere ac necessitate adstringi. Potest tamen interdum fieri, vt etiam circa intentionem ipsam actoris plenè ab eo probatam, conflictus talis sit probationum rei, vt maior tamen si non præsumptio, saltem suspicio sit pro actore, fortè quia vel pluribus nitatur testibus, vel qui sint maioris fidei & existimationis, aut alia de causa minùs suspecti, quàm qui à reo producti sunt, nec tamen pro actore citra iusiurandum pronunciare iudex satis tutò possit, aut quòd reus quoque alias pro se verisimilis suspicionis & præsumptionis causas habeat, aut quia solus rei fauor non minoris momenti & ponderis esse debeat, ad mouendum iudicem, vt pro reo pronunciet, quàm suspiciones illę & præsumptiones quæ faciunt pro actore: nec tamen tantus possit esse fauor ille, vt non potiùs pro actore iurante iudicandum sit, fortè quòd eius persona sit honestißima & spectatæ fidei, persona verò rei vilis aut etiam turpis & infamis. Cur non hoc saltem casu & aliis, si qui sunt similes, permittamus iudici in causa dubia hæsitanti, vt iusiurandum actori deferat, potiùs quàm reo, vt postmodum pro actore contra reum pronunciet? Quandoquidem nullo quoque exacto iureiurando vincere tamen hoc casu actor deberet, qui intentionem suam non modò plenè sed etiam verisimilioribus testimoniis aliísve argumētis comprobasset. Nulla certè hoc casu fit reo iniuria, fieret autem actori si solo rei fauore vinceretur, qui tamen grauiores pro se ac probabiliores haberet probationes. Alioqui nec si bonam causam actor haberet, vincere tamen vnquam posset, sed rei fauore semper vinceretur, saltem eo casu quo reus aliquas pro se adferret probationes, quamuis leuiores, aut suspectiores, quod certè esset iniquum. Fateor tamen posse hoc rarius contingere, & à communiter accidentibus dicendum potius esse, iusiurandum de quo in hac lege agitur, reo deferendum esse, non actori, vt si iuret absoluatur. Eúmque sensum esse horum verborum ***tunc videntur locum habere cùm aliquis absolutus fuerit.*** Quæ verba conuincunt etiam manifestè interpretationem Dyni existimantis, intelligendam esse legem hanc de eo casu, quo iusiurandum à iudice exactum, nulla dum subsecuta sit sententia: quomodo enim posset reus absolutus esse, nisi per sententiam? *l. 1. infra de re iudic. l. pen. infr. de confess.* Item illa præcedentia ***ex integro causam agere.*** Non enim de causa ex integro agenda tractandum esset, sed de lite prosequenda, si nihil dum iudicatum proponeretur, quòd si reus fuerit condemnatus, eo nimirum casu, quo diximus, etiam actori posse hoc iusiurandum deferri, adeoque ab ipso inuito exigi, vt secundum eum pronuncietur. Nec enim quod actori licet, non debet etiam reo licere, vt habet vulgata iuris regula *l. non debet actori 41. de regul. iur.* Ergo ei qui in causa dubia succubuit ob iusiurandum aduersarij, à iudice exactum, siue actor, siue reus sit, permittendum est ex Constitutionibus, vt causam ex integro agat, sed hoc non passim, at vno illo casu, qui in hac lege ponitur, quo dicat noua se instrumenta inuenisse quibus solis nunc sit vsurus. Quo tamen etiam casu illa dubitandi ratio semper manet, quam initio attulimus, quòd is qui iurauit, nunquam debeat condicionis esse deterioris, ob id solùm quod iurauerit, & tantò melioris, quòd postquàm iuratum est, de periurio quæri ampliùs non potest *dict. l. 1. Cod hoc tit. nisi in casu l. vlt. eod. tit.* Atqui si iuratum non esset, nemo diceret sententiam retractari debere prætextu nouorum instrumentorum, etiam quibus solis se vsurum victus diceret *dict. l. sub specie & d. l. Impera-*

teres. An fortè ita placuit in odium peierantis? vt post Accursium Bartolus & alij omnes putant. Atqui nullum peierantis odium esse potest, quin priùs constet de periurio, de quo tamen, vt diximus, nequidem inquiri potest *dict. l. 1. l. vltim. infrà tit. proxim.* Nec enim quisquam odio dignus est ob id solùm, quod iurauerit, maximè si mandante & iusiurandum exigente ipso iudice id fecerit *l. non videntur data 167. § 1. de regul. iur.* sicut è contrario non potest dolo carere, qui iubenti iudici non obtemperauit *l. non potest dolo 199. eod.* Sed & quamuis speciale esset, hoc casu vt de periurio quæri posset, quod tamen ferendum non est, non tamen video qua ratione periurus probari possit ille, qui suam intentionem plenè probauit si verum est, vt est, quod nos contendimus, non de alio iureiurando Caium hîc tractare, quàm quod per iudicem in causa dubia exactum sit ab eo qui plenè probauerit, sed cuius tamen probationes contrariis aduersarij probationibus, quamuis paullo leuioribus, debilitentur, & apud animum iudicis in dubium & suspicionem adducantur, præsertim cùm is contra quem iuratum est, & iudicatum non possit admitti ad causam ex integro agendam, quam cauerit nuda saltem repromissione, se nec prioribus vsurum probationibus nec aliis instrumentis, quàm quis se dicat noua inuenisse, nisi fortè poneres probationes illius qui iurauit & vicit, & quas iudex pro plenis habuit, ex postfacto, id est, ex nouis instrumentis, quibus nunc solis victus vtitur, falsas & falsò fabricatas apparere, quod etsi vix potest euenire, potest tamen, sed neque hoc sufficeret ad probandum & ex periurio inducendum odium eius, qui iurasset, si non etiam dolus ipsius probaretur. Aliud enim est falsum iurare, aliud falsò, nec periurus ille est qui falsum iurat, sed qui falsò, id est scienter, ac dolo malo, vt diximus *ad l. qui iurasse 26. supr.* Referenda igitur potiùs est tota huius legis ratio ad id, quòd in causa dubia, & vt pragmaticorum nostrorum verbo vtar, arbitraria, in qua liberum erat iudici animi sui arbitrium sequi, & in quam vellet partem pronunciare, non tanta fiat victori iniuria, quamuis ex integro causa agatur, quanta fieret, si iure suo, id est, ex mera iuris ratione, ac inuito ipso quoque iudice, quod non semel accidit, vicisset, quoniam & ante sententiam succumbere potuisset, nec iniustè, si eam partem propensio & arbitrium iudicis elegisset. Quamquam enim non satis iustè factum quid dici potest, si iustius aliquid fieri potuerit *l. quoties 200. de regul. iur. l. bona fides 50. infr. deposit.* non tamen iustè factum possis negare, quod iniustè factum probare non possis. In arbitrariis autem probari nequit iniustè pronunciatum esse, quod iudex pro arbitrio suo pronunciauerit, dum ne quid per sordes aut per gratiam, aut per imprudentiam iurisq; imperitiam color arbitrio quæsitus probetur, quod hodie quàm plurimi iudices faciunt, omnia ferè de quibus iudicant constituentes arbitraria, vt hoc colore, legibus & certissimæ iuris rationi impunè illudant, ac in alienis litibus & patrimoniis disperdendis, tuta, vt sibi videntur conscientia grassentur: non ergo magnam querelæ occasionem habet is, qui ex iureiurando suo vicit, etiam post fundatam plenè intentionem suam, si aduersario permittatur causam ex integro agere, quam plenis quoque ex parte sua probationibus iam instruxerat, & in qua vincere iustè poterat, saltem adhibito ex parte sua iureiurando, si fauorabiliorem minúsque scrupulosum iudicem habuisset: enimuerò fatendum est in retractanda ex integro causa, non aliter posse hunc vincere, quàm si ex nouis instrumentis quibus nunc solis vtatur, clarissimas & certissimas sui iuris probationes adferat, cùm sit difficilius, vt eum vincat, qui non tantùm ex plenis suis probationibus, sed etiam ex iureiurando suo anteà vicerit: præsertim cùm apud eundem iudicem causa retractanda sit, non apud alium qui suspiciones, præsumptiones, rationes denique nesciret fortasse quibus prior iudex permotus fuisset. Ex quo apparet iusiurandum hoc, quod in dubiis causis per iudicem exigitur, nec decisiuum aut decisorium litis dici posse, cùm non exigatur nisi ab eo, qui plenas suæ intentionis probationes adferat, ex quibus etiam citra iusiurandum posset ac deberet vincere, nec proinde probationis suppletiuum, vt nostri vocant, cùm plena probatio qualem hîc præcedere necesse est, nullo supplemento aut adminiculo indigeat, nec denique necessarium, quia licèt in dubia causa iudex in dubio ipse constitutus, non aliter quàm exacto iureiurando iudicare velit, posset tamen si vellet, nec iniustè, vt dictum est, si arbitrium tale suum interponere quàm iusiurandum exigere maluisset, quod proinde non tam necessarium, vt litem decidere iudex per se possit, & quidem pro eo ipso pro quo post iusiurandum exactum iudicat, quàm vt melius ex animi sui sententia, vel interdum etiam tutiore conscientia pronunciet. Itaque purgatiuum dici potius deberet, cùm ideo interponatur, vt qui iurat, iudicem suum adhuc dubium faciat de iure suo certiorem, etsi non eo sensu purgatiuum dici potest quo iusiurandum illud, cuius mentio fit *in l. præsenti 6. § cùm autem versicul. sicuti deposita Cod. de his qui ad eccles. confug. l. vltim. Codic. de fid. instrum. l. vltim. § licentia Cod. de iur. delib. & Nouell. 73. de instrum. cautel. & fid. c. § 4. si tamen quisquam.* Iusiurandum enim illud interponitur ideo duntaxat, vt quis se purget de dolo malo, hoc autem vt actor iuret rem suam esse vel sibi obligatam vel sibi deberi, reus verò rem suam esse, aut non obligatam, aut se non debere, denique super principali negotio, acsi foret litis decisorium, & ad necessitatem litis decidendæ potiùs quàm ad instructionem animi iudicis comparatum. Et hæc quidem nostra de huius legis interpretatione sententia est à Duareno primùm tentata, posteà verò à nobis defensa, probatáque sæpius tam *in libris Coniecturarum quàm in Chiliade nostra de error. pragmat. & interpr. iur.* Cui conuenit mirificè quod scriptum est *in cap. vltim. Extr. hoc tit. de iureiur.* Eius namque loci non alium quàm huius legis sensum esse putandum est: & verò quis credat in tam multis iuris nostri locis, qui extant & de iureiurando & de probationibus nullam aut à prudentibus, aut ab Imperatoribus factam esse, nisi in hac lege iurisiurandi huius mentionem, cuius tamen vsum omnium frequentissimum esse maximéque necessarium quotidiana praxis ostendit. Quid enim occurrit in praxi frequentius, quàm vt nunc actoris, nunc rei probationes minùs plenæ sint, & consequenter de iis per hoc iusiurandum supplendis quæri oporteat? Scio nostros adferre tanquam

quam

quam simile quod ab Imperatoribus rescriptum est *in l. in bonæ fidei 3. Codic. hoc titu.* In bonæ fidei contractibus, necnon etiam in cæteris causis, inopia probationum per iudicem iureiurando causa cognita res decidi oportere. Quo loco passim abutuntur, vt iusiurandum hoc suppletiuum & necessarium in supplementum probationis deferendum esse probent: sed quis non videt, non de alio iureiurando Imperatores intelligere quàm quod à parte parti decidendæ litis gratia in iudicio deferatur, & à iudice adprobetur, non quod à iudice ipso inferatur, vt loquitur Iustin. *in l. generaliter 12. in princip. & §. 1. eod. tit.* Illa namque verba *per iudicem* non ad dictionem *iureiurando* quæ statim sequitur, referenda sunt, sed ad postrema *decidi oportere* acsi scriptum esset decidi rem per iudicem oportere inopia probationum, causa cognita. Neque verò ponit lex iusiurandum exactum à iudice in causa dubia ad rei potissimum absolutionem, vt in hac lege, sed generaliter de iureiurando à parte parti delato in iudicio, vt per iudicem decidi lis possit siue pro actore, siue pro reo. *inopia probationum* inquit lex, vt & in *l. vlt. infra de prætor. stipulat. iunct. l. vnic. versic. in aliis autem Cod. de senten. quæ pro eo quod inter.* Quod quid aliud est dicere quàm *deficientibus omnibus probationibus* vt Paulus loquitur *in l. tutor pupilli 35. in princip. infr.*? licèt sciam Cuiacium *ad d. l. tutor* aliter explicare quasi aliud sit defectus, aliud inopia probationum & quasi *dict. l.* 3 loquatur de iureiurando à iudice delato non à parte, quod non probo, *argum. dict. l. vlt.* Inops enim verè & propriè ille est qui nullas habet opes, ne stipem quidem. Inopia ergo probationum illa quæ nullas omnino habeat probationes, non quæ minùs plenas. Quamquam & parum refert ad amittendam litem an quis nullas omnino probationes habeat, an aliquas quidem sed minus plenas, & vtroque casu facit inopia probationum vt non nisi iureiurando decidi res possit, sed quod delatum esse ab aduersario aut à iudice, necesse sit non ab eo ipso qui iuraturus est, postulatum. Cur verò addit *causa cognita*? Nempe quia non quodlibet iusiurandum admittere iudex debet, sed ita demum si delatum sit, ab eo qui deferendi ius habuit, & ius administrandarum rerum vt *in l. iusiurandum quod ex conuentione 17. §. 1. & seqq. supra dict. l. tutor infr.* Item si iusiurandum præstitum sit eo modo quo fuit delatum *l. 3. §. vltim. l. 4 & 5. supra hoc tit. l. qui per salutem 33. infr.* Et verò aiunt Imperatores, inopia probationum rem iureiurando decidi per iudicem oportere non tantùm in bonæ fidei contractibus in quibus multa sunt singularia *l. in omnibus 41. suprà de iudic. l. 7. infrà de eo quod cert. loc. l. 5. infrà tit. proxim. l. 13. Cod. de pact.* sed etiam in cæteris causis, vt significent non in iudicis arbitrio, sed in mera iuris necessitate positum illud esse, nam vt Donatus in Hecyra scripsit, vbi argumenta & testimonia deficiunt, ibi iureiurando opus est, sed quod deferendum sit aduersario ab eo qui probationum inopia & egestate laborat, non quod illi ipsi à iudice deferri oporteat inuito aduersarium. Caius verò in hac lege, si modò Caius ille est, vt iam dixi, non Tribonianus, scribit solere iudices in dubiis causis iusiurandum exigere, & secundum eum pronunciare, qui iurauerit, ita innuens factitare hoc iudices solere quod facere si nollent, non cogerentur, cui conuenit quod Iustinianus præfatur in *dict. l. generaliter. versic. Cum enim iam increbuerit iudices in plerisque definitione sacramentum imponere*, ita innuens Caij aliorùmque prudentum nostrorum temporibus nondum ius illud obtinuisse, sed cœpisse paulo ante Iustiniani tempora, exindéque factas esse constitutiones illas, quarum hæc lex meminit, quæ tantùm abest vt prudentibus nostris fuerint cognitæ, vt nec vlla earum mentio extet in Codice: Vnde in suspicionem veni iampridem totam legem hanc, quæ sola tot errorum materiam interpretibus præbuit, Triboniano adscribendam esse, cui velle contigit aliquid in Pandectis ponere de huiusmodi iureiurando, de quo tam multa in *d. l. generaliter.* De cuius etiam sententia videnda sunt quæ & in *Coniecturis nostris & in Chiliade* scripsimus. Illud certè fateri coguntur interpretes, iusiurandum hoc quod suppletiuum & necessarium appellant, non habere locum in causis criminalibus, nec in magnis quæ criminalibus æquiparantur, nec per iudicem deferri posse, si non petatur, nimirum vt iurisiurandi huius iniquitatem, quam dissimulare non possunt exceptionibus illis & aliis nonnullis quas in eorum Commentariis videre est leniant atque temperent. Quibus vt tanto faciliùs assentiar, id addit quod nec vllo casu pateter, si prohibere possem, vt iusiurandum hoc admitteretur, quod nec in Parisiensi Curia admitti vnquam potuisse plerique ex pragmaticis Gallis testantur. Sed mis verò est Bartolus, qui vt probet hanc iurisiurandi speciem planè commentitiam non valde à naturali ratione & æquitate abhorrere, tentat agere Theologum, & opinionis suæ confirmationem quærere ex illo Euangelij loco *adhibe tecum testem vnum vel duos vt in ore duorum vel trium stet omne verbum.* Quòd in ore duorum ita demum stet verbum, si stet in ore dicentis & testis adhibiti: sicut in ore trium illud demum stat, quod habet duos testes adhibitos, & ipsum quoque dicentem: quo argumento si rectum esset, æquè probaret Bartolus plenam esse probationem, si quis pro sua intentione probanda vel vnum testem habeat, nullo etiam interueniente iureiurando. Quod tamen nec Bartolus ipse, nec post eum quisquam dicere ausus est, neque verò de illo Christus dominus loquitur, qui ad vtilitatem aliquam consequendam ex proprio testimonio velit proximum corripere, quasi huic credendum sit in causa propria vno teste adhibito, vt in numero duorum testium qui omnimodo ad probationem requiruntur is quoque cuius interest & qui se actorem constituit, computari debeat: sed de eo qui fraterna charitate animatus id agat, vt proximum qui aduersus eum peccauerit corripiat & corrigat, quam nos fraternam correctionem appellamus, ab omni specie litis & iudicij remotissimam, solitisque charitatis Christianæ vinculo, quod perfectionis vinculum est, subnixam, sed omissa si placet ista Bartoli nostri Theologia, pergamus iam ad leges cæteras.

32. MODESTINVS libro (tertio) Differentiarum.

IVrisiurandi gratiam facere pupillus non potest.

Ad l. Iurisiurandi 32.

RAT. DVB. Pupillus deferre iusiurandum potest, etiam sine tutoris authoritate, quamuis eo casu exceptio competens ex eiusmodi iureiurando elidi possit & debeat per replicationem, quia pupillus rerum suarum administrandarum ius non habet, cæterùm quin tutore authore iusiurandum deferre possit ex quo danda sit exceptio, cum effectu nemo dubitat *l. iusiurandum quod ex conuentione 17. §. 1. suprà hoc tit.* Nam & tutor ipse solus posset deferre, saltem deficientibus aliis omnibus probationibus *l. tutor 35. in princip. infr.* Ergo etiam iurisiurandi gratiam facere pupillus potest, saltem interueniente tutoris authoritate. Eius siquidem est iurisiurandi gratiam facere, id est, iusiurand m remittere, cuius est deferre *l. remittit 6. iunct. §. vltim. legis praced. suprà hoc tit.* Et tamen Modestinus hic negat posse pupillum gratiam facere iurisiurandi, quod Accursius noster sic intelligit, & benè, vt ne quidem tutore authore possit. DEC. Non omni titulo potest tutor, aut etiam pupillus ipse tutore authore alienare, sed eo demùm casu quo expediat pupillo, nec aliter ei consuli melius possit *l. non omni 16. Cod. de admin. tutor.* Nec enim tutor in omnibus & per omnia domini loco est, sed tunc tantùm cùm rem pupilli ex bona fide administrat, non etiam cùm eum spoliat *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. Pro emptor* Atqui is qui gratiam facit iurisiurandi iam delati susceptique alienat, éstque illa species quædam donationis, quæ tutoribus omnibus interdicta est omni casu *l. cùm plures 12. §. penult. l. Lucius 46. §. vltim. infra de admin. tutor. l. non omni 16. Cod. eod.* quia donare nihil nisi perdere est *l. filiusfamilias 7. infra de donat.* Si enim alienare intelligitur etiam is qui iusiurandum defert *dict. l. 17. §. 1. supr.* quanto magis ille qui iurisiurandi iam delati susceptique gratiam facit? siquidem potest delatio ipsi etiam deferenti prodesse aliquo casu, puta si is cui delatum est, nec iurare velit nec referre, cogetur enim soluere *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. ait Prætor & l. manifestæ 38. infra hoc tit.* aut si referre malit quàm iurare, & pupillus iuret. At iurisiurandi remissio non potest non esse damnosa remittenti, cùm exinde iusiurandum habeatur pro præstito, & quod est consequens, is qui detulit & remisit pro victo, & statim aut summouendus si actor sit, aut condemnandus si reus *dict. l. 34. § vlt. infr.* Ratio igitur facit & pupilli vtilitas omnino exigit, vt iurisiurandi gratiam facere pupillus nullo casu possit, ne quidem tutore authore quamuis iusiurandum deferre possit, saltem cum tutoris authoritate, neque verò nouum est vt contrariorum non sint pares consequentiæ, vbi diuersa eorum ratio est *vulg. l. illud 32. sup. ad l. Aquil. l. 3. §. vnde etiam de iniust. rupt.* Aliud est, si delatum iusiurandum necdum præstitum reuocare pupillus velit. Potest enim saltem tutore authore: & tutor solus sine pupillo, sed ex causa, id est, si probationes superuenerint *arg. d. l. tutor & l. si quis 11. C. hoc tit.*

33. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

QVi per salutem suam iurat: licèt per Deum iurare videatur: (respectu enim diuini numinis ita iurat) attamen, si non ita specialiter iusiurandum ei delatum est, iurasse non videtur. & ideo ex integro solemniter iurandum est [a].

Ad l. Qui per salutem 33.

RAT. DVB. Is qui per salutem suam iurat cùm ei delatum esset iusiurandum, vt per Deum iuraret, quod in dubio quoque factum intelligitur, cùm simpliciter delatum est, vt hæc lex innuit non nisi respectu diuini numinis ita iurasse intelligitur. Quis enim nescit soli Deo iurari & in omni iureiurando Deum testem & iudicem adhiberi, ergo nihil refert an per Deum iurauerit, an per suam salutem, cùm in rebus omnibus, maximè verò in iureiurando, magis spectandum sit quid in iurantis animo & intentione fuerit, quàm quid in nuda verborum figura, nam & in cæteris solemus dicere, nihil referre quid ex æquipollentibus fiat *vulg. l. vlt. infr. mandat. l. mulier 22. ad SC. Trebell.* DEC. Non valet iusiurandum, nisi eo modo præstitum sit quo delatum *l. 3. §. vlt. & l. 4. & 5. in princip. supr. hoc tit.* quia pactionis & transactionis vim & instar obtinet *l. 2. l. qui iurasse 26. § vlt. sup. l. tutor 35. §. 1. infr.* Videtur enim conuenire inter litigatores, vt is qui iusiurandum defert, ita demum vincatur, si aduersarius iurabit ad eum modum qui delatus est, quia nec aliter delaturus fuisse credendus est. Forma igitur delati iurisiurãdi ad vnguem seruanda est, ne alioqui fiat iniuria ei qui cum aduersario egit tam liberaliter, quamuis ex mera plerumque necessitate, ac omnibus aliis destitutus probationibus, vt eum testem ac iudicem in propria causa constituerit *l. 1. infr. quar. rer. act. non det. iunct. l. vlt. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Nec sufficit vt ex æquipollentibus quid fiat, quoties certa & solemnis faciendi forma præscripta est *l. cùm hi 8. § si Prætor aditus sup. de transact. l. 1. §. si quis ita & seq. infr. de verb. oblig. l. Græcè 8. §. illud commune est infra de fideiuss.* Ergo si cùm tibi delatum esset iusiurandum, aut simpliciter aut nominatim, vt per Deum iurares, tu per salutem tuam iuraueris, licèt diuini numinis respectu id feceris, non tamen videri potes benè ac ritè iurasse, & iuxta formam delatam vt pragmatici loquuntur, & ideò vt Vlpianus hîc subiicit.

a *Ex integro solemniter iurandum est.* RAT. DVB. Iusiurandum ritè delatum suscipi; & præstari ex interuallo non potest, quia tacitam illam conditionem habere intelligitur, si statim iurabitur, nec audiẽdus est is cui delatum est, si posteà iurare paratus sit *l.*

sit *leg. remittit. 6.* vbi diximus *supr. hoc tit.* multo minùs audiri debere videtur is, qui semel iurauit, licet malè & contra formam delatam, si ex integro iurare velit, cùm delatio ad primum actum iurisiurandi restricta esse videatur, nec ad aliud iusiurandum extendenda *arg. leg. bonis 89. §. hoc sermone infr. de verb. signific. leg. matrimonij 21. infr. Qui & à quib. manum.* Sibi enim debet imputare, & ex integro iurandi ius amittere is, qui malè iurauit cur non meliùs, & secundum formam delatam iurauerit, ita vt nec vllum ex ea amissione damnum sentire videatur. Ex regula *leg. quod quis 203. de regul. iur.* DEC. Non potuit iusiurandum suscipi ac præstari, nisi agnita & acceptata condicione delata, quamuis contra eam formam iuratum sit. Iusiurandum autem statim, & ab initio fuisse sufficit, nec illud etiam requiritur vt incontinenti iuretur, vt diximus ad *d. leg. remittit.* Quamquam nec ad speciem huius legis acommodata est illa obiectio. Ponimus enim & statim susceptum esse iusiurandum, & statim præstitum, licèt non ad eum modum quo iurari debuit, sed cùm malè ac perperam iudicatum sit, dicimus ex integro solemniter iurandum esse, quoties enim aliquid factum est, quod fieri quidem debuit, sed aliter tamen factum est, quàm fieri debuerit, ex integro faciendum est, *leg. de die 8. §. si seruus & seq. supr. qui satisd. cogant.* Et in exemplo quod affert Accursius de optione malè facta, ex *leg. 2. de opt. legat.* & Bartolus de electione Potestatis ex *d. leg. 2. & leg. serui electione 5. de legat. 1.* De teste malè audito, qui ex integro audiendus est, etiamsi pars aduersa iam didicerit testificata. Item de sententia perperam & nulliter lata, quæ iterum ferenda est *leg. 1. C. de sentent. & interloc. omn. iudic. leg. hac sententia 3. C. de sentent. quæ sin. cert. quant. profer.* Quamquam postremum hoc moribus nostris exoleuit, quibus inductum est, vt à qualibet sententia quantumuis nulla, necessariò appellandum sit, alioqui teneat, nec per viam nullitatis, vt aiunt pragmatici, impugnari possit. Proinde impedit omnino ne alia sententia ferri ampliùs possit. Sufficit enim tantum illam habere virium quantum necesse est, vt ad eam rescindendam appellari necesse sit. *leg. 3. §. falsus procurator infr. Ratam rem haber.* Et quemadmodum olim iudex posteaquàm pronunciauerat siue bene siue malè, officio suo functus dicebatur *leg. iudex posteaquàm 55. de re iudic.* Ita & hodie siue ritè siue non ritè ac nulliter. Quod autem obiecimus iurisiurandi delationem non nisi ad primum iusiurandum restringi debere, ad rem planè non pertinet: Iusiurandum enim quod Vlpianus ait solenniter ex integro præstandum esse, non aliud est, quàm quod fuit & delatum & susceptum & præstitum, sed quia malè præstitum ex integro præstandum est, ne iam delatio quàm susceptio iurisiurandi fiat inutilis, nec sanè Prætor tam facilè pati debet, vt tantum litis expediendæ remedium, quod vsui esse possit abiiciatur. Præter id quod, vt benè obseruat Bartolus, aliud est de iure quærendo tractare, vt in *specie d. leg. matrimonij,* aliud verò de iure iam quæsito, vt in hac lege. Cæterùm hodie iurari apud Christianos solet non per Deum aut per salutem Principis aut suam, vt olim, sed super sacrosanctis Dei Euangeliis. Interdum vt solenniùs super sacrosancto Missæ Canone, sed solemnissimè super sacrosanctis diui Antonij patroni & protectoris mei reliquiis. In dubio tamen si simpliciter delatum sit super Dei Euangeliis delatum fuisse præsumendum est.

34. IDEM libro 26. ad Edictum.

IVsiurandum & ad pecunias, & ad omnes res locum habet. Etiam de operis [a] iusiurandum deferri potest. nec de iniuria queri aduersarius potest [b], cùm possit iusiurandum referre. Quid tamen, si ideo dicat reus [c] se liberatum, quoniam Stichum, quem promiserat, putat decessisse? non erit tutus per relationem: & ideo ex hac causa putat Marcellus, & rectè, aut remittendum ei iusiurandum, aut spatium dandum, vt certioretur, & sic iuret [d].

Ad l. Iusiurandum & ad pecunias, 34.

RAT. DVB. Pro nummis non iuratur in litem *leg. 3. infr. de in lit. iur.* Ergo non est verum, quod Vlpianus hîc scribit, iusiurandum non minùs quàm in cæteris rebus locum habere. DEC. Alia ratio est iurisiurandi in litem de quo *in d. leg. 3.* Alia verò iurisiurandi voluntarij aut iudicialis, de quo in hac lege, & in toto hoc titulo. Iusiurandum in litem non potest deferri pro nummis, quia non defertur, nisi ad ineundam rei æstimationem, quæ aliter iniri iustè non posset *leg. 1. leg. 5. in fin. leg. tutor 8. infr. tit. prox.* Nummorum autem certa & perpetua æstimatio est, non sicuti aliarum rerum varia & mutabilis pro temporum & locorum diuersitate *d. leg. 3. iunct. leg. 3. de eo quod cert. loc.* At iusiurandum voluntarium, & iudiciale defertur in defectum probationis, vt habeatur pro veritate, & veritatis probatione, itémque pro stipulatione pacto conuento transactione, & re iudicata *leg. 1. & 2. leg. qui iurasse 26. §. vlt. supr. leg. prox. §. 1. infr.* Atqui & pecuniæ & cæteræ res omnes in litem deduci possunt, & in stipulationem & in iudicium, & per consequens etiam in iudicatum, Ergo & in iusiurandum. *leg. 3. supr.*

a *Etiam de operis.* RAT. DVB. Operæ non sunt in rerum natura *leg. operæ 9. infr. de oper. libert.* Nec enim peti possunt nisi præteritæ & post peractum diem quo edi debuerunt *leg. 2. leg. si quando 8. eod.* Præteritæ autem edi ampliùs non possunt, alioqui aliæ essent, aut non essent præteritæ *d. leg. si quando.* Ergo in iusiurandum deduci non possunt. Prius enim est vt sint in rerum natura quàm de iis quærendum sit, an in iusiurandum deduci possint, cùm dici soleat, quod est verissimum, non entis nullas esse qualitates *vulg. leg. pen. supr. tit. prox. leg. si parte supr. quemadm. seruit. amitt.* DEC. Operas à

liberto patronus petit, sicut & pecunia credita petitur *leg. 3. eod. tit. de oper. libert.* Nempe quia cùm non possint peti nisi præteritæ, & eo tempore quo in specie amplius edi non possunt, necesse est præstari eas in pecunia, & æstimatione: ac proinde si de hoc ipso quæratur, an debeantur necne, iusiurandum de iis deferri nihil prohibet, siue fabriles sint siue officiales, licèt in quibusdam iuris partibus ea distinctio necessaria sit *d. leg. opera §. 1. l. si non sortem 26. §. libertus infr. de condict. indeb.* Nam & si de statu personæ quæreretur, adhuc tamen dicendum esset, iusiurandum habere locum posse *leg. 3. supr. hoc tit.* Hoc enim est quod proximè diximus, iusiurandum in rebus omnibus locum habere.

b *Nec de iniuria queri aduersarius potest.* Ex hoc versiculo apparet, loqui hîc Vlpianum de iureiurando iudiciali, non de voluntario. Nam in voluntario quod conuentionale est, quia ex vtriusque partis conuentione proficiscitur *leg. iusiurandum 17. in princip. leg. qui iurasse 26. §. vlt. supr. hoc tit.* non potest is, cui delatum est, conqueri vllam sibi factam esse iniuriam, cùm semel voluerit *leg. in diem 9 §. 1. infr. de aqua & aqua pluu. arcend.* Et rursum in conuentionali iureiurando non potest de relatione tractari, de qua tamen hîc tractatur, cùm referri non possit *d. leg. 17. in princip.* Sed in iudiciali, de quo solo hîc agitur, ratio dubitandi illa erat, quæ his verbis satis innuitur, quod iniuria aliqua fieri videatur ei cui iusiurandum defertur, si iurare cogatur aut succumbere, cùm probationes nullas aut minùs plenas habet is qui detulit. Ita namque fit vt de domo aduersarij velit eruere probationes suæ intentionis, quod nimis graue esse dicitur in *leg. nimis graue 7. C. de testib. leg. vlt. C. de edend.* Nec satis bona videtur esse ratio, quam subiicit Vlpianus, *cùm possit* inquit *iusiurandum referre.* Nam si bona quoque illa est, quam accommodat ille ad casum sequentem iis verbis *non erit tutus per relationem*, quid obsecro periculosius dici potest, quàm vt is, qui iurare non vult, cogatur iusiurandum referre, atque ita aduersarium in propria causa iudicem testémque constituere? *leg. 1. quarum rerum actio non det.* Præsertim cùm is cui iusiurandum relatum est, illud iterum referre nunquam potest, ne detur progressus aut circuitus in infinitum. Proinde si quis tam religiosus sit, vt metu & veneratione diuini numinis iurare ipse nolit, quod plerique faciunt non tantùm religionis, sed etiam modestiæ gratia *leg. qua sub condicione 8. de condic. institut. l. illud 25. §. 1. infr. de pecun. constit.* in manifestum discrimen amittendæ litis coniicitur, atque ita iniuriam patitur, si iusiurandum referre compellatur. Quotus enim quisque est litigator, qui non malit iurare quàm succumbere? Et quamuis iurisiurandi relatio etiam delatio sit, magna tamen differentia est inter eum qui defert iusiurandum, & eum, qui refert. Defert enim is duntaxat qui vult, refert verò quis etiam inuitus, si modò iurare nolit. D e c. Manifestæ turpitudinis & confessionis est, nolle iurare, nec iusiurandum referre *leg. manifestæ 38. infr.* Nec de alio proinde quàm de seipso conqueri potest is, qui nec iurare, nec referre vult, siue per modestiam siue per superstitionem impediatur ne iurare velit. Superstitio enim illa veriùs quàm religio dicenda est *d. leg. qua sub condicione.* Denique hoc maluisse videtur, vt *in leg. si patre cogente 22. infr. de rit. nupt.* Satísque humaniter agit Prætor cum eo qui iurare non vult, quod non statim habet eum pro victo, sed facultatem ei præbet referendi iurisiurandi *§. ait Prætor, & sequ. infr. hac lege. & in leg. item si cùm 14. §. 1. supr. Quod metus caus.* Sicque explicanda est ratio hæc Vlpiani, *cùm iusiurandum referre possit.* Fateor non satis tutum esse eum qui iusiurandum refert, si cum eo conferatur, qui ipse iurat, quando iam ipso iure est liberatus, vt in specie versic. seq. Sed extra illum casum, & si quis alius similis est, optima ratio est quæ hîc adfertur ab Vlpiano, quòd nullam patiatur iniuriam is, cui iusiurandum defertur, si ex Prætoris edicto iurare cogatur aut soluere, cùm possit etiam iusiurandum referre.

c *Quid tamen si reus dicat.* R a t. d v b. Is cui iusiurandum defertur, iudex & testis in causa sua constituitur *leg. 1. infr. Quar. rer. act. non det.* Ergo nulla videri potest ei iniuria fieri, etiamsi talis casus occurrat, in quo non possit esse tutus per relationem, cùm relatione nulla sit opus, si iurare ipse paratus sit. Proinde si dicat reus se liberatum, quoniam Stichum, quem promiserat, putat decessisse, non habet quod conqueratur, cùm non præcisè cogatur iurare, de ea re quam nondum benè certam & exploratam habeat, quod nec sine contemptu diuini numinis facere posset, sed ei liberum sit referre, vt periurij periculum transferat in aduersarium. D e c. Iniuria quidem nulla fit ei cui iusiurandum delatum est, si aut iurare cogatur, aut referre, cùm de ea re iusiurandum delatum est, de qua iurare tutò possit, saluáque conscientia. Sibi namque imputet si ad superstitionem vsque tam scrupulosus fuerit, vt iurare noluerit *d. leg. qua sub condicione 8. de condic. instit.* nisi paratus sit referre. Sed is cui iusiurandum defertur ea de re, quam pro certa & cognita non habeat, iniuriam certè patitur si cogatur aut iurare statim aut referre, cùm nec iurare possit absque periculo periurij, quod ab eo suscipi nec bonum nec æquum est, aut inuitus aduersarium iudicem testémque in propria causa facere, quod nimis durum est. Neque verò alius quisquam referre cogitur, quàm qui prior ipse iurare tutò poterat si voluisset. In proposita verò specie debitor Stichi dicens se liberatum, quòd putet Stichum decessisse, nulla dum contracta in eo soluendo mora (hoc enim ponendum est necessario, quia nil alioqui prodesset interitus, qui post moram contigisset *leg. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. leg. si ex legati 23. & seq. infr. de verb. oblig.*) iustam habet exceptionem per quam non modò absolui possit, sed etiam actorem summouere, tanquam agentem sine actione & obligatione, cùm interitu rei debitæ ante moram contingente debitor liberetur *leg. si fideiussor 19. supr. de dolo.* Sed tamen factum ex quo nascitur exceptio, probare debet, quod porrò per iusiurandum probare non potest, nisi certus. Quomodo enim iurare liquidò potest is qui dubitat, an Sitchus decesserit, quamuis putet decessisse? Siquidem liquido iurare nihil aliud est quàm apertè iurare, ac sine vlla dubitatione, vt explicauimus *ad leg. aliàs autem 18. supr.* Cùm ergo iurare nec recuset nec possit, etiamsi maximè velit, nihil ei est imputandum si nec referre iusiu-

iusiurandum velit, ad quod nemo cogitur, nisi qui iurare nolit, cùm possit. Benè igitur Vlpianus hic in illis verbis *non erit tutus per relationem*. Cæterùm quod ex hoc versic. nostri notant, Exceptionem posse opponi etiam per verba dubitatiua, puta si quis dicat *Credo me non teneri*, aut quid aliud simile, itémque ex *leg. si debitor* 41. *supr. de hered. petit. leg. & leg. si quis inficiatus* 13. *infr. depos.* placere mihi non potest. Exceptionem enim certam & indubitatam esse necesse est, vt sequi possit absolutio, certásque eius probationes adferri, quod vel vnus hic locus omnium optimè probat. Non enim admittitur ad iurandum debitor, qui putare se dicit Stichum decessisse, quia exceptio sic concepta nullius momenti est, nisi ad hoc vt ei dari tempus debeat, non ad deliberandum an iurare velit nec ne, vt malè putat Bartolus, cùm in toto hoc §. nullum sit de deliberatione verbum, sed vt Vlpianus loquitur ad hoc, vt certiorari possit quid in veritate facti sit, & sic deinde iuret. Nam si adhuc dubius iurare vellet, non esset audiendus propter nimis euidens periculum periurij, nisi se iam certioratum fingeret, ac mentiretur. Planè ad actoris intentionem excludendam, quemadmodum sufficit reo negare, ita & dicere se dubitare, cùm tam per dubitationem rei, quàm per meram negationem fiat dubia intentio actoris *l. vlt. C. quib. ad libert. proclam. non licet, d. leg. si debitor, & d. leg. si quis inficiatus.* Satis autem sit reo dubiam facere intentionem actoris, ad eam summouendam, ni actor & certam eam proponat, & certis probationibus eam instruat. Id enim est, quod nostri iactitant, probationem dubiam neque concludentem non releuare *leg. neque natales* 10. *leg. non epistolis* 13. *& seq. C. de probat. leg. non hoc* 4. *C. vnd. legit. leg. in duobus* 28. *§. igitur si quis versic. Potest enim fieri supr. hoc tit. leg. miles* 11. *§. quæ propter impuberem in fin. infr. ad leg. Iul. de adult.* Sed aliud est negare intentionem actoris, aliud verò excipere, sicut & aliud vincere reum per non ius actoris, aliud verò vi & ope exceptionis *leg. 4. & leg. vlt. C. de edend. leg. vlt. C. de rei vindic. leg. militis* 36. *§. veteranus de test. milit. leg. loci* 4. *§. competit supr. si seruit. vindic. leg. qui ex liberis* 11. *§. testamento infr. de bonor. poss. secund. tabul.* Cur verò non potest reus in hac specie de sua credulitate iurare? quomodo potest in aliis plerisque casibus, vt in iureiurando propter calumniam præstando *leg. 2. C. de iureiur. propt. calumn. dand.* Et in iureiurando tutoris adfirmantis aut negantis se creditorem pupilli, *Nouell.* 72. *vt hi qui oblig. haber. se perhib. res minor. cap. 3. §. vt autem.* Nempe quia iusiurandum hoc quod & transactionis, & rei iudicatæ & nouationis vim obtinet; vt pro veritate habeatur necesse est præstari de ipsa rei veritate præcisè, non de credulitate *leg. Marcellus* 11. *§. 1. infr. rer. amot.* quod in iureiurando calumniæ diuersum est, & in eo de quo in *d. §. vt autem* quia vtrumque illud iusiurandum interponitur ad id duntaxat, vt reus purget se de dolo malo. Quamquam & in iureiurando calumniæ interdum id ipsum obseruandum est, quod hic Vlpianus scribit, vt ei qui iurare debet, dandum sit spatium intra quod possit meliùs se instruere, vt ex animi sui sententia iuret *d. leg. 2. §. quod obseruari C. de iureiur. propt. calumn. dand.* Potest enim fieri vt quis tam incertus sit, vt nec possit dicere quid putare debeat, nedum affirmare. Sed neque illud tempus dicendum est dari ad deliberandum, vt vult idem Bartolus, sed quò magis certiorari possit is, qui adhuc nescit in quam partem flectere opinionem debeat. Quæ ratio fuisse videtur ob quam olim permittebatur reo ad intentionem, & articulos actoris respondere iuratò per verbum *credit* vel *non credit.* Ne alioqui præcisè cogeretur reus respondere ac iurare de re quam nesciret. Sed posteriores pragmatici meliùs viderunt, omnino affirmatiuam aut negatiuam præcisè fieri debere responsionem vt certum fiat quid certis probationibus comprobari oporteat, vt certa quoque sequi possit sententia. In cámque rem postulanti reo dantur dilationes intra quas certiorari possit quid præcisè & tamen tuta conscientia respondendum habeat, ne conqueri possit se præcipiti festinatione iudicis ad mendacij, & periurij aleam subeundam inuitatum.

d *Et sic iuret.* RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad finem legis præcedentis. Dubitandi quidem illa, quod ex continenti, non ex interuallo iusiurandum suscipiendum sit, quasi delatio iurisiurandi tacitam hanc habeat condicionem *leg. non erit* 5. *in fin. supr. hoc tit.* Sed decidendi illa, quod aliud sit suscipi iusiurandum aliud præstari, suscipiendum namque est incontinenti. Sed incontinenti susceptum præstari etiam ex interuallo potest, quod & Bartolus benè vidit. Sed tamen addere debuit, Posse interdum etiam fieri ex causa vt delatum iusiurandum non statim & incontinenti acceptandum vt loquuntur & suscipiendum sit, vt in proposita specie, id est, cùm iusta intercedit causa differendi, quia nondum sit certioratus reus de veritate facti ex quo sumit exceptionem. Nec enim præcipitandus quisquam est ad periurium, nec moræ & dilationi adscribendum quicquid ex iusta causa fit *leg. sciendum* 21. *& seq. infr. de vsur.* Itaque potiùs remittendum est iusiurandum & consequenter habendum pro præstito, si nolit aduersarius darè actori tempus ad se certiorandum, quàm vt dubius & incertus aut iurare quis cogatur aut referre. Etsi enim iusiurandum remissum habetur pro præstito *leg. remittit* 6. *supr. hoc tit.* Verendum tamen non est ne ex eiusmodi remissione periurus fiat is cui remittitur quomodo fieret si ex delatione iuraret. Periurum enim facere solum iusiurandum potest, sed præstitum non remissum. Hoc verò in reo faciliùs potest contingere qui quoniam nescit quando futurum sit vt conueniatur, non ita paratus habet suas exceptiones, quàm in actore qui non nisi de iure suo certissimus agere potest & debet *leg. purè* 5. *§. vlt. de doli mali except.* Sed tamen potest etiam in actore idem contingere, nimirum si non super intentione actionis propositæ, sed quod plerunque fit, super exceptione aliqua iusiurandum ei deferatur. Nec enim etiam de exceptionibus rei certus esse cogitur.

1 ¶ Defensor municipum, vel cuiusuis corporis, iusiurandum deferre potest si super hoc mandatum habeat.

Ad §. 1. Defensor.

RAT. DVB. Defensor ciuitatis legitimam administrationem habere intelligitur *leg. 1. leg. munerum 18. in princip. & §. defensores infr. de muner. & honor.* ideóque magis æquiparandus videtur tutori quàm procuratori. Vnde est quod de lite ciuitatis potest transigere non minùs quàm tutor, dummodò bona fide id faciat, non per gratiam & collusionem *leg. Præses. 12. C. de transact. iunct. leg. Lucius 46. §. vlt. infr. de admin. tutor.* cùm tamen procurator non possit transigere, quin speciale mandatum habeat, licèt sit procurator totorum bonorum & habeat generale mandatum, si non habeat etiam cum libera potestate *leg. mandato generali 60. leg. procurator totorum 63. supr. de procurat.* Ergo quamuis procurator generalis non possit deferre iusiurandum, nisi speciale mandatum habeat, & aliis quibusdam casibus, de quibus in *leg. iusiurandum quod ex conuentione 17. §. vlt. & leg. seq. supr. hoc tit.* Defensor tamen ciuitatis plus iuris habere debet, vt etiam citra mandatum vllum speciale possit deferre iusiurandum: Eo saltem casu quo tutor posset, id est omnibus aliis probationibus deficientibus *leg prox. infr.* DEC. Ciuitas quidem solet æquiparari pupillo *leg. ciuitas 27.* vbi diximus *supr. tit. prox.* Sed administrator ciuitatis, etiam ab vniuersitate constitutus non potest videri tutoris loco esse, adeóque nec veri procuratoris, sed potiùs actoris, quomodo vocatur *in leg. 2. leg. item eorum 6. §. vlt. leg. vlt. & pass. supr. quod cuiusq. vniuers. nomin.* Minus enim est actorem esse, quàm esse procuratorem, cùm is qui procurator ab aliquo constitutus est, alium procuratorem substituere ante litem contestatam non possit, actorem tamen possit, quod & in tutoribus & in curatoribus obtinet *leg. neque tutores 11. C. de procur.* Satis ergo esse debet defensori ciuitatis, quod tantundem iuris habeat in deferendo iureiurando quantum habet procurator, vt proinde iusiurandum deferre non aliter possit, quàm si speciale mandatum habeat *d. l. 17. §. vlt. & l. seq. supr.* vbi, cùm alij duo casus iungantur, si vniuersorum bonorum procurator quis datus sit, & quidem cum libera, vt ibidem interpretati sumus, aut si in rem suam, idem in defensore & actore ciuitatis possumus dicere, vt his quoque duobus casibus deferre iusiurandum possit, sed alio prætereà nullo, ne quidem si aliæ probationes omnes deficiant. Id enim soli tutori conceditur, qui quoniam non tantùm bonis, sed etiam personæ pupilli datur, vt & curator furiosi & prodigi, dicitur esse loco domini *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor.* Qua ratione nec permittendum puto huic defensori & actori ciuitatis, vt de re vniuersitatis trãsigat, nisi ad hoc quoque habeat speciale mãdatũ *d. l. mandato*, cùm nec ipsi tutori, nisi vix, hoc permittatur, si quoquomodo diminuẽdi patrimonij causa velit transigere *d. l. Lucius 46. §. vlt. infr. de admin. tutor.* Et ita accipiendum puto, quod de transactione, per administratorẽ ciuitatis facta, scriptũ est in *d. l. Præses*, de eo scilicèt administratore cui specialiter hoc mandatum fuerat, vt transigeret, nec puto distinguendum esse cum Bartolo an defensor & actor vniuersitatis constitutus sit ab ipsa vniuersitate, an à Syndicis aut aliis qui rempublicã regunt. Quasi illo casu æquiparandus sit tutori, hoc verò posteriore procuratori. Omni enim casu procuratoris tantùm partibus fungitur *d. l. 2. d. l. item eorum 6. §. vlt. supr. Quod cuiusq. vniuers. nomin.*

2 ¶ Pupillo non defertur iusiurandum.

Ad § 2. Pupillo.

RAT. DVB. Qui iurasse dicitur, nihil refert cuius ætatis sit, sed omnimodo custodiendum est iusiurandum aduersus eum qui detulit *leg. qui iurasse 16. in princip. supr. hoc tit.* Ergo etiam pupillo deferri iusiurandum vtiliter potest. DEC. Ei demùm deferri iusiurandum posse dicendum est qui delatum sibi iusiurandum vel suscipere cogi possit, vel referre, nam cùm iusiurandum instar quoque iudicij habeat *d. leg. qui iurasse supr. & leg. prox. §. 1. infr.* iudicium autem reddatur etiam in inuitum *leg. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obligat.* Quis enim vltrò condemnari velit? Consequens est vt iusirandum etiam inuito deferatur. Quod tamen inutiliter fieret, si non posset cogi ad iurandum aut referendum *§. ait Prætor & seq. infr.* At pupillus non potest cogi vt iuret, non ob id solùm quod rerum suarum administrandarum ius non habeat, ideóque nec deferre iusiurandum sine tutoris authoritate possit *leg. iurandum quod 17. §. pupillus supr.* sed quia nec iurare liquido potest cùm non possit peierare *d. §. pupillus.* vbi diximus. Sed tamen si, aduersario deferente, iurauerit pupillus, etiam sine tutore, conseruandum ei erit iusiurandum aduersus eum qui detulit *d. leg. qui iurasse* quoniam sibi imputare debet qui detulit pupillo, nec quod in pupilli fauorem constitutum est, vt deferri ei iusiurandum non possit neque iurare cogatur aut referre, in eius damnum & perniciem retorquendum est, vt nec si iurauerit, id custodiendum sit *leg. pen. C. ad SC. Trebell. leg. non eo minus 14. C. de procurat. leg. nulla 25. supr. de legib. leg. quod fauore 6. C. eod.* Aliud est cùm de in litem iurando quæritur. Eo namque casu, nec si velit pupillus, iurare tamen ei vnquam permittitur. Tutori verò eius permittitur quidem sed ita tamen vt iurare non cogatur *leg. 4. infr. tit. prox.* vbi de eo dicemus latiùs & rationem diuersitatis adferemus.

3 ¶ Procurator non compellitur iurare, nec defensor. & ita Iulianus scribit libro decimo Digestorum, defensorem iurare non compelli: sufficeréque ad plenam defensionem, si paratus sit iudicium accipere.

Ad §. 3. Procurator.

RAT. DVB. Defendi siue per procuratorem, siue per defensorem is demùm intelligitur qui per absentiam suam in nullo deteriorem causam aduersarij sui facit *leg. 2. §. defendi infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Atqui deterior fieret condicio aduersarij, si neque procuratori, neque defensori alterius defer-

deferre iusiurandum non posset ad compellendos eos iurare aut iusiurandum referre quorum alterutrum facere dominus ipse omnimodò cogeretur. *§. ait Prætor hac leg. & leg. manifestæ 38. infr. hoc tit.* Ergo etiam procuratori iusiurandum deferri potest, cùm is etiam in iure interrogatus ex omnibus causis respondere debeat, ex quibus dominus deberet *leg. non solùm 39. in princip. supr. de procurat.* Multo igitur magis defensori, quandoquidem defendere est eandem vicem quam reus subire *leg. minor 51. §. quoniam eod. tit.* Quidni ergo iurare debebit quisquis alium defendit, eo casu quo ipse qui defenditur, iurare cogeretur? Dec. Non debet procurator egredi fines mandati, qui è contrario diligenter ei custodiendi sunt *leg. diligenter 5. infr. mandat.* Atquin is qui alium defendit siue mandato aliquo interueniente, qui specialiori nomine procurator dicitur, siue nullo, qui defensor potest commodè absentem defendere, ac litis victoriam ei comparare etiam citra iusiurandum, cùm vix sit vt ad hoc deferendi iurisiurandi auxilium quisquam confugiat, nisi qui litem in eo statu esse videat, vt iamiam sit succumbendum, nisi delatio iurisiurandi spe futuræ relegationis aut recusationis meliora eum sperare iubeat. Cur ergo permittamus vt ei iusiurandum deferatur, & vel iurare cogatur, vel referre? Nam nec si mandatum habeat ad agendum vel ad defendendum, alia tamen ei concessa esse intelliguntur quàm ea sine quibus mandatum exequi commodè non posset *leg. ad rem mobilem 56. leg. ad legatum 62. supr. de procur.* in quo numero iusiurandum non est. Præter id quod, vt benè addit Accursius, graue est inuitum quem sub alieni compendij emolumento compelli etiam periurium anceps subire, vt idem Vlpianus noster scribit *in leg. videamus 5. infr. tit. prox.* Et licèt defensoris qui vltro se offert liti alienæ defendendæ sine mandato, soleat in plerisque causis durior esse condicio, quàm procuratoris qui mandatum habet, in eo potissimùm vt de rato cauere cogatur *leg. 1. C. de procurat.* & fideiussorem dare (nemo enim alienæ litis defensor idoneus sine satisdatione esse intelligitur *leg. qui proprio 46. §. qui alium supr. eod. ill. tit.*) hac parte tamen nihil inter procuratorem & defensorem distat, quia sufficit defensori ad plenam defensionem si paratus sit iudicium accipere, vt hîc Vlpianus noster ex Iuliano scribit. Nec ideo tamen deterior fit condicio aduersarij cum procuratore vel defensore litigantis, quia si dominus adsit iudicio, quod euenit plerumque *leg. Paulus respondit 69. supr. eod. tit. de procur.* iurare ipse poterit, sin absens sit, iubebitur venire, aut ad eum mittetur, vt iuret vel referat, vel recuset *leg. generaliter 12. §. his de præsentibus C. hoc tit.* In aliis tamen quæ non tam ad decisionem quàm ad instructionem litis pertinent, tam procurator quàm defensor ad interrogationes omnes respondere cogitur, ad quas respondere ipse dominus tenetur etiam adhibito si opus sit iureiurando, vt vult Bart. ex *d. leg. non solùm* quia etiam post iuratam responsionem procuratoris vel defensoris possit adhuc probari contrarium saltem petita per dominum restitutione in integrum refusisque frustratoriis expensis, quod non similiter fieri posset si iusiurandum litis decisorium à procuratore vel defensore præstitum proponeretur.

4 ¶ Qui iusiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, si hoc exigatur [a], deinde sic ei iurabitur.

Ad §. 4. Qui iusiurandum.

Rat. dvb. Non facilè quisquam credendus est per calumniam aliquam facere præsertim iudice, adeóque Prætore ipso præsente: Calumnia enim delictum est, & quidem grauissimum & turpissimum *leg. 1. & tot. tit. supr. & C. de calumn.* Vnde per legem Remmiam frons calumniatoribus inurebatur, vt quisquis integræ frontis non esset, hoc ipso calumniator probaretur *leg. quæsitum 13. infr. de testib.* Est autem vitanda suspicio, & præsumptio delicti tanquam quæ semper odiosa sit *leg. meritò 51. infr. Pro socio.* cùm quilibet in dubio præsumatur bonus si non probetur malus *leg. absentem 5. infr. de pœn.* Superuacuum igitur est vt qui iusiurandum defert, prior iurare debeat de calumniæ. Nec refert an exigatur hoc ab aduersario, an non, quia ne quidem requirente aduersario quisquam onerandus est superuacua cautione *leg. hæc stipulatio 14. infr. vt legat. sem. fideic. seruand. caus. caueat.* Quanto minùs superuacuo iureiurando, quod semper periculum aliquod periurij secum trahit? Dec. Suspectus est quisquis pro sua intentione probationes aut nullas habens aut minùs plenas iusiurandum aduersario defert, vt hoc veluti emplastro causæ suæ desperatæ medeatur. Et cùm is qui iusiurandum aduersario defert iudicem illum testémque in propria sua causa constituat *leg. 1. infr. quar. rer. act. non det.* quis facilè suspicetur inimicum hominem ita facere, vt aduersario suo faueat, aut sibi consulat, ac non potiùs per calumniam, vt exigendo iusiurandum ab aduersario, quem fortasse scrupulosum & superstitiosum esse sciat aut modestiorem quàm vt facilè sit iuraturus, adigat eum ad iusiurandum vel recusandum omnino, vel saltem referendum, vt hoc vnico remedio litis victoriam extorqueat? Meritò igitur prudentibus & Prætoribus placuit vt quisquis iusiurandum defert, tanquam hoc ipso suspectus prior iurare debeat, de calumnia id est non calumniæ causa se hoc facere, sed ex veritatis conscientia & iuris sui tuendi gratia, si modò id aduersarius exigat. Nec enim officium suum Prætor impertitur nisi postulanti *leg. 4. §. hoc autem iudicium infr. de damn. infect.* & potest quilibet iuri suo & pro se introducto renunciare nisi iuris publici fauorem admixtum habeat *leg. pen. C. de pact. leg. si iudex circumuento 4. supr. de minor.* Cæterùm is qui iusiurandum defert si postulante aduersario non iuret prior de calumnia similis habendus est remittenti vt iurisiurandi gratiam facere videatur *leg. si non fuerit 37. infr.*

a *Si hoc exigatur.* Rat. dvb. Iusiurandum de calumnia remitti non potest ne quidem expressa conuentione *l. 2. §. sed quia veremur C. de iureiur. propt.*

calumn. dand. Ergo neque tacita, ne alioqui maior sit vis taciti quàm expressi, quæ par quidem esse potest, sed maior esse non potest *leg.3.* vbi diximus *supr.sit.prox.* DEC. Non impertitur Prætor officium suum nisi petenti *d.leg.4.§. hoc autem iudicium infr.de damn.infect.* nec quisquam cogendus est vti iure pro se introducto si nolit vt modò diximus ex *l. pen. C. de pact. l.si iudex 41.supr.de minor.* Nec proinde remissio ista tacita videri potest prohibita cùm non ex facto aliquo oriatur, sed potiùs ex non facto. Et hoc casu locum habet quod in aliis plerisque vt non expressa non noceant, quæ expressa nocerent *l. nonnumquam 52.in fin.de condic. & demonstr.l.expressa 195.de regul. iur. leg.filiusfamilias 8. §. milites*, in illis verbis *nisi hoc tempore litis contestata quocunque casu prætermissum est, supr. de procurat.* Quamquam nec verum est iusiurandum hoc de calumnia expressa conuentione remitti non posse. Nam quod contra scriptum est in *d.l.2.§.sed quia veremur*, non ad iusiurandum illud pertinet, de quo Vlpianus in hoc §. sed ad nouum quod Iustinianus induxit voluitque ab omnibus litigatoribus eorúmq; Aduocatis & in omnibus litibus præstari & per iudices ipsos omnimodo exigi nec tam ob priuatam litigantium vtilitatem quàm ob publicam, vt ibidem Iustinianus ipse testatur iis verbis *quia non pro commodo priuatorum, sed pro communi vtilitate præsentē legem posuimus.* Quæ optima ratio est vt appareat iusiurandum illud remitti non posse cùm priuata conuentione iuri publico derogari nō possit *l.ius publicū 38.supr.de pact.* Quamuis idem Iustinianus hoc ipsum iusiurandum quod sæpius in vna eadémque lite præstari iusserat, tandem cōstituerit semel & ab initio litis præstandum esse. *Nouell. de his qui ingred.ad appell.49.cap.vlt.* Vnde sumpta est *Authent. hoc sacramentum* & *Authent. in isto iuramento eod. tit.* quod ipsum etiam exoleuit hodie, nec in praxi nostra obtinet nisi cùm specialiter ex aliqua causa iudex de calumnia iurari iubet, vt fieri plerunque contingit etiam parte non requirente. Nimirum praxis ipsa docuit præstationem huius iurisiurandi nullomodo viam præcludere malitiis & calumniis litigatorum, nec ad aliud ferè prodesse, nisi ad quotidianas calumnias quotidiana etiam periurio cumulandas. Qua ratione videtur motus Plato *Dialogo 12.de legib.* vt iurisiurandi vsum in republ. prohibendum putauerit, turpéque esse si exigatur. At iusiurandum de quo hîc agitur, non pro communi vtilitate, vt Iustinianeum illud introductum est, sed prò commodo eius, cui defertur iusiurandum, nec iubebatur olim Prætor aut iudex illud exigere, quod Iustinianus de suo præcepit, sed ità demùm exigebat, si aduersarius id postularet, vt & illud de quo *in l.qui bona fide 13.§.si quis stipulatus infr. de damn. infect.* Potest enim omitti etiam quod non potest remitti *cap. 1. de iuram. calumn. in 6.* Quamquam desiit esse necessarium à quo tempore Iustinianus suum induxit, tanquam quod multo sit latius, & in quo vetus hoc de quo tractamus comprehendatur. Postquàm adiecit Iustinianus iuramento calumniæ, vt iurare debeat litigator nullam se in tota lite exacturum probationem, nisi quam pro veritate putet necessariò esse exhibendam, *Ne sæpius* inquit *iuretur in causa.* Qui enim posteà iusiurandum defert aduersario, cur iterum iurare cogatur, cùm iusiurandum prius generale & ad totam litem pertinens possit sufficere: ita factum est, vt cùm Iustinianus nouum hoc iusiurandum induxit, & ampliauit, vetus hoc, de quo agimus, antiquauerit & sustulerit, Iustinianeum verò ipsum posteà exoleuerit, & desuetudine abrogatum sit, atque ita nullum hodie penitus de calumnia iusiurandum præstetur citra specialem ea de re iudicis interlocutionem. Cæterùm qui exigebat olim iusiurandum hoc de calumnia, non cogebatur ipse prior iurare, quia authore Prætore deferebatur, vt subtiliter Vlp. ratiocinatur in *l. de pupillo 5.§. qui opus nouum infr.de oper.noui nunciat.* Alioqui daretur progressus in infinitum, si is à quo iusiurandum de calumnia præstandum est, vicissim iusiurandum simile exigere ab aduersario posset.

5 ¶ Hoc iusiurandum de calumnia neque patrono, neque parentibus remittitur.

Ad §. 5. *Hoc iusiurandum*

RAT. DVB. Non magis parentibus aut patronis quàm aliis permittendum est vt impunè calumnientur, & calumniæ causa iusiurandum deferant liberis emancipatis aut libertis qui iudicio possunt cum ipsis consistere. In eo namque læditur ius non modò liberorum aut libertorum quibus defertur iusiurandum sed etiam reipublicæ, vt Iustinianus scribit in *leg. 2. §. sed quia veremur C. de iureiur. propt. calumn. dand.* vbi propter hanc causam constituit ne cui iusiurandum hoc remittatur, ne quidem apud compromissarios iudices, nihil enim per calumniam omnino fieri, præsertim verò in litibus publicè expedit, ne lites in longius tempus protrahantur, & grauioribus perplexitatibus implicentur, quod non nisi per calumnias fieri solet, quæ si de medio tolli aliqua parte omnes possent, O felicem Rempublicam, nec infelices priorsus ipsi etiam qui litigarent! Ergo iusiurandum hoc de calumnia neque patronis neque parentibus remitti debet. Atquè ita *in Pand. Florent.* scriptum est, eáque lectio plerosque decepit qui Florentinæ lectioni tantùm tribuunt, vt nusquam emendari eam patiantur. Sed melior est vulgata quæ sic habet, *Hoc iusiurandum de calumnia æquè patrono & parentibus remittitur*, nisi quod mallem legere *æquè patrono atque parentibus* vt facilliùs dignosci possit vnde lectionis Florentinæ mendum fluxerit nempe ex similitudine dictionis *neque, in Pand. Florent.* repetitæ cum dictionibus *æquè, atque.* Illud enim certè constat, & apud omnes in confesso est, iusiurandum hoc de calumnia non solùm parentibus remitti si liberis emancipatis cum quibus litem exercent iusiurandum deferant, de quo dubitari minùs poterat, propter paternam verecundiam, vt loquitur *leg. si superstite 5.C.de dolo*, sed etiam patrono litiganti cum liberto. Sic enim scriptum est in *l. si patronus 16. supr. hoc tit. leg. de die 8.§. iubetur supr. qui satisd. cogant. leg. licet 7. infr. de obseq. parent. & patron. præst. leg. qui bona fide 13. §. si alieno vers. sed si eius infr. de damn. infect.* Et ratio vtriusque est, quia iusiurandum hoc de calumnia, licèt non nisi authore Prætore deferatur, tamen non aliter author est Prætor vt deferatur, quàm si ab eo cui iusiurandum defertur exigatur, vt proximè Vlpia-

Vlpianus scripsit & in alia specie de qua in *l. de pupillo §. §. qui opus nouum infr. de oper. noui nunciat.* Atqui non potest exigi hoc iusiurandum de calumnia, quin is qui exigit, obiiciat suspicionem quandam calumniæ, quam porrò parentibus & patronis obiici nimis durum certè ac inuerecundum est propter reuerentiam quæ parentibus & patronis debetur, parentibus quidem, à quibus liberi emancipati nō modò vitam, vt qui in potestate manserunt, sed etiam speciem quandam plenioris libertatis & liberioris administrationis beneficio emancipationis habuerunt, patronis verò propter insigne beneficium illud manumissionis & datæ libertatis, quo maius sperare nullum liberti nedum consequi potuerunt. Ideòque si non de calumnia sed propter rem ipsam de qua lis est iurandum sit, neque parenti neque patrono iusiurandum remittitur *l. quoties 14. supr.* Neque verò ius hoc existimandum est à Iustiniano correctum esse in *d. §. sed quia veremur,* cùm ibi neque de parentibus neque de patronis quicquam scriptum sit, neque de iure vetere corrigendo, quod proinde in eo in quo expressim correctum non est, saluum & integrum manet *vulg. l. præcipimus 32. in fin. Cod. de appellat.* Quod enim non est immutatum, cur stare prohibeatur? *l. sancimus 27. Cod. de testam.* Et verò, vt benè Accursius vidit, longè aliud est remitti hoc iusiurandum ab homine quod Iustinianus sua illa constitutione prohibuit, aliud verò remitti à lege aut à prætore mortuo vt loquuntur, id est ex perpetuo prætoris edicto: quod Iustinianus prohibere nec voluit nec velle debuit. Et hoc esse videtur quod vulgo nostri iactitant, leges & constitutiones quantumuis exorbitantes, & correctorias recipere interpretationem passiuam à iure communi, & à prioribus legibus quibus non fuerit specialiter derogatum. Lex ergo Codicis per hanc legem determinatur, vt ait Bartolus. Sed quod subiicit, idem è contrario dicendum esse, vt liberis & libertis vicissim hoc iusiurandum calumniæ remitti oportéat ad æqualitatem, inquit, inter eos seruandam *ex l. vlt. C. de fructib. & lit. expens. & cap. 34. de consuet. rect feud. §. in quibus libr. 2. feudor.* vereor ne non sit probabile: lōgè si quidem dispar harum personarum ratio est, cùm non perinde parentes patronique reuerentiam aliquam liberis libertisque debeant, atque liberi libertique parentibus & patronis: alioqui Titulum illum *Pandect. de obsequiis & parentibus & patronis præstandis* sic concipi oportuerat vt adderetur *& contrà* si qua inter huiusmodi personas seruari æqualitas deberet, quod tamen ridiculum fuisset. Diuersa causa est priuilegiorum de quibus in *d. l. vlt. Cod. de fructib. & lit. expens.* quibus non est æquum vti aliquem ex litigatoribus, quin aduersarius eodem contra eum priuilegio vti possit. Diuersa item causa vasalli & domini inter quos cùm mutuæ obligationes contrahantur, mirum non est, vt priuilegium quod Rex Federicus primus in Romandiola dominis indulsit ne sacramentum calumniæ vasallis præstare teneantur, etiam ad vasallos extendatur, vt quod quisque iuris in alium statuit ipse eodem vtatur, quemadmodum scriptum est in *d. §. in quibus.* At nulla filio in patrem aut liberto in patronum obligatio ex emancipationis & manumissionis beneficio quæritur. ideo autem locuti sumus de liberis emancipatis quia liberi in patris potestate manentes non tam reuerentiæ ratione iusiurandum calumniæ à parentibus exigere prohibentur quàm cum iis litigare potestatis iure impediuntur *l. adoptiuum 8 supr. de in ius vocand. l. lis nulla 4. supr. de iudic. l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.*

6 ¶ Si de qualitate iuramenti fuerit inter partes dubitatum: conceptio eius, arbitri iudicantis est.

Ad § 6. Si de qualitate.

RAT. DVB. Non videtur fieri posse vt de qualitate iuramenti inter partes dubitetur siue iusiurandum sit conuentionale, quia tunc pēdet ex mutua conuentione partium *l. iusiurandum quod 17. supr.* siue sit iudiciale, quia pendet totum illud ex voluntate deferentis, qui non aliter fuerat delaturus *arg. l. vlt. Cod. de pact. int. empt. & vendit. l pure 5. § pen. infr. de dol. mal. except.* Nec valde curanda videtur eius voluntas cui defertur, cùm omnimodo cogendus sit iurare iuxta formam delatam. Alioqui nullius momenti erit iusiurandum *l 3. §. vlt. & legib. seq. supr. hoc tit.* Nullo igitur casu conceptio formulæ in arbitrio iudicantis posita esse videtur. DEC. Cùm inter litigatores conuenit de forma iurisiurandi, ea vtique omnimodo sequenda est non ab eo tantùm qui iurare debet *d. l. 3. §. vlt.* sed ab ipso etiam iudice *l si conuenerit 26 infr. de re iudic.* Sed potest tamen interdum fieri vt de formula concipiendi iurisiurandi inter litigatores non conueniat, iustámque dissentiendi causam reus habeat aut actor cui defertur non quasi recuset iusiurandum sed quia iurare velit alia formula. Finge conceptionem à deferente propositam aliquid continere quod vel ineptum sit vel superstitiosum: vt solent plerique deferentes iusiurandum super sacrosanctis Diui Antonij reliquiis superstitiones multas admiscere, quas Senatus noster vt tollat cùm iusiurandum tale defertur, solet addere clausulam, *omni superstitione cessante.* Superstitiosas enim istas, & ineptas formulas admittere iudex numquam debet, nec si partes consentiant publici scandali cuitandi gratia, cui locus fieret si res tam sancta & religiosa huiusmodi superstitionum mixtura pollueretur. Sed neque pati bonus iudex debet, vt ob rem modicam & à vili fortassis persona iusiurandum super sacrosanctis D. Antonij reliquiis deferri Senatori aut Præsidi aliisve in dignitate præcipua constituto, cùm satis abundéque sufficere possit in domo recuperatoris, &, vt loquuntur, Commissarij qui à Senatu in eam rem dari solet, aut etiam iudicis præstari iusiurandum super sacrosanctis Dei Euangeliis, aut veneranda sanctissimi Crucifixi imagine, aut etiam si malit Iudex super sacrosancto Missæ canone. Idque est quod vetere statuto Sabaudiæ cautum legimus vt iurisiurandi delati moderatio in arbitrio & religione posita sit iudicantis, quod ex hoc §. sumptum videtur, & optimam habet rationem: Cùm non facilè pati bonus iudex debeat vt tale iusiurandum deferatur per quod ob superstitiosiorem diuini numinis metum deterreri à iurando possit is cui delatum est aut cogi per modestiam vt aduersario iusiurandum referat, quod alioqui si modestior & æquior fuisset formulà præstare ipse maluisset. Etsi enim pro deferente illa maximè ratio facere videtur, quòd parum intersit eius, cui defertur qualiter concepta sit formula cùm sub eadem formula referre iusiurandum possit, quandoquidem non po-

tet iurisiurandi condicio ei displicere, qui detulit vt subiicit Vlpianus in hac ipsa lege §. *prox.* Valde tamen eius interest vt iurare possit potiùs quàm referre, cùm nemo sit tutus per relationem, vt diximus ad initium huius legis, neque hoc casu remedio locus esse potest quod aliis nonnullis casibus proponi solet, vt partes consentire in formula iurisiurandi debeant, aut sua sponte aut imminente iudice, vt in specie *leg. huiusmodi* 84. §. *vlt. de legat.* 1. Ita namque fieret, vt si consentire numquam vellent, se inuicem impedirent vt in *d.* §. *vlt. & in l.* 2. §. *vlt. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* atque ita non posset lis expediri per iusiurandum, quod tamen omnium maximum & promptissimum remedium est expediendarum litium, vt diximus *in leg.* 1. *supr.* & cuius beneficio maximè lites expediri non tantùm vtriusque litigatorum interest, sed ipsius etiam reipublicæ, adeóque iudicis apud quem lis tractatur *l. quidam existimauerunt* 21. *supr. tit. prox.* Merito igitur placuit conceptionem formulæ in arbitrio esse iudicantis siue de loco vbi iurandum est, siue de iurandi forma quæratur *leg. generaliter* 12. §. *penult. C. hoc tit.* Nempe cùm apud iudicem datum non apud Prætorem iuratur, quod contingit quoties in iure & in ipsa contestatione non fit delatio, sed allegatur tamen aliquid super quo iusiurandum posteà deferendum sit. Nam si delatio fiat in iure & apud Prætorem, erit conceptio in arbitrio ipsius Prætoris ius dicentis non iudicis pedanei iudicantis. Sed hodie nullus huic distinctioni locus est, postquàm iidem sunt dicentes qui iudices & contrà ex *l.* 2. *C. de pedan. iudic.* Nec audiendus est is qui detulit si post conceptam arbitrio iudicis formulam reuocare delationem velit, quasi non aliàs nec sub alia verborum conceptione fuerit delaturus. Non enim ex postfacto improbare potest quod iudex iure suo fecerit, & statuto etiam nostro apud nos permittente. Sed si ab initio iusiurandum deferens protestetur non aliter se iusiurandum deferre velle, sed reuocatum malle si fortè aliqua ex causa vel aduersario vel ipsi etiam iudici conceptio non placebit, puto ei permittendum, & improbante conceptionem iudice (de aduersario namque improbante parùm curandum est) perinde habendam delationem acsi facta numquam fuisset, ne ex ipsius delatione contra eius voluntatem iuretur, neque in eo negligitur authoritas iudicis, sed in re quæ ex deferentis voluntate pendet, voluntas deferentis seruatur *arg. l.* 1. §. *inde quæritur infr. de oper. noui nunciat.* Satísque punitur is qui detulit, quod suæ delationis commodo priuatur, aliásque subinde probationes perquirere cogitur quas aut nullas fortasse aut non nisi maricas, minúsque plenas inuenturus sit, atque ita litem amissurus quam ex relatione vel recusatione iurisiurandi, si tenuisset delatio, vincere potuisset. Hinc verò Bartolus benè colligit, Si inter partes contentio sit de formatione puncti mittendi consultori: posse Iudicem dirimere contentionem, & ad sensum suum illud formare. Quod & aliis plerisque casibus euenit, de quibus in §. *non semper infr. hac lege, l. in venditione* 8. §. *vlt. de reb. auth. iudic. possid. l.* 1. §. *item Prætor de insp. ventr.* Idq; ie obseruari sæpiùs vidi in Rota Romana per tempus illud quo viuere Romæ mihi contigit, cùm de formandis punctis tractaretur, nó quæ mittéda essent consultori, sed quæ danda essent Recuperatori & relatori litis, vt super iis sigillatim & ex ordine partes informaret, quomodo loquútur, & Rota pronunciaret.

7 ¶ Ait prætor: *Eum, à quo iusiurandum petetur, soluere, aut iurare cogam* [a]. alterum itaque eligat reus [b] aut soluat, aut iuret. si non iurat, soluere cogendus erit à prætore.

Ad §. 7. Ait Prætor.

RAT. DVB. Iusiurandum instar iudicij obtinet *l. qui iurasse* 26. §. *vlt. supr. & l. prox.* §. 1. *infr.* Atqui iudicium redditur in inuitum *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Ergo & iusiurandum inuitus suscipere, & iurare cogendus est is cui delatum est, ita vt non sit audiendus siue referre iusiurandum velit, siue recusare. Non enim debet Prætor aut iudex electionem litigatori dare quam aduersarius non dedit. DEC. Qui iusiurandum detulit, non habet quod conqueratur, etiamsi is cui delatum est, nolit iurare si modò soluat, aut iusiurandum referat. Et quidem si soluat, ratio aperta est, quoniam cùm actiones omnes institutæ sint, omniáque iudicia ad effectum exactionis, id est ad extorquendam solutionem, quid aliud potest actor petere nisi vt ei soluatur? §. *vlt. infr.* Id enim est quod dici solet, Iudicia omnia esse absolutoria §. *vlt. Instit. de perpet. & tempor. action.* Scilicet si actori pendente iudicio satisfiat, Plus autem quàm satisfacit is, qui soluit, cùm satisfactio minus sit quàm solutio, necnisi pro solutione cedat *l. satisfactio* 52. *infr. de solut. l. item liberatur* 6. §. 1. *infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. si rem* 9. §. *omnis pecunia infr. de pign. ait.* Si verò nolit reus nec iurare nec soluere (nam & referendi iurisiurandi electionem habet vt sequitur in §. *prox.*) non magis habet quod conqueratur actor, cùm per relationem iudex & testis constituatur in causa propria, atque ita certam sibi litis victoriam parare possit si non per calumniam sed iure agat, *l.* 1. *infr. Quar. rer. act. non det.* Neque verò nouum est, vt etiam post sententiam & condemnationem electio detur reo vt aliquid facere possit, propter quod impediat & euitet effectum condemnationis, vt cernere est in eo qui actione noxali conuentus & ad dedendum damnum condemnatus fuit. Hic enim facultatem habet noxæ dedendæ, & quidem ex *lege* 12. *tabul.* licèt noxæ deductio numquam sit in condemnatione *l. miles* 6. §. *decem infr. de re iudic.* Quidni ergo etiam Prætor facultatem dare edicto suo potuit, ei qui ex delatione iurare debeat, vt possit tamen si malit vel soluere, vel referre? Non addo eum Accursio *vel recusare*, quoniam iusiurandum ritè delatum ei qui neque soluere velit neque referre, si ab eo recusetur, quia nec iurare paratus sit, hoc ipso habetur pro probatione acsi à deferente ipso præstitum esset, ita vt recusatio pro condemnatione sit nisi is qui recusat appellauerit à delatione *l. generaliter* 12. §. *sin autem C. hoc tit.* Nihilque prorsus interest actoris qua via suum consequatur an reo iurante an reo recusante. Id enim contingit quoties quis nec iurare vult nec referre *l. manifestæ* 38. *infr.* Cui mirificè conuenit quod scriptum est in *l. delata* 9. *C. hoc tit.* Delata condicione iurisiurandi, reum, si non per actorem quominùs de calumnia iuret steterit,

terit, per iudicem soluere vel iurare, nisi iusiurandum referat, necesse habere. Neque verò manifestæ turpitudinis & confessionis esse dicitur nolle iurare absolutè, nisi addas quod additur in *d.l.manifestæ, nec iusiurandum referre*, ac proinde vt is qui recusat iusiurandum, haberi possit pro condemnato, necesse est, vt referendi eius habeat potestatem, si modò talis casus sit qui admittat relationem nec enim omnes admittunt, vt dicemus ad *§.seq.*

a *Soluere aut iurare cogam.* RAT. DVB. Ad factum nemo præcisè cogitur, ne quidem à prætore, quia non posset id fieri sine vi & impressione quam semper exosam habet legislator *l.si quis ab alio 13. in fin infr.de re iudic. l. quoties quis alium 81. l.in executione 85. de verb. oblig.* Atqui tam iurare quàm soluere meri facti est *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. fur.leg. 1.C.de probat.* Ergo nec iurare nec soluere cogi quisquam potest à prætore. DEC. Coactio duplex est, præcisa vna & hæc est per quam nemo ad factum cogitur. Causatiua altera & condicionalis, si non malit quis pati bonorum suorum possessionem ac venditionem, aut etiam moribus nostris detrudi in carceres, aut etiam mulctis coerceri. Hæc enim sunt quæ Vlpianus vocat remedia prætoris in *leg. 1.§.quid ergo si non respondeat infr. de inspic. ventr.* Quomodo & olim Senatores cogebantur in Senatum venire, captis pignoribus, vt Liuius refert. Ideóque sententiæ omnes, si prudentibus nostris credimus, concipiendæ sunt in pecunia per litis æstimationem, vt mandari possint executioni per capionem & distractionem pignorum quam reus condemnatus pati tantùm, non etiam aliquid facere cogatur: quemadmodum pluribus docuimus in vltima parte *Chiliadis nostræ de errorib. pragmat.*

b *Alterum itaque eligat reus.* RAT. DVB. Absurdum est dari electionem condemnato. Numquam enim partem illam eliget vt soluat, ideóque iudicium in eum inuitum comparari & exerceri necesse est *d. l.inter stipulantem 83.§.1.de verb.oblig.* Nec debet esse in potestate condemnati & electione, an soluat non magis quàm vtrum debeat *l. 2. §. 1. infr. de eo quod cert. loc. l.sub hac condictione 8.infr.de oblig & action.* DEC. In alternatiuis electio est debitoris, vt habet regula iuris pontificij & ciuilis *l.plerunque 10. §.vlt.infr.de iur.dot.* Et æquè satisfit actori, qui iusiurandum reo detulit siue reus iurare eligat, siue soluere. Nec in arbitrio rei ponitur, an debeat vel an soluat, cùm aut iurare aut soluere teneatur.

8 Datur autem & alia facultas reo, vt, si malit, referat iusiurandum. & si is, qui petet, condicione iurisiurandi non vtetur: iudicium ei prætor non dabit. æquissimè enim hoc facit, cùm non deberet displicere condicio iurisiurandi ei, qui detulit. sed nec iusiurandum de calumnia [a] referenti defertur: quia non est ferendus actor, si condicioni, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi iurari.

Ad §.8. Datur autem.

RAT. DVB. Aliud est iurare, aliud verò iusiurandum referre, & ex edicti verbis, quæ Vlpianus in *§.* prædedenti retulit, videtur ita ordinatum edictum prætoris vt iurare cogendus sit reus aut soluere, non etiam vt data ei sit facultas aliqua referendi, sic enim prætor *eum à quo iusiurandum petetur, soluere aut iurare cogam.* Et verò idem Vlpianus noster ita disertè scribit in *l.Marcellus 11. §. vlt. inf. rer. amot.* si quis delatum sibi iusiurandum referre velit, non videri prætorem permisisse, Nō magis, inquit Paulus in *l. seq.* quàm si quis ei qui furti agat, iusiurandum deferat, an ipse fur sit. Ac quemadmodum solemus dicere reum criminis non relatione criminum, sed innocentia sua purgare se debere *l.si qui reus 5.infr.de public.iudic.* Ita & is, cui iusiurandum delatum est, cùm ex edicto iurare aut soluere iubeatur, non debet hanc quoque electionem habere, vt iusiurandum referre possit, atque ita euitare ne vel soluere vel iurare cogatur. DEC. Laudandus potiùs quàm vituperandus est is, qui iurare iussus, mauult tamen iusiurandum referre, quàm iurare, cùm faciat longè modestiùs qui refert, quàm qui iurat *l. illud 25.§.1.infr.de pecun.constit.* ne periurij aut periculum incurrat, aut suspicionem, quam incurrere solent qui tam faciles sunt ad iurandum, quasi contemptu diuini numinis ita faciant, tùm quoque, cùm ex animi sui sententia & ex conscientia pro veritate iurant *l. quæ sub condicione 8.de condic. instit.* Non autem modestiùs tantùm facit qui iusiurandum refert, sed etiam vtilius pro aduersario, quem constituit ipse testem & iudicem in causa propria *l. 1.infr.quar.rer act. non det.* atque ita præripit sibi litis victoriam, quam iurando parare potuisset, eámque transfert in aduersarium. Quidni ergo morem ei gerat prætor & admittat relationem, vt & ei qui referre mauult satisfaciat, & ei cui refertur tanto magis consulat? Vix enim quisquam iusiurandum aduersario deferat, qui non multò libentiùs iuraturus ipse esset, quàm delaturus, si relationem expectare non cogeretur: Nec rursus debet iurisiurandi cōdicio displicere ei qui detulit, vt sequitur in hoc §. excipiendæ tamen sunt actiones ex delicto competentes, non solùm si turpes sint quomodo putat Accursius, vt in actione furti euenit de qua Paulus in *d.l.12.rer.amot.* quæ non solum turpis est, verùm etiam famosa, sed etsi nec famosæ nec turpes sint, qualis est actio rerum amotarum de qua in *d.l.11.§.vltim. & l.13.eod.* Hanc enim nec pœnalem nec famosam nec turpem esse constat, & probauimus fusissimè *decad.82.de error.pragmat.* sed tamen nascitur ex delicto sicut & condictio furtiua *l.si mulier 21.§. hac actio infr.rer. amot.* quæ similiter nec pœnalis est nec famosa, sed turpis tamen, quia furti mentionem continet, vt & actio de seruo corrupto, propter mentionem corruptionis *l.nec quicquam 56. infr. pro socio*, non etiam actio rerum amotarum, quia in honorem matrimonij, etiam præteriti, turpis actio fuit deneganda *l.1. & 2.rer.amot.* quamuis cùm res amouentur, furtum reuera fiat *l. vlt. eod.* Ideóque dicitur iudicium Rerum amotarum singulare, *d.l. 1.* & propter quod necesse fuit, quantum ad iurisiurandi relationem pertinet, ita ordinari edictum, vt referri iusiurandum in ea actione non posset *d. l. ideo 13.eod.tit.* Nempe quòd licèt esset ex delicto, non alio tamen iure censeri debere videretur, quàm quo censentur cæteræ etiam aliunde quàm ex delicto descendentes, cùm non magis quàm illæ aut pœnalis, aut famosa, aut turpis dici potest. Sed aliud prætori nec immeritò visum est, quia cùm sit ex delicto non minùs quàm actio furti relatio iurisiurandi in ea permitti non

posset, quin relationem & exprobrationem delicti contineret, perinde ac si ei qui furti ageret iusiurandum referretur an ipse fur esset. Amotio enim delictum est non minùs quàm furtum, licèt nomen ipsum non sit turpe vt diximus. Ex hoc igitur tanto magis apparet in cæteris actionibus quæ non sunt ex delicto ita ius semper fuisse & esse debere vt is cui iusiurandum defertur si aliud nihil impediat, referre illud possit. Ergo nec in condictione furtiua quæ nascitur ex delicto sicut & actio rerum amotarum *d. §. hac actio & l. si ambo 10. §. quoties infr. de compensat.* referri iusiurandum poterit quandoquidem eadem ratio delicti impedit relationem quamuis non impediat delationem. Potest enim delatio ei prodesse qui de crimine accusatur si iuret se non deliquisse, puta furtum aut iniuriam non fecisse vt in *l. si duo 13. §. idem Iulianus supr. l. 5. §. hac lege infr. de iniur.* Relatio autem non tam reum exoneraret quàm accusatorem oneraret, quod esset iniquum *d. l. 5. de publ. iudic.* Itaque si actor petitórve qui iusiurandum detulit condicione iurisiurandi relati non vtetur, id est, relatum sibi à reo iusiurandum nollet suscipere iudicium ei prætor non dabit, sed actionem ei & iurisdictionem denegabit, vt & in *l. sed etsi per prætorem 26. §. & adiicitur. vers. sed etsi dum supr. ex quib. caus. maior.* Idque æquissimè, vt Vlpianus subiicit, cùm non debeat condicio iurisiurandi displicere ei qui ipse detulit. Pati enim quisque debet legem quam ipse tulerit, nec recusare quominùs eo iure vtatur quod ipse in alium statuerit *l. pen. §. fin autem C. hoc tit. l. 1. & pass. supr. quod quisq. iur.*

a *Sed nec iusiurandum de calumnia.* RAT. DVB. Qui iusiurandum defert, prior iurare de calumnia debet si hoc exigatur, vt deinde sic ei iuretur *§. qui iusiurandum supr.* Atqui defert iusiurandum etiam is qui refert. Nam omnis relatio delatio est, vt toties diximus in præcedentibus. Ergo & iusiurandum de calumnia ei potest deferri qui principale refert. DEC. Non est ferendus actor si condicionis nomine quam ipse detulit de calumnia velit sibi iurari. Nam potest quidem fieri vt qui prior defert, per calumniam id faciat, vt scripsimus ad *d. §. qui iusiurandum.* At in eũ qui delatum sibi iusiurandum deferenti refert vix est talis suspicio cadere probabiliter possit cùm faciat modestiùs quàm si iuraret *l. illud 25. §. 1. infr. de pecun. constit.* Adeóque quodammodo ex necessitate vt se à iurandi vel soluendi necessitate exoneret. Non enim fuerat relaturus si delatum ei priùs non fuisset, referendi ergo necessitatem ei dedit qui prior detulit, nec quisquam id per calumniam facere credendus est quod ex necessitate facit. Planè quod in hoc §. scriptum est de facultate danda ei cui iusiurandum delatũ est vt referre illud possit, ad iusiurandum iudiciale restringendum est, non etiam extendendum ad conuentionale, quippe quod cùm ex conuentione omnimodo præstandum sit ab eo qui vt ipse iuraret conuenit, referri nunquam potest *l. iusiurandum quod ex conuentione 17. in princip. supr.*

9 ¶ Non semper autem consonans est, per omnia referri iusiurandum, quale defertur: forsitan ex diuersitate rerum, vel personarum, quibusdam emergentibus, quæ varietatem inducunt. ideóque, si quid tale inciderit, officio iudicis conceptio huiuscemodi iurisiurandi terminetur.

Ad § 9. Non semper.

RAT. DVB. Iusiurandum quod à reo refertur actori illud ipsum est quod fuerat priùs delatum, non aliud. Alioqui nunc primùm deferri diceretur non referri si aliud esset. Eadem igitur in omnibus & per omnia debet esse condicio delati iurisiurandi quæ relati, eadémque verborum conceptio, vt sit bona ratio quam Vlpianus attulit in §. præcedente, iis verbis, *cùm non debeat displicere condicio iurisiurandi ei qui detulit,* & rursum illis sequẽtibus *quia non est ferendus actor, si condicionis, quàm ipse detulit, de calumnia velit sibi iurari.* DEC. Possunt multa ex varietate rerum vel personarum emergere, quæ varietatem relati iurisiurandi inducere debeant, vt in exemplis quæ affert Accursius de eo, qui agens ex donatione non insinuata reo iusiurandum detulit, vt iuret se non donasse si donator ei iusiurandum referat vt iuret sibi donatum esse non vltra quingentos solidos. Nec enim aliter valet donatio non insinuata quàm si summam quingentorum solidorum non excedat *l. pen. §. vlt. C. de donat.* Item si in actione de dolo detuleris mihi iusiurandum vt iurem me non fecisse dolum, ego verò referam tibi vt iures me dolum fecisse in summa quæ duos aureos excedat: nec enim pro minore summa de dolo etiam aperto & verè admisso agere permittitur *l. si quis adfirmauit 9. §. vlt. & l. seq. supr. de dolo.* Ceterùm caue ne putes extra hũc casum, aut si quis alius valde similis est, iusiurandum in actione de dolo referri posse, si quæratur an dolus aliquis admissus sit & eum probare per rei iusiurandum actor velit: quod nec Accursius existimauit cùm ea actio non solùm turpis sit, sed etiam famosa, & quæ ex delicto proficiscitur, secundùm ea quæ diximus ad *§. datur autem supr. ex l. Marcellus 11. §. vlt. & legib. seq. infr. rer. amot.* Item si libertus agat iniuriarum contra patronum & deferat ei vt iuret se iniuriarum non fecisse, patronus autem liberto referat iusiurandum, vt iuret patronum fecisse grauissimam & atrocem iniuriam, nempe quia non pro qualibet iniuria, sed pro grauissima tantùm & atroci permittendum est liberto vt contra patronum agat iudicio iniuriarum, quòd famosum est *l. sed si hac lege 10. §. penult. supr. de in ius vocand. l. prætor edixit 7. §. præterea. infr. de iniur.* Aut si vt addit Bartolus, Christianus agens contra Iudæum deferat ei iusiurandum vt iuret per Deum aut super legem Moysis, Iudæus autem velit Christiano referre super sacrosanctis Dei Euãgeliis, aut veneranda crucifixi imagine, vt scripsimus ad *l. 3. §. vlt. sup.* Quamquam cùm Iudæo detulit Christianus, vt iuret per Deum, aut per sacras scripturas veteris Testamẽti, non video cur licere debeat Iudæo, referenti iusiurandum, conceptionem formulæ variare, cùm ea iurisiurandi formula non minùs Christiano quàm Iudæo conueniat. Itaque fuisset accommodatius exemplum in Iudæo deferente iusiurandum Christiano super Christi Euangeliis. Nam si iusiurandum referre Christianus vellet, non super Christi Euãgeliis referri deberet, quæ Iudæus per impiam suam superstitionem cõtemneret, sed vt per Deum viuum iuraret, aut super sacrosanctis veteris Testamenti scripturis, quas solas illi in veneratione habent. Mirum autem videri non debet iurisiurandi varie-

varietatem induci ex diuersitate rerum & personarum, quia prudentis Prætoris & iudicis est, in omnibus rationem potissimam habere circumstantiarum negotij de quo agitur, quæ potissimùm pendent ex varietate locorum, rerum & personarum, ex quibus scilicet non tantùm æquitatis, quod est facilius, sed etiam ipsius iuris ratio plerumque immutatur *l. bona fides 31. infr. depos. l. in fundo 38. supr. de rei vindic. l. 2. & 3. infr. de eo quod cert. loc.* Ideóque iuris nostri non modò scientiam, sed etiam prudentiam solemus dicere. Prudentia enim tota ferè in personarum, rerum, locorum & causarum circumspectione versatur. Addit autem Vlpianus, cùm tale aliquid contingit, vt ex aliqua causa iusiurandum aliter referri oporteat, quàm quomodo delatum est, si litigatores conuenire in formula non possint, conceptionem formulæ officio iudicis terminandam esse. Quid enim melius dici aliud posset? Aut ad quem potiùs quàm ad iudicem huius controuersiæ decisio pertinere potest, nisi potiùs ad prætorem, quoties apud eum & in iure delatio & relatio fit, quomodo plerunque olim fiebat & antequàm iudicium acciperetur, vt apparet non solùm ex verbis illis edicti quibus prætor profitetur coarcturum se eum à quo iusiurandum petetur, aut iurare aut soluere? *§. ait prætor supr.* Sed etiam ex eo quod in *§. datur autem* subiungit Vlpianus, prætorem non daturum iudicium actori qui reo iusiurandum detulerat, si ex relatione iurare nolit. Indéque suspicatus sum aliquando quod etiamnum suspicor, Triboniani esse totum hunc §. cui nimirum familiare est prætoris aut alterius cuiuslibet ius dicentis & iudicis nomina confundere, & in prudentum quoque responsis, Imperatorem agere, quod hîc ab eo factum esse ostendit verbum *terminetur*, quod imperantis est, non Vlpiani de iure ad edictum scribentis: præter id quod vix alio iuris loco reperias, idem scriptum esse, quod in hoc §. vt relatio iurisiurandi non semper conformis esse debeat delationi. Nam cùm idem sit iusiurandum quod defertur, & quod refertur, vt diximus in ratione dubitandi, tale certè referendum est, quale delatum fuit, sicuti nec alio modo præstandum est *leg. 3. §. vltim. & ll. seqq. supr.* Nam & præstatur quodammodo cùm refertur, quandoquidem non recusatur, eáque ratio fecit fortasse vt prætor in concipiendis verbis edicti nullam referendi iurisiurandi mentionem fecerit, sed iurandi tantùm vel soluendi quasi satisfaciat verbis edicti is qui iurare non vult, si modò referat, satisfacit sanè menti & proposito prætoris & in exemplis, quæ suprà ex Accursio & Bartolo attulimus, non tam agitur de immutanda conceptione formulæ, quàm de iureiurando ipso, quod delatum est habilitando, vt ita dixerim, hoc est ad eos terminos reducendo qui sint habiles siue ex personarum siue ex rerum circumstantiis habilitas illa pendeat. Nam neque de dolo agi potest pro summa minore duobus aureis, neque ex donatione non insinuata si quingentos excedat aureos, neque actione iniuriarum à liberto contra patronum proposita nisi cum atrox iniuria est. Impugnandum igitur est his casibus iusiurandum quasi mancum, nec ad litis decisionem sufficiens, non autem referendum. Scio aliquando ex facto apud nos contigisse, vt iusiurandum à nobilibilissima matrona delatum plebeiæ mulierculæ super sacrosanctis Diui Antonij reliquiis, ab eadem muliercula relatum quale delatum fuerat, moderatione per Senatum facta sic temperatum fuisse, vt quæ super Diui Antonij reliquiis iusiurandum detulerat, non tamen nisi super sacrosanctis Euangeliis & in Recuperatoris ædibus iurare teneretur. Quod etsi propter hunc §. non aliter à Senatu nostro iudicari potuit, mihi tamen certè duriusculum videbatur. Nam nec statutum nostrum, quod moderandi iurisiurandi potestatem facit, non tantùm Senatui, sed inferioribus quoque iudicibus omnibus, ad delatum duntaxat iusiurandum pertinet non etiam ad relatum: cùm generalis & perpetua sit Vlpiani ratio illa posita in *§. præced.* quod nô debeat condicio iurisiurandi ei displicere qui detulit. Iurisiurandi quod nunc primùm defertur alia certè ratio est *§. si de qualitate supr.*

10 ¶ Cùm res in iusiurandum demissa est: iudex iurantem absoluet, & referentem audiet: &, si actor iuret, condemnet reum: nolentem autem iurare reum, si soluat, absoluet: non soluentem condemnet: vel ex relatione, non iurante actor, absoluet reum.

Ad §. vlt. Cùm res.

Hic quoque §. mihi non leuiter suspectus est, non ob id solùm quòd in eo esse video verbum illud imperatiuum, quo prudentes vti nec possunt nec solent, sed etiam quia iudici dat eam potestatem quæ solius videtur fuisse prætoris, quoties apud prætorem in iure, id est, in ipsa litis contestatione deferebatur, quod olim ordinarij moris fuisse diximus & ostendimus in *§. præced.* Neque verò, quod hîc scriptum est, satis conuenit præcedentibus, scripserat enim Vlpianus in *§. datur autem* si actori, qui iusiurandum detulerat, reus illud retulerit, nec actor condicione iurisiurandi vti velit, prætorem ei iudicium non daturum. Hic verò scriptum est, ex relatione non iurãte actore absolui reum. Quomodo enim absolui potest is in quem nec iudicium adhuc redditum sit, nec vnquam daturus sit prætor? Nam neque absolui neque condemnari quisquam potest nisi in iudicio. Iudicium ergo & iudicem datum esse necesse est priusquàm absolutio aut condemnatio vlla sequi possit. Scio in extraordinariis cognitionibus, quæ ad solius prætoris iurisdictionem pertinent, posse interdum contingere vt absolutionem ab ipso prætore fieri necesse sit, quæ ab alio fieri non potest, vt in eleganti specie illa Africani *l. pen. infr. de confess.* Sed in ordinariis cognitionibus, quæ Vlpiani temporibus per iudices datos expediebantur, nego id fieri vnquam potuisse: Sed plus præstabat prætor reo, cùm iudicium in eum dare recusabat, cùm ita fieret vt nec absolutione vlla reus indigeret, qui nulla actione conueniebatur. Taceo quod nec satis elegans videtur; nec ab Vlpiano aut alio ex prudentibus alibi vnquam vsurpata locutio illa, *Cùm res in iusiurandum dimissa est*, pro eo quod Accursius interpretatur & benè, *Cùm placet partibus rem decidi iuramento vnius partis*,

& pro eo, quod Vlp. noster scripsit *cùm res in iusiurandum admissa est in l.5.§.vlt.supr.* Denique cùm nulla hodie differentia sit inter ius dicentem & iudicem, potest hodie sententia huius §. locum habere, quæ olim non potuit, nisi eo vno casu, quem excepimus semper in præcedentibus, cùm iusiurandum non in iure & apud prætorem delatum erat: sed in iudicio apud iudicem, & post dictatam formulam, effectu tamen ipso nihil inter hos casus intererat, nisi quantum interest inter absolutionem, & actionis denegationem, itémque inter coactionem quæ fit à prætore ipso, nulla data actione, & condemnationem quæ fit à iudice ex formula & imperio prætoris. Cæterùm vtroque casu si reus cui iusiurandum delatum est iuret, vincere debet, siue absolutionem obtineat à iudice, siue à prætore impetret ne conueniri ab actore possit, si referre malit quàm iurare audiendus erit, & eo casu si actor iuret, reus vincetur, & vel à iudice condemnabitur, vel citra condemnationem à prætore cogetur soluere. Quod si reus iurare nolit nec referre, quia paratus sit soluere, aut absoluetur à iudice, aut prætor iudicium in eum dare recusabit *l. si reus 73. supr. de procurat.* Non soluens condemnabitur à iudice, vel ad solutionem à prætore cogetur. Quòd si ex relatione actor nô iuret, aut absoluetur reus, aut actio in eum à prætore denegabitur. Atque hic epilogus est, & vt nostri loquuntur, practica eorum omnium quæ de iureiurando dicta sunt in superioribus. Nullis igitur aliis dubitandi vel decidendi rationibus opus est, quàm quæ circa singulas huius distinctionis partes allatæ à nobis fuerunt. Illud tantùm tractandum est de quo Bartolus post Accursium quærit: An quod hîc dicitur de absoluendo reo, ita debeat intelligi vt liberetur ab obseruatione tantùm iudicij, an verò ita vt etiam à tota causa. Et distinguit Bartolus vtrum pendente iudicio superueniat reo aliqua exceptio per quam tollatur ius actoris ipso iure, vt puta si soluerit, quo casu ait absolui eum à sola obseruatione iudicij, cùm non possit à tota causa per sententiam absolui is qui iam per solutionem ipso iure liberatus est, an verò superueniat aliqua exceptio peremptoria quæ actionem perimat ipso iure, vt tunc si sit de exceptionibus impedientibus processum & litis ingressum, ac tanquam talis opponatur, non possit ex ea sequi absolutio nisi ab obseruatione iudicij, in quo numero ponit exceptiones iurisiurandi, transactionis, & rei iudicatæ: si verò non opponatur tanquam impediens litis ingressum, sed tanquam alia peremptoria quælibet, tunc absolui reum oporteat non modò ab obseruatione iudicij, sed etiam à tota causa ex *l. peremptorias C. sentent. rescind. non poss.* Sed mihi distinctio hæc non omnino probatur. Nam siue superueniat exceptio aliqua, quæ actionem perimat ipso iure, qualis est exceptio solutionis, tanto magis absoluendus est reus à tota causa, quanto certius est eum ipso iure liberatum esse. (alioqui si quis côueniatur ab eo, qui agat sine actione, quod etsi de iure non potest contingere *l. si pupilli 6. §. vlt. supr de negot. gest.* de facto tamen potest, non erit similiter ille absoluendus nisi ab obseruatione iudicij quod est ridiculum, cùm absolui hoc casu debeat reus à tota causa per non ius actoris vt in *l. loci 4. §. competit supr. si seruit. vindic.* nec quicquam vetet eum qui iam ipso iure liberatus est, pronunciari iam liberatum, atque ita in totum absolui) siue exceptio superueniens talis sit, quæ non perimat actionem ipso iure, si tamen peremptoria sit, ac prætereà impediens litis ingressum, non eo minùs perimere totam litem debet, quod opposita sit ad processum impediendum, quandoquidem non eo minùs peremptoria est, quàm cæteræ, imò tanto magis peremptoriæ dici debent exceptiones huiusmodi, quòd ab initio & ab ipso litis ingressu litem perimunt, quam nec viuere nec exerceri patiuntur: Nec quod ea mente propositæ sint, vt processum impediant, facere debet, vt non possint censeri etiam oppositæ ad perimendam litem. Quomodo enim meliùs potest lis perimi quàm si nec incheari permittatur, tanquam quæ per exceptionem hanc perimatur? Absolui ergo reum à tota causa oportet qui habeat exceptionem peremptoriam, quæcunque & qualiscunque tandem illa sit. Alioqui dicendum esset posse illum ab eodem actore conueniri, quomodo potest quisquis ab obseruatione tantùm iudicij hoc est ab instantia illa absoluitur, cui neque exceptionem rei iudicatæ accommodamus, si iterum conueniatur. Et verò fatendum est eam inter condemnationem & absolutionem rei esse differentiam, quòd condemnari reus non potest nisi ex vna causa, ex ea scilicet ex qua conuenitur, at absolui potest ex omnibus causis ex quibus actor summouetur, dummodò non sola persona actoris, vt cùm iudicio defuit, sed ius ipsum actionis summoueatur, quod per exceptionem peremptoriam qualemcunque fieri nemo dubitauerit, ne alioqui deterioris conditionis sit is, qui exceptione peremptoria potentiore & fauorabiliore vtitur, quàm qui minùs potenti, minúsque fauorabili: certum enim est inter exceptiones peremptorias esse illas fauorabiliores & potentiores quæ ita sunt peremptoriæ, vt ingressum quoque litis impediant nec in eas angustias coniiciendus est reus, qui tales exceptiones habet vt pati cogendus sit litem inchoari quo magis à tota causa absoluatur, à qua absolui ab initio possit & debeat. Sed grauior Bartoli error meo iudicio ille est, quod exceptionem iurisiurandi ponit inter eas quæ actionem ipso iure non perimunt, ad exemplum exceptionis quæ ex transactione & re iudicata oritur. Nam imò verò perimit iusiurandum ipsum actionem ipso iure, cùm nouationis adeóque delegationis & acceptilationis speciem obtineat *leg. qui iurasse 26. §. vlt. supr.* & quidem voluntariæ cùm ex voluntate litigantium proficiscatur & ex quadam veluti conuentione vt scriptum est in *d. §. vlt. & in l. iusiurandum à debitore 40. infr.* Nouatio autem & delegatio voluntaria fieri non possit, neque acceptilatio, quin prior actio perimatur *l. aliam 29. infr. de nouat.* Vnde est quod in eum qui iurauit prætor actionem denegat *l. ait prætor 7. supr.* nec indiget is qui iurauit exceptione vlla nisi cùm hoc ipsum ambigitur an iuratum sit *l. nam posteaquàm 9. in princip.* vbi diximus *supr.* Nec repugnat Paulus in *l. eum qui 30. in princip. supr.* quo vno textu mouentur interpretes vt contrà sentiant. Longè namque alia Pauli sententia est vt nos ad eum locum docuimus.

Tutor

35. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

TVtor pupilli, omnibus probationibus aliis deficientibus, iusiurandum deferens audiendus est: quandoque enim pupillo denegabitur actio.

Ad l. Tutor pupilli 35.

RAT. DVB. Iusiurandum transactionis vim obtinet *l. 1 supr.* Atqui tutor etiam qui tutelam gerit, non potest transigere diminuendi pupillaris patrimonij causa *l. Lucius 46. §. vlt. infr. De admin. tutor. l. pactum curatoris 22. C. de pact.* Qui autem iusiurandum defert, patrimonium diminuit, cùm sit etiam illa species quædam alienationis, per quam & actio & debitor amittitur iurante reo cui iusiurandũ delatũ est *§. vlt. l. prox. supr.* præter nouatioñe & delegatione quæ fit per iurisiurandi delatioñe *l. qui iurasse 26. §. vlt. supr.* Ergo iusiurãdum deferre tutor pupilli non potest nec si omnes aliæ probationes deficiant, cùm fieri possit vt aliquæ superueniant ex quibus posset pupillus vincere, vt in *l. admonendi 31. supr. l. si quis iusiurandum 11. C. eod.* & quarum spe melius sit intacta & integra pupilli iura conseruari, quàm per iurisiurandi delationem à tutore factã lædi *l. vlt. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Multo magis si quod in hac lege Paulus scribit, Quandocunque agenti postea pupillo denegandam esse actionem, sic intelligere quis velit vt neque per in integrum restitutionem pupillo succurri oporteat, quomodo intelligendum esse scripsimus *ad l. iusiurandum quod 17. § si tutor supr.* contra Accursium, qui putat posse hîc dari restitutionem in integrum pupillo aduersus tutoris delationem si modò se læsum probet ex *l. nam postea quàm 9. §. si supr.* qui tamen locus ad hunc casum omnino nil pertinet, vt ibi explicauimus. DEC. Tutor in omnibus iis quæ ad pupilli vtilitatem pertinent, domini loco est & omnia facere potest quæ posset verus dominus habens rerum suarum administrationem *l. qui fundum 7. §. tutor infr. pro emptor. l. interdum 56. §. qui tutelam infr. De furt.* Atquin ad pupilli vtilitatem maximè pertinet, vt deficientibus aliis omnibus probationibus, sine quibus non modò non possit vincere, sed etiam succumbere ei sit necesse, possit tutor eius nomine iusiurandum deferre, cùm possit aliquo casu euenire vt ex ea delatione vincat pupillus, qui alioquin certum litis damnum incurreret, puta si aduersarius cui delatum esset iusiurandum, nec iurare vellet nec referre. Tunc enim habendus esset ipse pro confesso *l. manifestæ 38. infr. l. prox. §. ait Prætor & seq. supr. & consequenter pro condemnato l. 1. infr. De confess.* Ergo hoc saltem casu permittendum est tutori vt iusiurandum pupilli nomine deferat. Ratúmque habendum est eiusmodi iusiurandum à Prætore *l. iusiurandum quod 17. §. si tutor supr.* id est vt quandocunque agere volentem pupillum audire non debeat, quemadmodum scriptum est in hac lege. Quod ego sic intelligo, etiamsi superuenerint ei nouæ probationes, si modò tempore delati iurisiurandi neque sperari neque expectari poterant. Non enim potest videri hoc casu læsus inspecto tempore delationis quod semper præcisè inspiciendum est. Nec aliud requiritur nisi vt tutor iusiurandum detulerit bona fide & ex mera necessitate, ac eo tempore quo prudentissimus & diligentissimus paterfamilias quilibet nihil melius facere potuisset. Alioqui quod fauore pupilli non minùs quàm ex ratione iuris inductum est, vt nec ipse vllo casu nec tutor eius indistinctè iusiurandum deferre possit, in eius odium retorqueretur si nec omnibus probationibus deficientibus idipsum tutori permitteretur contra *l. pen. C. ad S. C. Trebell l. quod fauore 6. C. de legib.* Nec illud etiam requiritur, vt tutor qui defert, tutelam gerat, vt contra Accursium malè videtur sentire Cuiacius ex *d. § si tutor.* dummodo non sit ei interdicta administratio, vt ad eum locum scripsimus. Cùm autem hoc vno casu delatio ritè facta est & ex bona fide, frustra pupillus posteà implorabit restitutionem in integrum vt audiatur veniens contra iusiurandum ex nouis fortasse probationibus, nisi eo casu quo etiam maior post iusiurandum quoque præstitum audiretur id est in specie *l. admonendi 31. supr.* Nam nec alius quilibet minor qui ipse in casu simili iusiurandum detulisset, restitui postea posset, vt scripsimus *ad d. l. nam postea quàm 9. §. si minor supr.* Alioqui non posset dici Prætor ratum habere id quod siue per restitutionem in integrum siue quo alio modo rescinderet *l. si mulier 11. §. 1. supr. quod met. caus. l. quoties 44. infr. De acquir. hered. l. 4. §. vlt. De euict.* Idque est quod Paulus hîc scribit *Quandoque enim pupillo denegabitur actio.* Dixit enim *quandoque* non pro *aliquando* quæ secunda Accursij interpretatio & mala est, quasi aliquo casu deneganda sit actio pupillo, & aliquo casu concedenda, sed loquendi more prudentibus nostris familiari pro *quandocunque* vt in *l. heres quandoque 54. De acq hered. l. verbis ciuilibus 7. De vulg. & pupill substit.* vbi dixit Papinianus *quandoque non* pro *numquam* ad exclusionem restitutionis in integrum in perpetuum & omni tempore. Nec sanè potest vnquam fieri vt pupillus hoc casu se læsum probet, cùm tamen sine læsione non possit in integrum restitui, vt & Accurs. fatetur.

1 ¶ Prodigus, si deferat iusiurandum, audiendus non est. Idémque in cæteris similibus ei dicendum est. nam siue pro pacto conuento, siue pro solutione, siue pro iudicio hoc iusiurandum cedit: non ab aliis delatum probari debet, quàm qui ad hæc habiles sunt.

Ad §. 1. Prodigus.

RAT. DVB. Prodigus qui neque modum neque finem impensarum habet, quomodo diffinitur in *l. 1. infr. De curat. furios.* licèt ei sit interdicta bonorum suorum administratio, & curatori eius data [de hoc enim solo hîc loquimur, cùm prodigalitatis solius ante interdictioñe ratio haberi nulla possit] rerum quidem suarum administrationem amisit, sed tamẽ dominium non amisit, sicut nec pupillus qui tutorem habet, aut furiosus, qui curatorem. Ergo cùm remaneat dominus vtique audiendus est si iusiurandum aduersario deferre velit, saltem eo casu quo deficiant ei aliæ omnes probationes, cùm alius quilibet etiam prudentissimus paterfamilias idem

facere necessariò cogeretur, exemplo eius quod in tutore pupilli proximè scriptum est. DEC. Is demum iusiurandum deferre potest, non qui dominus est, sed qui rerum administrandarum ius habet *l. iusiurandum quod* 17. §. *pupillus supr.* Delatio enim iurisiurandi ad rerum administrationem pertinet, cum habeat vim pacti conuenti, id est transactionis *l. 2. supr.* Adeóque stipulationis, nouationis & delegationis *l. qui iurasse vicesimo sexto, §. vltim. supr.* itémque acceptilationis solemnis *l. antepenul. infr. quæ solutio imaginaria est* §. 1. *Institut. quibus mod. tollit. obligat. l. pen. infr. De solut.* Imò & veræ solutionis *l.* 27. *supr.* Atqui prodigus non habet ius rerum suarum administrandarum, ideóque nec paciscipotest nec per stipulationem promittere *l is cui bonis* 6. *infr. De verb. oblig.* neque soluere aut aliter quicquam ex bonis suis alienare, nec denique rem in iudicium deducere, ne quidem curatore authore, in quo deterioris condicionis est sicut & furiosus, quàm pupillus, qui omnia hæc facere potest tutore authore *l.* 5. *De reg. iur. l. quòd si fortè* 14. §. *vlt. & l seq infr. De solut.* Nempe quia certum est ætatem allaturam esse pupillo iudicium non etiam furioso resipiscentiam, aut prodigo bonos mores, vt sæpiùs diximus ex *l.* 3. §. 1. *infr. De tutel.* Ergo neque permittendum est prodigo vt deferat iusiurandum ne quidem curatore authore nec si cæteræ probationes omnes deficiant, sed curator solus exemplo tutoris deferre iusiurandum eo casu potest, & debet. Sicut solus ille & paciscitur & stipulatur, aut promittit pro prodigo, & res eius alienat, & in iudicium deducit, quia rerum administrandarum ius habet curator prodigi, non prodigus. & curator furiosi non furiosus, qui prodigo in omnibus benè comparatur, itémque mutus & surdus & aliæ huiusmodi personæ quibus curator dari solet, & debet, quòd rebus suis superesse non possint, & de quibus in *Tit. De curatoribus furios. prodig. & aliis extr. minor. dand. & Tit. De bonor possess. furios. infant mut. surd. cæco dand.* Illæ enim sunt personæ prodigo similes quas Paulus hoc loco intelligit iis verbis *Idémque in similibus eis personis dicendum est.* Et quamuis generalia sint verba edicti quibus Prætor pollicetur se coactum eum cui deferetur iusiurandum vt vel iuret vel soluat *l. prox. § ait Prætor supr.* restringi tamen debent ad personas habiles vt hîc Paulus monet, quomodo in cæteris omnibus legibus, constitutionibus & hominum quoque dispositionibus dicimus, quantumuis generales sint, restringi tamen eos debere ad casus habiles, ne alioquin absurda innumera sequantur quæ sequi necesse esset, quod etsi probare nostri vulgo solent nec malè ex *l. adigere* 6. §. *quamuis De iur. patron. l.* 1. §. *vlt. infr. ad SC. Tertyll.* probatur tamen omnium optimè & aptissimè ex hoc loco. Cætera quæ hîc tractat Accursius, quarum rerum loco iusiurandum cedat, iam explicauimus ad *l.* 1. *&* 2. *& l. qui iurasse* 16. §. *vlt. cum l. seq. supr.* & dicemus etiam ad *l. antep infr.* Falsum enim est quod ille putat per iusiurandum non tolli ciuilem obligationem.

2 ¶ Qui non compelluntur Romæ iudicium accipere, nec iurare compellendi sunt: vt legati prouinciales.

Ad §. *vlt. Qui non compelluntur.*

RAT. DVB. Aliud est iurare, aliud verò litigare. Iurari enim quocunque loco & apud quemlibet iudicem nihil prohibet, præsertim si iusiurandum ex conuentione sola proficiscatur, nec apud iudicem deferatur ab aduersario nec à iudice ipso imponatur, vt loquitur *l. generaliter* 12. *C. hoc tit.* Est enim eo casu quid omnino extraiudiciale. Sic litigari non potest nisi apud iudicem competentem, nec priuatorum consensus potest tribuere iurisdictionem ei qui nullam habeat, licet eam quæ alicui competit possit prorogare *l.* 1. *&* 2. *supr. De iudic.* vbi scripsimus *l.* 3. *C. de iurisdict. omn. iudic. l. cùm Papinianus* 14. *C de sent. & interloc. omn. iudic.* Cùm igitur de iureiurando deferendo extra iudicium & præstando tractatur, nihil attinet quærere an is cui iusiurãdum defertur, compelli possit eo in loco iudicium accipere an non possit, præsertim si iurisdictio sit competens, & is cui iusiurandum defertur, præscriptione tantùm aliqua fori se tueatur vt in exemplo quod Paulus hîc adfert de legatis prouincialibus & aliis huiusmodi qui ius habent & priuilegium reuocandi domum. *d. l.* 2. §. *legatis & pass. supr. De iudic.* Præscriptio enim fori præsupponit competentiam iurisdictionis, vt ibidem tractauimus. DEC. Iusiurandum etiam quod extra iudicium defertur iudicij instar obtinet, vt scriptum est *in* §. *præcedent.* & in *l. qui iurasse* 26. §. *vlt. supr.* Æquè enim conuentionale atque iudiciale ad Prætoris edictum pertinet vt is cui defertur, aut iurare cogatur aut soluere *l. prox.* §. *ait Prætor supr.* sicut & iudicium redditur in inuitum *l. inter stipulantem* 83. § 1. *De verb. obligat.* Ergo qui non coguntur iudicium Romæ accipere siue quòd ex aliena iurisdictione sint vt in *l.* 2. *supr. si quis in ius vocat. non ier. l. si quis ex aliena* 5. *supr. De iudic.* siue propter priuilegium quod ex aliqua causa habeant reuocandi domum, vt legati prouinciales, nec ibi iurare cogendi sunt. Alioqui iusiurandum hoc non succederet in locũ iudicij & litis contestatæ, quomodo succedit, & ita idem Paulus noster ratiocinatur *in l. sed etsi* 28. §. *ex quibus supr. De iudic.* Tractamus enim hîc de iureiurando quod delatum sit duntaxat, necdum tamen præstitum, & de quo controuertatur vbi præstandũ sit. Nam si ex vtriusque partis voluntate iam præstitum sit, quocunque tandem loco tuendum est, & conseruandum à Prætore. Quod ei hic ipse locus satis probat eo verbo *non compelluntur* vt intelligamus eum cui iusiurandum defertur non compelli quidem alibi iurare, quàm vbi conueniri punitus posset, sed posse tamen si velit. Iurare igitur vbique cogi non potest, at iurasse vbiq; potest. Sic dicimus satisfacere velle nil prodesse, sed prodesse tamen satisfecisse *l. item liberatur* 6. § 1. *infr. quib. mod pign. vel hypoth. soluit.*

36. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

SI actor deferat iusiurandum de sola constituta pecunia, & reus iurauerit: exceptione vtetur, si de constituta conueniatur. sed si de sorte, id est, de priore obligatione conueniatur: exceptio cessabit: nisi de hac quoque iurauerit, aduersario deferente.

Ad l.

Ad l. si actor 36.

RAT. DVB. Exceptio iurisiurandi locum habet non tantùm si ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iusiurandum, sed etiamsi alia, si modò eadem quæstio in iudicium deducatur *l. in duobus 28. §. exceptio supr. hoc tit.* Atqui ponimus eandem pecuniam quam actor dicebat sibi constitutam à debitore, & cuius nomine cùm ageret de constituta pecunia, reus iurauerit actore deferente non fuisse constitutam. Ergo etiamsi nunc de sorte, id est, de priore obligatione pecuniæ fortassis creditæ, reus conueniatur condictione certi ex mutuo, exceptio iurisiurandi locum habere debet, quamuis alia actio sit cùm de eadem pecunia quæratur. Maximè verò cùm iusiurandum habeat vim solutionis quoque *l. 27. & l. seq. §. 1. supr.* & acceptilationis *l. antep. infr.* Nemo autem dubitat quin si soluta esset pecunia quæ constituta dicebatur, sublata esset omnis obligatio non tantùm constitutæ pecuniæ sed etiam creditæ, nec minùs ciuilis actio condictionis certi ex mutuo, quàm honoraria de constituta pecunia. DEC. Cùm de iurisiurandi exceptione quæritur an noceat, non tam inspiciendum illud est, an alia actio sit, quàm vtrum alia sit quæstio facti quàm ea de qua iuratum sit, vt diximus ad *d. §. exceptio.* Non enim iuratur nisi super quæstione facti, nec debet iusiurandum de vno facto præstitum ad aliud factum extendi licet vtrumque factum ad vnam eandémque pecuniam pertineat. Atqui alia quæstio est, an constituta sit pecunia, an verò sit credita, quoniam & aliud factum est si pecunia constituatur, aliud si mutua detur, nõ cõstituitur, nisi quę iam ex alia causa debetur. *l. 1. §. debitum autem infr. De pecun. constit.* Creditur autem nunc primùm pecunia, quæ nondum debetur. Iusiurandum igitur super posteriore obligatione & actione constitutæ pecuniæ delatum & præstitum, exceptionem parere non potest in priore obligatione, sortis & pecuniæ creditæ & aduersus condictionem certi ex mutuo, quia licèt eadem sit pecunia quæ & credita dicitur & constituta. Alia tamen quæstio facti non minus quàm alia actio est, nec potest videri iusiurandum hoc casu habere vim solutionis & acceptilationis, non quia eam vim habere non debeat, nisi quantum ad id de quo iuratum est, vt malè Accursius putat & post eum Bartolus, [nam si iuratum esset super priore obligatione sortis & pecuniæ creditæ, vtique haberet vim solutionis & acceptilationis, ad elidendam quoque actionem constitutę pecuniæ quamuis de ea iuratum non esset] sed quia iuratum non fuit super obligatione principali quæ si sublata esset per iusiurandum, accessoriam quoque constitutæ pecuniæ sublatam esse per consequentias necessarias oporteret, ex regula *l. cùm principalis 178. De regul. iur. l. item illa 18. §. vlt. infr. De pecun. constit. l. iusiurandum à debitore 40. infr. hoc tit.* At super obligatione accessoria constitutæ pecuniæ, qua sublata nihil prohibet principalem saluam remanere, nisi de hac quoque reus iurauerit, aduersario deferente, id est, pecuniam neque creditam neque constitutam fuisse. Rectè verò *aduersario deferente* quia si reus cui actor de sola constituta pecunia iusiurandum detulit, de credita quoque iuraret, non eo magis exceptionem iurisiurandi aduersus condictionem certi ex mutuo sibi acquireret, quia ex delatione iuratum non esset. Nemo enim seipsum iudicem & testem in causa propria potest constituere nisi cui ea condicio ab aduersario ipso deferatur *l. 1. infr. quar. rer. act. non detur iunct. l. nullus 10. infr. De testib. l. omnibus 10. C. eod.*

37. VLPIANVS libro 33. ad Edictum.

SI non fuerit remissum iusiurandum ab eo, qui detulerit, sed de calumnia non iuretur: consequens est, vt debeat denegari ei actio. sibi enim imputet, qui processit ad delationem iurisiurandi, nec prius de calumnia iurauit: vt sit iste remittenti similis.

Ad l. si non fuerit 37.

RAT. DVB. Nihil tam contrarium est delationi iurisiurandi, quàm vt remittatur, qui enim defert, vult aduersarium cogere vt vel iuret vel soluat *l. iusiurandum 34. §. ait Prætor supr.* Qui verò remittit iusiurandum, facit gratiam iurisiurandi *l. remittit 6. supr.* Ergo non potest verum esse quod in hac lege scribitur, eum qui processit ad delationem iurisiurandi, si nolit prior iurare de calumnia, similem esse remittenti, eique denegandam esse actionem perindè ac si reo iurisiurandi gratiam fecisset. DEC. Quisquis iusiurandum defert extra parentes & patronos, iurare prior debet de calumnia *dict. l. 34. §. qui iusiurandum supr.* vbi rationem attulimus. Ergo si nolit facere quod prior facere iubetur, hoc ipso videtur non à delatione resilire, quod nec potest inuito eo cui iam detulit, sed iusiurandum remittere & consequenter habere illud pro præstito. Alioquin sibi ipsi gratiam delationis facere diceretur, si ex pœnitentia delationem reuocare posset, quod absurdum esset. Atqui si reus ex delatione iurasset, actori hodie actio denegaretur ex edicto Prætoris *l. ait Prætor 7. supr.* Ergo & denegari debet, cum post delatum iusiurandum actor iurare prior de calumnia noluit, cum aduersarius iusiurandum illud ab eo exigeret. Sic enim accipienda necessariò sunt verba illa huius legis *nec de calumnia iuretur* & illa rursum sequentia *nec priùs de calumnia iurauit* cùm iusiurandum de calumnia non aliter præstandum sit quàm si exigatur *dict. §. qui iusiurandum.* Nec potest actor conqueri, quasi aliqua ei fiat iniuria, in eo quod iusiurandum ab eo delatum habeatur pro remisso, quod videbatur habendum potius pro non delato. Duo enim sunt quæ sibi debet imputare: Vnum quod processerit ad delationem iurisiurandi iam certus nolle de calumnia iurare, cùm tamen sciret aut scire deberet, non priùs cogi posse aduersariũ ad iurandum quàm prior ipse actor de calũnia iurasset: Alterum quod post delatum susceptúmq; à reo iusiurandum [satis enim suscipitur hoc ipso, quod is cui iusiurandum delatum est, exigit ab actore iusiurandum de

calumnia] iurare tamen de calumnia recusat. Cùm igitur delatio quæ facta & facti est non possit haberi pro infecta *l. in bello* 12. §. *facti autem infr. de capt. & postlim. l. denique* 1. *supr. ex quib. caus. maior.* necesse est, ut delatum iusiurandum habeatur pro præstito, in præiudicium actoris per quem stat non dicam ne à reo præstari possit [posset enim si vellet iusiurandum illud calumniæ remittere siue expressè siue saltem tacitè secundum ea, quæ disputauimus ad *d. §. qui iusiurandum*] sed ne reus per Prætorem cogi possit, vt iuret, ex reg. *l. iure ciuili* 24. *de cond. & demonst. cum similib.* Idque est quod Accursius ait, etiamsi non faciam quod debeo, si tamen nec tu facias quod debes, non posse te obtinere ex *l. si in emptione* 34 § *item si & emptor infr. de contr. empt. l. Iulianus* 13. §. *offerri de action. empt.* Remitti ergo iusiurandum potest non tantùm expressè vt in *d. l. remittit* sed etiam tacitè si recuset is qui detulit, iurare prior de calumnia: sed cum hac differentia, quod expressa remissio voluntatem expressam habet remittentis: at tacita fieri intelligitur inuito etiam nonnunquam eo qui tacitè remittere creditur nisi quod maluisse videtur non iurare de calumnia, quàm aduersarium de re controuersa iurare *arg. l. si patre cogente* 22. *inf. de rit. nupt.* Et ideo benè Vlpianus hîc dicit esse illum remittenti similem, vt appareat non tam iusiurandum remisisse hunc actorem, quàm pro eo haberi ac si remisisset, alioqui si nec præstitum esset iusiurandum nec remissum aut habendum saltem pro remisso, habendum necessario esset pro non delato *l. non erit* 5. § *vlt. supr.* Quod autem Accursius addit hanc legem hodie correctam esse propterea quòd ex *Nouella Iustiniani Constitutione* 49. *de his qui ingred. ad appell.* hodie semel tantùm in tota lite & ab initio iuretur qualiter verum sit docuimus ad *d. §. qui iusiurandum* Planè si ante litem contestatam & extra iudicium deferatur iusiurandum, etiam hodie de calumnia iurandum erit quia Iustiniani constitutio & Iustinianeum illud iusiurandum ad hunc casum non pertinet, sed ad iusiurandum ob litem & in lite ipsa præstandum, vt non malè Bartolus hîc notat, & ad *d. §. qui iusiurandum.*

38. PAVLVS libro 37 ad Edictum.

MAnifestæ turpitudinis, & confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre.

Ad l. Manifestæ 38.

RATIO DVB. Fieri potest vt vir probus & honestus iurare nolit etiamsi bonam & iustam causam foueat. Tantòque difficiliorem se præbeat ad iurandum quanto sit honestior & religiosior *l. quæ sub condicione* 8. *inf. de condic. instit.* Nec tamen referre iusiurandum velit propter periculum, quod incurrunt illi qui iusiurandum referunt, vt aduersarium in propria causa iudicem & testem constituant, quo grauius & periculosius dici nihil potest, ergo neque turpitudinis neque confessionis manifestæ est, nolle nec iurare nec iusiurandum referre. Et quemadmodum maioris modestiæ est, referre iusiurandum quàm iurare velle *l. illud* 25. §. 1. *infr. de pecun. constit.* ita maioris prudentiæ, minorisque periculi iurare velle, quàm iusiurandum referre, non igitur est quod turpitudinem obiiciamus ei qui neutrum facere velit, cùm potiùs modestiæ, & prudentiæ coniunctam laudem mereatur. DEC. Superstitio non religio est, si quis metu diuini numinis, nec pro ea re quam veram esse sciat, iurare velit, nisi vel soluere, vel saltem iusiurandum referre paratus sit, *d. l. quæ sub condicione & d. l. illud* §. 1. superstitionem verò cuique suam nocere æquum est, quàm alteri, qui postquàm iurauit de calumnia, inculpatus est, nec vllam satis iustam querelæ occasionem videri potest dare aduersario, quem facit iudicem in causa propria *l.* § *infr. Quar. rer. act. non det.* Facit ergo turpiter is, qui nec iurare vult nec referre, non in eo quod iurare non vult, sed in eo quod nec vult referre, nec tamen soluere, sed pergit in lite prosequenda, vt dolo malo erepta aduersario hac quoque probationis specie, victoriam improbæ litis sibi paret. Quomodo autem apertiùs posset fateri intentionem aduersarij, quàm si delatum sibi iusiurandum nec subire velit, nec referre? Quid? An non etiam recusari potest iusiurandum? non potest sanè, nec magis iure vetere vt malè putat Accursius, quàm nouo inspecto, etiam priusquàm susceptum sit iusiurandum, vt benè contra Accursium Bartolus disputat ex *l. iusiurandum* 34. §. *ait Prætor supr. eod.* Nisi iusta causa sit recusandi, quomodo intelligi debet quod scriptum est in *l. generaliter* 12. §. 1. *C. hoc tit.* vt ex eo apparet quod ibidem Iustinianus constituit vt si iudex recusatum iusiurandum omnimodo præstandum esse existimauerit sic causam dirimat, quasi volente eo sacramentum sit relatum, sic enim legendum esse puto, non vt vulgo *recusatum* quę nullius sensus lectio est. nisi malis legere *nolente* pro *volente.* Error enim probabilior est, & emendatio tolerabilior Hoc sensu, vt possit quidem is cui delatum est iusiurandum, illud recusare, antequàm à iudice delatio adprobata sit, sed si posteà iudex delationem adprobauerit, hoc est, omnimodo iurandum esse putauerit, iusiurandum exinde videatur recusatum contra voluntatem iudicis, & consequenter is, qui recusauit habeatur pro confesso ex hac lege sed non semper adprobat delationem iudex, quia variæ possunt esse causæ iustissimè recusandi iurisiurandi: Quas hîc Bartolus congerit diligenter, aliquando, inquit, ex persona deferentis, vt in *l.* 17. § *vlt. & l. tutor* 35. §. 1. *sup.* Aliquando ex persona eius cui defertur *l.* 4. §. *pupillo & seq. sup.* Item ex qualitate loci in quo defertur *d. l. tutor* §. *vltim.* aut actionis propositæ si talis sit, vt ex ea conueniri nequeat is, cui defertur iusiurandum, vt in specie *l. si patronus* 16. *eod.* Aut etiam exceptionis, quæ opponi amplius non possit, vt in *l. in contractibus* §. *illo proculdubio Cod. de non numer. pecun.* Item propter ignorantiam vel dubitationem eius cui defertur *d. l.* 34. §. 1. & §. *ait Prætor*, aut si periculum sit ne alio posteà agente periurium detegatur *argum. l. aliàs* 18. *supr.* aut si futurum esset, vt ius illius cui iusiurandum defertur, aliquatenus minueretur, vt in specie *l. eum qui* 30. *in princip. supr.* aut si emptor conuentus vindicatione vel hypothecaria malit se defendere, vt paret sibi actionem de euictione quam non haberet, si ex iurisiurandi relatione aduersario

aduersario facta vinceretur ex *l. si dictum 56. § si compromisero infr. De euict.* Quamquam vereor ne exemplum hoc [cætera enim suis locis tractauimus] non sit satis accommodatum, emptor enim qui recusandi iurisiurandi solam illam causam habuit, vt postquàm succubuisset, agere posset de euictione, cùm succumbat culpa sua, si iurando poterat vincere nullum post condemnationem regressum habere potest *arg. l. si ideo 55. eod. tit. l. si obligata 18. C. eod. l. exceptione 67. infr. De fideiuss.* Quòd si nec iurare potuit sine scrupulo, nec referre voluit propter periculum litis amittendæ, adhuc tamen non caret culpa, cùm tanto certiùs item amittat, qui si iusiurandum retulisset, vincere fortassis potuisset. Nec quod aduersario iurante ex relatione victus fuisset, meliorem ipsius causam facere potest, cùm non eo minùs agere de euictione potuisset, siquidem multum differt hic casus ab illo quo quis ex compromisso suo fuerit condemnatus, de quo in *d. §. si compromisero.* Nam compromissum habet causam merè voluntariam, & quæ ex arbitrio compromittentis pendet, cùm iure ciuili & vetere & nouo invitus nemo ad compromittendum cogi possit. At relatio iurisiurandi habet causam merè necessariam, cùm is qui nec iurare vult, nec succumbere, non minùs cogatur iusiurandum referre, quàm is cui refertur iurare *d. l. generaliter § 1 C. hoc tit.* Sed & emptori huic potest imputari, cur non meliùs sibi prospexerit laudato citius, & opportuniùs authore suo venditore, vt causam iureiurando decidi, vel pateretur ipse vel prohiberet, nec in emptorem postea condemnationis reiicere culpam posset. Quid ergo si talis casus emergat in quo is cui delatum iusiurandum est, iurare quidem possit si velit, referre tamen non possit, nec si maximè velit; fortè quod factum de quo iurandum est ei cui iusiurandum defertur, sit cognitum, deferenti verò incognitum? Hoc enim sæpiùs in praxi contingit. Et alij ex pragmaticis & interpretibus nostris aliter sentiunt. Dubitationem facit, quia non ait Paulus in hac lege manifestæ turpitudinis & confessionis esse nolle iurare, quod nec verè dici posset, sed addit *nec iusiurandum referre*, ita innuens nihil imputari posse illi qui iurare non vult si iusiurandum referre non possit. Sed tamen mihi contrà semper visum est, perinde hunc succumbere debere, ac si nec iurare nec referre cùm posset vellet, neque enim verba Edicti sic concepta sunt, *Eum à quo iusiurandum petetur, aut iurare aut referre cogam aut soluere*, sed nulla relationis mentione facta *aut iurare cogam aut soluere d. §. ait Prætor.* Quod autem ei defertur iusiurandum, datur etiam facultas referendi si malit, non tam ex verbis edicti fit quàm ex facilitate & indulgentia Prætoris, vt is cui iusiurandum delatum est minùs arctetur, & ei qui detulit æquè consulatur, tanquam constituto iudici in causa propria vt diximus *ad d. l. 34 paragraph. datur autem.* Cæterùm facultas illa referendi iurisiurandi, sicuti ad alios casus non pertinet quàm quibus referri iusiurandum possit, vt semper supponantur termini habiles ex *l. tutor 35. §. 1. supr.* ita non extinguit potestatem edicti, hoc est iurandi vel soluendi necessitatem, si qua de causa referri iusiurandum non possit. Nihilne ergo intererit, an is cui delatum iusiurandum est, referre illud possit, an non possit? Nihil penitus quod ad effectum rei attinet, quia vtroque casu æquè succumbit is, qui iurare non vult: Sed quod ad causam condemnationis attinet, multum interest. Non enim manifestæ turpitudinis & confessionis est nolle iurare absolutè, nec pro confesso, aut pro improbo haberi potest is qui ex delatione iurare noluit. quamuis perinde succumbat, quia edicto & imperio Prætoris satisfacere noluit. Soluat igitur, quia ex duabus edicti partibus elegisse hanc videtur. Idemque est si ex defectu quis ag[?] iusiurandum aduersario deferat. Nec enim referri illud potest, nec eo minus tamen iurandum est vt diximus *ad d. § datur autem & d. l. Marcellus 2. & l. ult. & legib. seqq. infr. Rer. amot.* vbi rationem huius iuris & ultimus. & specialiorem quandam, quæ a viro doctissimo Iacobo Cuiacio allata est ad Paulum in hunc locum. Caue autem ne cum eodem Cuiacio putes in specie huius legis eum qui nec iurare vult nec referre, hoc ipso habendum esse pro confesso & condemnato. Pronunciatio enim necessaria est & condemnatio sequi debet, vt rectè docet *Bart. ex l. eius qui delatorem 29. infr. De iur. fisc.* & ex eodem loco probat heredem illius qui nec iurare voluit nec referre, non posse, quasi condemnati heredem ex eiusmodi præsumpta confessione conueniri, adeóque nec condemnari. Illud denique notandum & verissimum est, quod circa causas recusandi iurisiurandi addit Bartolus, Posse etiam interdum recusari iusiurandum propter qualitatem & modum deferendi aut referendi ex *dict. l. iusiurandum 34. §. si de qualitate & paragrapho non semper supr.* Suauis verò est Accursius noster qui notat in illis verbis, *Nolle nec iurare, nec iusiurandum referre* abundare vnam negationem, ne alioqui duæ negationes, inquit Bartolus, æquipolleant affirmationi ex *l. duobus 137. De verb. signific.* Et suauior idem Bartolus, cùm euitandi huius absurdi gratia sic verba hæc interpretatur, vt in eo quod Paulus ait *nolle* subintelligendum sit *soluere* ex parte rei, inquit. Nam ex parte actoris videt suppletionem hanc fieri non posse. Nimirum nondum viderant boni viri elegantias Manutij, quæ docent ex plerisque Ciceronis locis in huiusmodi locutionibus duas negationes magis negare & elegantius, quàm si vna tantùm esset.

39. IVLIANVS libro 10. Digestorum.

SI quis cum debitore suo pepigerit, ne ab eo pecunia peteretur, si iurasset, se capitolium non ascendisse, vel aliud quodlibet fecisse, vel non fecisse, ísque iurauerit: & exceptio iurisiurandi dari debebit; & solutum repeti poterit. est enim iusta conuentio, si quælibet causa in conditione iurisiurandi deducta fuerit.

Ad l. si quis cum debitore 39.

RAT. DVB. Condiciones iurandi improbantur à Prætore tanquam superfluæ, adeóque minùs honestæ, ob rationes ab Vlpiano allatas in *l. qua sub conditione 8. infr. de condic. instit.* Ergo si quis cùm debitore suo pepigerit ne ab eo pecunia peteretur, si iurasset se Capitolium non ascendisse vel aliud quodlibet fecisse vel non fecisse, isque iurauerit, nulla neque condicionis, neque iurisiurandi huius ratio haberi à Prætore debet, nec proinde potest ex hoc iureiurando dari exceptio pacti, aut impediri repetitio soluti. DEC. Iusta est conuentio si quælibet causa in condicionem iurisiurandi deducta fuerit: Iusiurandum enim vt in pecuniis ita & in cæteris rebus omnibus locum habet *l. iusiurandum 34 in princip. supr.* Ergo & hæc conuentio iusta videri debet, vt secuto iureiurando & exceptio danda sit ei qui iurauit & soluti repetitio, si cùm tutus esset exceptione perpetua soluerit *l. qui exceptionem 40. infra de condi. indeb.* Exceptio enim iurisiurandi perpetua est *l. prox. inf. sicut & pacti l. 3. inf. de except.* Neque cōdicio hæc iurandi à Prætore improbata est, cùm respiciat tempus præteritum non futurū. Aliud enim esset si condicio iurandi ad aliquid dandum aut faciendū collata in futurum esset, quia sufficeret id dari vel fieri nullo de ea re interposito iureiurando, non minus quàm in vltimis voluntatibus, à quibus cōuentiones inter viuos separari hac parte non debent, vt Bartolus concludit secundam Accursij interpretationem secutus, nemo enim superfluo iureiurādo onerari debet *d. l. qua sub condicione.* sicuti nec superuacua cautione *l. hac stipulatio 14. inf. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Esset autem superfluum iusiurandum si de aliqua re danda vel facienda præstari deberet, quandoquidem idipsum dari vel fieri sufficeret *d. l. qua sub condicione.* At non est superfluum cùm de re præterita ac iam facta iurandum est, quæ proinde fieri ampliùs non potest, sic in *l. si cum patruo 6. C. commun. vtriusque iudic.* Quænam verò exceptio ista sit an pacti an iurisiurandi nostri disputant, quamuis Iulianus eam iurisiurandi exceptionem esse dicat, magísque probant vt sit exceptio pacti, sicque interpretantur verba illa *& exceptio iurisiurandi dari debebit* ac si scriptum esset *exceptio pacti ob iusiurandum.* Quæ interpretatio certè durior mihi videtur quàm vt probari possit, cùm pacti & iurisiurandi exceptiones diuersæ sint *d. l. exceptiones 7. de except.* quamuis non valde dissimiles in effectu, nisi quod pactum nunquam tollit actionem ipso iure *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret infr. de pact.* quomodo iusiurandum tollit tanquam quod habeat vim nouationis & delegationis *l. qui iurasse 26. §. vlt. supr. itémque acceptilationis l. prox. inf.* & veræ solutionis *l. 27. & l. seq. § 1. sup.* etsi non potest hoc dici in specie huius legis in qua non proponitur iuratum esse nisi de condicione sub qua pactum de non petendo factum dicebatur, vt proinde non possit vis & potestas huius iurisiurandi maior esse quàm pacti de quo interponitur, ad purificandam vt loquuntur eius condicionem. Qua porrò purificata, non nego etiam pacti exceptionem posse locum habere, sed ea res non excludit exceptionem iurisiurandi, non illo tantùm casu quo iuratum sit super exceptione siue pacti siue alia de qua lis erat, vt putat Bartolus, sed illo etiam quo lis nulla dum fuisset sufficit enim metus litis ad iurandum sicut & ad transigendum *l. 2. C. de transact.* cùm iusiurandum transactioni comparetur *l. 1. supr. hoc tit.* Nec verum puto quod tam generaliter monet Bart. non tractari in hoc Tit. de alio iureiurando quàm quod super lite deferatur, nisi intelligas etiam de lite futura. Satis enim est materiam litis subesse, & verò iusiurandum conuentionale de quo in *l. iusiurandum quod 17. supr.* & alibi tam sæpe in hoc tit. deferri vt plurimùm solet, sicut extra iudiciū, ita & ante motā litem, sed non ante natam materiam litis. Quod autem Accursius quærit, si promiserim tibi decem sub ea condicione, si iures te ascendisse Capitolium & iures an ex iureiurando isto nascatur actio an ex pacto, ab huius legis specie alienum est, in qua vt idem Accursius fatetur, interpositum erat iusiurandum ad excipiendum duntaxat, non etiam ad agendum, sed & pugnat cùm eo quod diximus, condiciones istas iurandi de aliqua re facienda, improbatas esse à Prætore, *ex d. l. qua sub condicione*, vt proinde stultum sit quærere an Prætor, cuius est actiones dare, actionem daturus sit ex iureiurando quod ipse edicto suo improbauerit, planè secuto implemento, id est, si non tantùm iuraueris te ascensurum Capitolium, sed etiam reipsa ascenderis, dubium non est quin fiat contractus innominatus, qui non tam à conuentione quàm à facto ipso initium obligationis accipit *l. 1. infr. de rer. permut. l. naturalis 5. §. 1. & § quòd si faciam infr. de præscr. verb.* Parúmque refert meo iudicio, an contractus initus sit per *si* an per *vt*, id est, an condicione adiecta, an modo, quemadmodum distinguit Accursius, sed tantùm an implementum iam secutum sit, necne, de quo tamen latiùs tractandum erit ad *d. l. naturalis*, ne confundamus omnia, si cum Bartolo tractatum illum, de contractibus innominatis qui per se amplissimus & difficillimus est, hîc interseramus.

40. IDEM libro 13. Digestorum.

IVsiurandum à debitore exactum efficit, vt pignus liberetur: est enim hoc acceptilationi simile: perpetuam certè exceptionem parit [a]. idcirco pœnam quoque petentem creditorem [b] exceptione summoueri oportet & solutum repeti potest [c]: vtpote cùm interposito eo [d], ab omni controuersia discedatur.

Ad l. Iusiurandum à debitore 40.

RAT. DVB. Iusiurandum super vna re delatum & præstitum ad aliam rem extendi non debet, nec enim habet vim rei iudicatæ aut solutionis nisi in ea ipsa re de qua delatum fuit *l. si actor 36.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Atqui ponit Iulianus in hac lege exactum fuisse iusiurandum à debitore super debito non super pignore, ergo quamuis debitor iurauerit se nihil debere, non potest iusiurandum prodesse ad liberandum pignus, cùm de pignore nihil

nihil iuratum fuerit. Maximè verò cùm non sit nouum, vt summota quoque principali obligatione pignus tamen duret *l. 2. C. de luit. pignor.* tanquam quod tacitam illam habet condicionem si pecunia non soluatur aut aliter eo nomine satisfactum non erit *l grege § etiam infr. de pignor. l. si rem 9. §. omnis pecunia infr. de pignorat. act. l. per § 1 de except. rei iudic.* DEC. Cùm principalis obligatio sublata est, accessoriam quoque per consequentias necessarias tolli omnino necesse est *l. cùm principalis 178. de regul. iur. l. si fideiussor 19 supr. de dolo*: qualis est obligatio pignoris, & fideiussoris, accedit enim vtraque obligatio principali obligationi siue naturalis illa sit siue ciuilis *l. 5. infr. de pignor. l. 6. § vlt. infr. de fideiuss.* Atqui cùm super sorte & principali obligatione iuratum est, tollitur tota principalis obligatio, quia iusiurandum vim habet acceptilationis, quæ licet imaginaria tantùm solutio sit & ciuilis, eundem tamen effectum obtinet quem vera & naturalis solutio ad obligationem omnem tollendam & naturalem & ciuilem *l. pen. infr. de solut. §. 1 Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Ergo & facere debet iusiurandum hoc à debitore exactum vt pignus liberetur, quod non nisi accessorium est, & quod tamen non liberaretur si vel naturalis obligatio superesset *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* si versiculum illum retineas quem tamen irrepitium esse nos in Coniecturis docuimus *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.* Quam in proposito per iusiurandum sublatam esse vel ex hoc maximè intelligimus, & ex *l vlt infr. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Neque verò de hoc aut Accursius aut alius quisquam dubitat, sed tantum de obligatione ciuili quam negat Accursius & post eum cæteri, æquè tolli per iusiurandum vt inferant nec actionem pristinam tolli quæ nascit ex ciuili obligatione. Quod tamen à nobis iam sæpiùs refutatum est, ea potissimum ratione, quòd iusiurandum & nouationis adeóque delegationis vim habeat, & solutionis ex *l qui iurasse 26. § vlt. cum l. seq. & l. in duobus 28. §. 1. supr.* Itémque vt in hac lege scriptum est, acceptilationis de qua nemo dubitat quin obligationem omnem ipso iure perimat & naturalem & ciuilem, in quo maioris potestatis est iusiurandum, quàm res iudicata quæ obligationem naturalem nullomodo perimit, ciuilem verò non nisi ope exceptionis ideóque nec parit soluti repetitionem *l. Iulianus verum debitorem 60. infr. de condict. indeb* quia res iudicata non sicuti iusiurandum ex conuentione proficiscitur sed in inuitum redditur *d. l. qui iurasse 26. § vlt. l. inter stipulantem 83. § 1. de verb. oblig.* Nec ad hunc casum pertinet quod obiecimus *ex d. l. 2. C. de luit pign.* & aliis supradictis, supponunt enim aliquam adhuc obligationem superesse saltem naturalem cui pignus possit accedere & de actione loquuntur, non quæ sit perempta ipso iure, sed quæ sit summota vel summouenda per præscriptionem aut aliam exceptionem.

a *Perpetuam certè exceptionem parit.* RAT. DVB. Exceptio nihil nisi actionis exclusio est *l. 2. & 3. infr. de except.* Atqui iusiurandū vt proximè diximus, tollit & perimit ipso iure actionem, sicut & ciuilem obligationem ex qua actio nascebatur, cùm sit simile acceptilationi. Ergo implicat contradictionem vt pariat etiam exceptionem. DEC. Quemadmodum ei cui damus actionem multo magis damus exceptionem *l inuitus 156. §. 1. de regul. iur. l. 1. §. si autem de superfic.* Ita & is qui ipso iure liberatus est, multo magis liberandus est, per exceptionem, si quo modo conueniatur, multóque tutius liberatur per exceptionem vel ob hoc ipsum ne de apicibus iuris frustra disputandum sit, an ipso iure sit liberatus, vt in *l. qui seruum 34. §. 1 de oblig. & action.* Fieri enim potest, vt is quoq; qui ipso iure liberatus est, de facto tamen conueniatur agēte actore sine actione, quamuis iure id fieri non possit *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter de admin. tutor.* Eò namque pertinent exceptiones omnes quas nostri dicunt exclusiuas iuris agentis vt illa *Age cum Geminiano: Quod ad te liberas ades habeo, tua non interest. tibi non competit actio,* & si quæ sunt similes, aut si fortè obreptum sit, Prætori nulla delati præstitique iurisiurandi facta mentione, siue dolo malo id tacitum sit & ad circumueniendam Prætoris religionem vt in *l. Diuus Hadrianus 33. de re iudic. l. inuito 5. §. pen. infr. de reb. eor. qui sub tutel.* siue per facti ignorantiam si forte heres illius, qui iusiurandum detulerat, ignorans delationem eandem actionem instituerit, fortassis etiam contra illius qui iurauit heredem æquè factum defuncti ignorantem. Est enim facti alieni probabilis semper ignorantia *l. vlt. infr. Pro suo.* In iis maximè qui in alterius locum & ius succedunt *l. qui in alterius 42. l. non potest improbus 99. de regul. iur.* Nihil igitur vetat eum qui ipso iure per iusiurandum liberatus est, æquè ac per acceptilationem possit tueri se exceptione si eam à Prætore petat, quam exceptionem meritò Iulianus ait esse perpetuam, quomodo enim posset esse temporalis in eo, qui ipso iure sit liberatus? id est, in perpetuum sicut enim ius nostrum perpetuum est, ita & quicquid ipso iure fit, in perpetuum fit.

b *Idcirco pœnam quoque petentem creditorem.* RAT. DVB. Cùm pœna promissa est per stipulationem [nec enim nudo pacto promitti vnquam vtiliter potest *l. si seruus 7. infr. de seru. export.*] nihil aliud quærendum est quàm quænam sit quantitas & condicio stipulationis etiamsi nihil intersit stipulatoris *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb obligat.* aut etiamsi minùs *l. vlt. infr. de prætor. stipulat.* Atqui iusiurandum quod creditor à debitore exegit, & debitor præstitit, non aliud efficere potest, quàm vt nihil interesse dici possit creditoris, qui nec creditor esse intelligitur, postquàm iuratum est nihil deberi. Ergo non potest iusiurandum facere quominus pœnam vtiliter petere creditor idémque stipulator possit. DEC. Pœnæ quoque obligatio sicut & pignoris accessoria est, nec proinde potest subsistere sublata principali ex regula *d. l. cùm principalis 178. de reg. iur. l. si homo mortuus 69. infr. de verb oblig.* sed tollitur eo ipso modo quo & principalis aut ipso iure aut per exceptionem, sublata ergo principali per iusiurandum ex quo nascitur exceptio perpetua, tolli quoque persecutionem pœnæ necesse est, saltem ope exceptionis, nam neque pœna aliter vnquam debetur aut promittitur aut petitur quàm si obligationi principali non satisfiat nec soluat debitor quod debet, *l. si pacto quo pœnam 14. Cod. de pact. l. nuda SC. de contr. & commit. stipulat. & d. §. alteri.* Atqui verum est debitorem non esse amplius debitorem postquàm iurauit se nihil debere, cùm iusiurandum pro veritate habeatur *l. eum qui 30. §. vlt & pass. supr.* Nec igitur pœnam vllam debere potest ob id, quod non soluerit pecuniam, quam non debuit.

c *Et solutum repeti potest.* RAT. DVB. Potest fieri vt quis tutus sit exceptione perpetua, vtpura Senatusconsulti Macedoniani *l. 1. infr. de except.* nec tamen si soluat possit repetere *l. qui exceptionem 40. inf. de cond.*

indeb. Ergo non est bona ratiocinatio Iuliani nec bona consecutio, vt quod solutum est à debitore, qui iurauit se nihil debere, idcirco possit repeti, quòd perpetuam habeat ex iureiurando exceptionem. Dec. Exceptiones perpetuæ sunt duplicis generis, quædam fauorabiles quas fauor excipientis introduxit, qualis est exceptio Senatusconsulti Velleiani de intercessionibus mulierum: Quædam odiosæ, inductæ scilicet potius odio creditorum contra quos opponũtur, qualis est exceptio Macedoniani. Quæ sunt prioris generis pariunt soluti repetitionem, non etiam cæteræ *d. l. qui exceptionem.* Porrò exceptio perpetua, quam Prætor dat ex iureiurando fauorabilis est non odiosa, non tam enim odio illius qui iusiurandum detulit, comparata est, qui certè nullo dignus est odio, præsertim cùm iurauerit de calumnia, quàm fauore eius qui ex delatione iurauit de principali negotio. Bona igitur Iuliani ratiocinatio, & consecutio est, vt quod hic qui iurauit soluerit, repetere per condictionem indebiti tanquam indebitum possit, ex regula *d. l. qui exceptionem.*

d *Vtpote cùm interposito eo.* Rat. dvb. Quoties iusiurandum defertur, & præstatur, id agi intelligitur, vt ab ea tantùm controuersia discedatur in qua & de qua iuratum est, non de alia quę in iudicium deducta non fuerit *dict. l. si actor 36. supr.* Atqui in proposita specie controuersia de qua iuratum est, illa tantùm fuit, an is qui conueniebatur tanquam debitor, eam pecuniam deberet quæ petebatur, non etiam de iure pignoris, de quo nec quærebatur. Alia enim est actio de sorte quæ personalis est & directa in personam debitoris, alia verò hypothecaria quę est in rem, & de qua non quærebatur, sed & longè alia quæstio est de soluti repetitione, itémque de pœnæ persecutione, de quibus nec controuersia vlla erat tempore delati præstitique iurisiurandi. Non igitur id actum videri potest vt etiam à controuersia quæ de pignore fieri poterat, necdum tamen facta erat discederetur. Dec. Controuersia de iure sortis & debiti principalis includit controuersiam de iure pignoris, cùm ius & vinculum pignoris non aliter possit subsistere, quàm si aliqua principalis obligatio sit, cui pignus possit accedere, vt diximus ad initium huius legis. Idémque iuris est de pœnæ persecutione, & de indebiti soluti repetitione. Pendéntque omnes hæ actiones ex eadem quæstione facti, an sors debeatur, necne. Ergo iusiurandum ad illas quoque actiones omnes pertinet, quia de toto negotio iurasse intelligitur is qui iurauit nihil se debere, vt in *l. si duo 13. §. idem Iulianus supr. hoc tit.* vt à tota controuersia, quæ ex eo pendebat, discederetur. Idque est quod Paulus scribit in *l. in duobus 28. exceptio. supr.* Exceptionem iurisiurandi non tantùm si ea actione quis vtatur cuius nomine exegit iusiurãdum opponi debere, sed etiamsi alia si modò eadem quęstio in iudicium deducatur.

41. Pomponivs libro singulari Regularum.

Labeo, etiam absenti, & ignoranti iurisiurandi gratiam fieri posse, respondit: sed & per epistolam iurisiurandi gratia fieri potest.

Ad l. Labeo 41.

Rat. dvb. Gratiam Iurisiurandi facere species quędam donationis est, ideóque nec pupillo nec eius tutori id permittitur *l. iurisiurandi 32.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Atqui donatio licèt absenti quoque fieri possit, ignoranti tamen fieri non potest, cùm non priùs perfecta videri possit, quàm donatarius rem sibi donatam esse sciuerit & acceperit, etiamsi seruo eius tradita sit, nisi proponas ea mente traditam seruo vt per eum donatarius statim dominus fieret, sicuti disertè scriptum est *in l. absenti 10. infr. de donat.* Cùm enim donatio non nisi per stipulationem vel traditionem fieri queat, eam quidem quæ per stipulationem fiat certum est inter absentes fieri non magis posse quàm stipulationem ipsam *l. 1. infr. de verb. oblig.* eam verò quæ fiat per traditionem licèt fieri alij possit, absentis nomine, non priùs tamen effectum habere, quàm donationem sciuerit, & agnouerit is cui donatum quis voluerit *d. l. absenti iunct. l. 4. eod. tit. l. nec ambigi 6. C. eod.* Donatio enim beneficium est *l. interdictum 14. infr. de precar.* inuito autem beneficium non datur, vt habet iuris regula. Ergo non potest verum esse quod Labeo dicebat, & Pomponius hîc probat, etiam absenti, & ignoranti gratiam iurisiurandi fieri posse. Et verò cùm nihil tam naturale sit quàm vnumquodque dissolui eo modo quo colligatum est *vulg. l. nihil 35. de reg. iur. l. prout 80. de solut.* Iusiurandum autem neque absenti neque ignoranti deferri possit, quandoquidem statim & continuo suscipi debet, vt ex ea delatione iurari possit *l. non erit 5. §. vlt.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Consequens est, vt nec nisi præsenti & scienti, adeóque consentienti gratiam iurisiurandi facere possit is qui detulit. Dec. Iurisiurandi remissio quæ fieri intelligitur, cùm iurisiurandi gratiam facit ille qui detulerat, fauorabilis est per quam scilicet fit vt delatum iusiurandum habeatur non pro reuocato sed pro præstito, in fauorem eius, qui suscipiendo iusiurandum iam declarauerat velle se iurare, & in præiudicium illius cuius solius intererat susceptum iusiurandum aut præstari aut referri. Nam & satis voluntatem suam declarat is, qui gratiam iurisiurandi facit, quòd nec ab aduersario nec à se iurari velit, denique nihil noui facit, nisi quod pro facto habet id quod ab aduersario fieri voluerat: Cúmque per eum stet ne aduersarius iurare ampliùs possit, etiamsi maximè velit [neque enim bis iuratur de eadem re, & iusiurandum remissum habetur pro præstito vt diximus] apparet ipso iure fieri, vt pro præstito habendum sit non expectata voluntate, nec facto aliquo eius cui iurisiurandi gratia fit, ex *reg. l. iure ciuili 24. de condic. & demonstr. l. in iure ciuili 161. de reg. iur.* Ideóq; non potest videri hæc donatio similis ei, quę fit per stipulationem aut per traditionem nec collationibus præbendarum procuratoribus absentium factis de quibus in *cap. si tibi absenti de prebend. in 6.* vt ius aliquod nouum donatario acquiratur, non tam enim aliquid acquiritur ei cui iurisiurandi gratia fit, quàm eripitur ei, qui gratiam facit ius quod habebat ex sua delatione & ex edicto Prætoris cogendi aduersarium, vt vel iuraret vel referret, vel solueret *l. iusiurandum 34. §. ait Prætor & seq.*

ſeq. ſup hoc tit. Quod ius nemo dubitat, quin ſibi præripere ille potuerit propria ſua voluntate, ſicut & ex ſola ipſius voluntate pendebat, vt iuſiurandum deferret, ac quemadmodum potuerat deferre aduerſario, etiam inuito, ita & inuito ei gratiam iuriſiurandi facere potuit, ex regula *d. l. nihil & d. l. prout.* Quod autem fieri poteſt te inuito, longè magis fieri poteſt te abſente & ignorante ex alia iuris regula *l. qui poteſt 26. de regul. iur.* Qui enim ex delatione iurat, licèt ideo iuret, vt ſibi proſit, non tamen ſibi iurat, ſed ei qui detulit, cui porrò non facit iniuriam, etiamſi non iuret, quando ita ſemel voluit, is qui gratiam iuriſiurandi facit *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Nihil ergo prohibet etiam abſenti & ignoranti, adeoque quod magis eſt, inuitò aduerſario qui iurare debuerat, remitti iuſiurandum nullo etiam nuncio interueniente: quamuis Accurſius & Bartolus nuncium requirant: quod mihi abſurdum videtur, alioqui poſſet iuriſiurandi remiſſio reuocari re integra, id eſt, antequàm per nuncium res ad notitiam aduerſarij peruenisset: quomodo ſolemus dicere de donatione abſenti facta nemine ſtipulante, ne notario quidem, quam re integra & ante acceptationem reuocari poſſe interpretes omnes conſentiunt, adeò vt nec deſint qui putent idē eſſe tametſi notarius ex generali conſuetudine ſtipulatus ſit abſentis nomine citra mādatū, quamuis diuerſa ſententia magis obtinuerit, vt videre eſt apud Antoninum Teſſaurum, *deciſ. Pedem.* 70 Atquin ſi verum eſt, vt eſt, delationem iuriſiurandi factam reuocari poſteà non poſſe, vt diximus ad *l. non erit 5 § vlt. ſupr.* cùm tamen ſit illa odioſa, quoniam obligat aduerſarium, vt vel iuret, vel referat vel ſoluat *d. §. ait Prætor.* Quantò minùs permittendum erit deferenti vt gratiam iuriſiurandi quam ſemel fecerit etiam abſente & ignorante aduerſario reuocet, vt eum iterum obliget ad iurandum vel referendum vel ſoluendum quem ſemel liberauit? Proniores ſiquidem eſſe debemus ad inducendam aut conſeruandam liberationem, quàm obligationem *l. Arrianus 41. infr. de oblig. & action* Nec bona eſt ratiocinatio Bartoli, quòd iuſiurandum procedat ex conſenſu *l. qui iuraſſe 26. §. vlt ſupr.* ideóque requiratur nuncius vel epiſtola ex *l. conſenſu 2. inf. de oblig. & action.* Nam in iureiurando ſiue præſtando ſiue verè præſtito id quidem verum eſt, quia nō poteſt præſtari, quin & delatum ſit ex vna parte, & ſuſceptum ex altera, nec rurſum ſuſcipi quin voluntas & conſenſus vtriuſque interueniat: ſed in remittendo iureiurando aliud eſt, quia gratiam facere iuriſiurandi eius ſolius eſt, qui detulit, pendétque à ſola ipſius voluntate vt probauimus. Etſi enim inuitus quis iurare cogitur, niſi malit vel referre, vel ſoluere, inuito tamen nemini iuratur, & cuilibet permiſſum eſt, ius ſuum remittere ad ſui aduerſarij vtilitatem, ita vt nec vllus remittenti dandus ſit regreſſus *l. quæritur 14. §. ſi venditor infr. de ædilit. edict.* Quod verò aliud argumentum ſumit Bartolus ex verbis illis quæ in hac lege ſequuntur, *ſed & per epiſtolam* quæ nullam, inquit, haberent dubitationem, ſi nulla interueniente epiſtola, nec nuncius vllus requireretur, cùm ea quæ ſine nuncio expediri poſſunt, multo minùs epiſtolam requirant, multo leuius eſt. Non enim ait Pomponius epiſtolam eſſe neceſſariam, ſed poſſe etiam per epiſtolam fieri gratiam iuriſiurandi, vt intelligamus tanto magis pendêre hoc ex voluntate ſolius deferentis, cuius ſolius epiſtola eſt, nec adiicitur verſiculus ille quaſi de re magis dubitabili, ſed ampliatiuè potiùs, & quaſi in conſequentiam eius quod dictum fuerat, etiam abſenti & ignoranti iuſiurandum remitti poſſe. Id enim ſi ita eſt, quidni multò magis per epiſtolam? ſed poteſt tamen hic quoque caſus de iuriſiurandi gratia per epiſtolam facta eſſe dubitabilior, ſi fortè ponas quod & probabiliter ponere poſſumus, abſenti quidem & ignoranti factam eſſe iuriſiurandi gratiam, ſed tamen in iudicio, adeóque præſente etiam fortaſſis iudice, cuius præſentia poſſit etiam aduerſarij præſentiam ſupplere vt plerumque factum iudicis dicitur etiam factum partis *l. ſi ob cauſam 13. Cod. de euict. l. 1. Cod ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit* quamquam nihil horum neceſſe eſt. Cur enim præſentiam aut partis, aut iudicis requiramus in ea re quæ inuito quoque vt iam diximus aduerſario fieri poſſit *d. l. qui poteſt 26. de regul. iur.* At cùm per epiſtolam iuriſiurandi gratia fit, nihil eſt quod de iudice præſente, vel de iudicio tractari poſſit, tantóque maior dubitandi ratio eſt, an iuriſiurandi remiſſio, quæ pro præſtatione eſt, fieri per epiſtolam poſſit, cùm iuſiurandum præſtitum habeat inſtar & iudicij & rei iudicatæ *dict. l. qui iuraſſe 26. §. vltim. l. tutor 35. §. 1. iunct. l. 1. ſupr.* quorum neutrum per epiſtolam expediri poteſt, & hæc ſanè ad vltimum illum verſiculum dubitandi ratio eſt, ſed illa decidendi fortior, quod etiam abſenti & ignoranti ſine iudice & extra iudicium remitti iuſiurandum poſſit inuitò quoque aduerſario, quia ex ſola deferentis & remittentis voluntate id pendeat. Quanti igitur magis per epiſtolam idem fieri poterit? malè tamen Accurſ. in hanc rē adfert quod ſcriptum eſt in *l. generaliter 12. §. his de præſentibus C. hoc tit.* vbi tractatur tantùm de iureiurando vel præſtito vel relato vel recuſato abſente parte, nón etiam de remiſſo. Illud certè non nego quod addit Bartolus, in iis quæ aduerſarij ſcientiam requirunt, vt in dilationibus quæ interdum abſenti parti ſtatuuntur, ſufficere vt notificatio, quæ neceſſaria eſt, per nuncium fiat aut epiſtolam, nam nec ante factam notificationem poteſt tempus dilationis currere ignoranti *l. cùm ſex 55. inf. de ædilit. edict.* Addo autem *ignoranti* quia ſi aliunde ſciuiſſe probaretur, non eſſet magis certiorandus *l. 1. in fi. infr. de action. empt.* Et eo iure paſſim vtimur. Idem Bartolus quærit ſi quis iurauerit ſe ſoluturum ad Paſcha, an remitti ei iuſiurandum poſſit an verò ſit periurus, ſi ad diem non ſoluat quamuis iuriſiurandi gratiam ei aduerſarius fecerit. Sed quæſtio illa nil ad hanc legem pertinet, in qua non de promiſſorio iureiurando agitur, vt neque in toto hoc titulo, ſed de deciſorio, verum tamen eſt etiam promiſſorij iuriſiurandi gratiam fieri poſſe *cap. 1. Extr. hoc tit.* Nec periurum eſſe illum, cui gratia facta eſt, ſiue per abſolutam iuriſiurandi remiſſionem ſiue per prorogationem temporis intra quod ſolui debuit, denique omnia illa quæ impedire poſſunt ne mora contrahatur, de quibus in *l. ſciendum 21. & ſeqq. infr. de vſur. & in l. mora 32. eod. tit.* impedire etiam ne periurium incurratur *cap. breui eo. tit.* In eóque aſſentior Bartolo.

41. IDEM libro 18. Epistularum.

CReditore, qui de mutua pecunia contra pupillum contendebat, iusiurandum deferente, pupillus iurauit se dare non oportere: eandem pecuniam à fideiussore eius petit: an excludendus sit exceptione iurisiurandi? quid tibi placeat, rescribe mihi. Eam rem apertius explicat Iulianus, nam si controuersia inter creditorem & pupillum fuerit, an omnino pecuniam mutuam accepisset, & conuenerit, vt ab omni conditione discederetur, si pupillus iurasset, isq; iurauerit se dare non oportere: naturalis obligatio hac pactione tolletur [a], & soluta pecunia repeti poterit, sin verò creditor quidem [b] se mutuam dedisse contendebat, pupillus autem hoc solo defendebatur, quod tutor eius non interuenisset, & hoc tale iusiurandum interpositum est: hoc casu fideiussorem prætor non tuebitur. Si autem liquidò probari non potest, quid actum sit, & in obscuro erit, (vt plerumque fit) de facto, an de iure [c] inter creditorem, & pupillum controuersia fuerit: deferente creditore, pupillum iurasse intelligere debemus, id actum inter eos [d], vt si iurasset se dare non oportere, ab omni conditione discederetur, atque ita & solutam pecuniam repeti posse, & fideiussoribus exceptionem dari debere existimabimus.

Ad §. vlt. Creditore.

Est lex hæc de pupillo qui accepta mutua pecunia sine tutoris authoritate, dederat fideiussorem, & deferente creditore iurauerat, se dare non oportere. Quæstio autem est, an iusiurandum illud prodesse debeat fideiussori, si post iusiurandum pupilli ex promissione sua conueniatur. Respondet autem Pomponius ex Iuliano adhibita distinctione, an controuersia fuerit inter creditorem & pupillum, an omnino accepta fuerit mutua pecunia & conuenerit, vt si pupillus iurasset ab omni condicione discederetur, vt hoc casu naturalis obligatio tollatur per exceptionem iurisiurandi, & soluta pecunia repeti possit, ac proinde multo magis liberetur fideiussor, ne possit amplius conueniri: an verò pupillus non negauerit creditam sibi pecuniam, sed hac sola ratione se defenderat quod tutoris authoritas non interuenisset, vt hoc casu Prætor exceptione iurisiurandi fideiussorem non tueatur, an denique in dubio & obscuro relictum sit, quid actum, & de quo iuratum fuerit, an de facto, an de iure, vt hoc casu id actum potiùs videatur, vt si iurasset pupillus se dare non oportere, ab omni condicione discederetur, & tam soluta pecunia repeti possit, & fideiussori exceptio dari debeat. Quæ distinctio sicuti multa capita continet, ita & varias recipit dubitandi decidendíque rationes. Et illud imprimis, quod lex ponit fideiussorem interuenisse pro pupillo, qui sine tutoris authoritate mutuam pecuniam acceperat tanquam qui naturaliter esset obligatus. Illa namque primùm dubitandi causa occurrit, quod pupillus sine tutoris authoritate mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem iure naturali obligatur, vt disertè scriptum est in *l. pupillus 59. inf. de oblig. & act.* Atqui fideiussor non potest accipi nisi pro eo qui sit obligatus saltem naturaliter, cùm fideiussoris obligatio sit accessoria ad principalem *l. 6. §. adhiberi & pass. inf. de fideiuss.* Ergo non potest accipi fideiussor pro pupillo qui sine tutoris authoritate contraxerit mutuámque pecuniam acceperit, non magis quàm pro furioso vel prodigo *l. is cui bonis 6. infr. de verb. oblig.* quibus hac parte pupillus æquiparatur *l. Marcellus 25. infr. de fideiuss.* DEC. Naturalis obligatio æstimatur ex facto, & ex consensu *l. nec seruus 41. infr. de pecul.* itémque ex vinculo æquitatis quo solo sustinetur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.* Atqui naturalis æquitas suadet pacta omnia seruari *l. 1. suprà de pact. l. 1. infr. de pecun. constit.* nec minùs à pupillo, qui mutuam pecuniam accepit, & tantundem se restituturum promisit, habet enim consensum & voluntatem dummodò sit maior infante, nec tamen obligatur iure naturali *d. l. pupillus & l. quod pupillus 41. infr. de condict. indeb.* quia is demum naturâ debet & iure naturali, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius 85. §. is natura debet de regul. iur.* Non autem oportet nec æquum est iure gentium pupillum præstare quod promiserit, cùm per naturam ipsam fiat & quodammodo naturę ipsius vicio, ne tantum iudicij habeat quantum necesse est ad obligationem aliquam serio contrahendam: itaque generalis illa & naturalis æquitas, quę vult pacta seruari, licèt sit sufficiens ad inducendam obligationem naturalem, non tamen sufficit ad inducendam obligationem iuris naturalis, quia ius naturale quamuis æstimetur ex ratione naturali sicut & ius gentium, *l. 1. §. pen. & vlt. l. omnes populi 9. vers. quod verò supr. de instit. & iur.* quod in iis rebus quæ ad homines solos pertinent nil differt à iure naturali *§. singulorum Instit. de rer. diuis.* non tamen ex qualibet naturali obligatione constituitur, sed ex ea sola quæ sit potens ad inducendum ius naturale, id est, quæ non alia æquitate aut pari aut maiori debilitetur: aliquando enim accidit, vt æquitas pugnet non solùm cum stricto iure de qua in *l. 1. C. de legib. l. placuit. 8. C. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de reg. iur.* sed etiam cum alia æquitate: quod cùm euenit, maior æquitas debet vincere minorem *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt. l. quoties 200. de reg. iur. l. ita vulneratus 51. sup. ad leg. Aquil.* Illa igitur æquitas, quæ non patitur pupillum ex suis contractibus sine tutoris authoritate initis seriò & efficaciter obligari, quòd per naturam ipsam fiat, vt iu-

vt iudicio careat, nec aliud iudicium habere intelligatur, quàm quod per tutoris iudicium, & authoritatem suppleri possit, debet sanè tanquam potentior illam æquitatem generaliorem vincere, quæ omnes in vniuersum homines obligat ad pacta seruanda: semper enim potentiora sunt quæ specialiora, quàm quæ generaliora. Ac proinde fatendum est quod alibi sæpe iam monuimus, aliud esse si quis dicat Pupillum obligari naturaliter, aliud verò obligari iure naturali. Obligatur naturaliter etiam sine tutoris authoritate, ideòque fideiussorem dare potest, *d. l. Stichum §. naturalis & §. aliquando de solut. l. si pupillus 127. infr. de verb. oblig. l. si pupillus 35. supr. de recept. Qui arbitr. recep.* licèt neque infans sit neque contraxerit cum ipso tutore, sed cum alio [quamuis Bartolus post Accursium ad illos duos casus restringat quod scriptum est in *d. l. 41. & 59.*] Vt enim fideiussor dari possit, sufficit naturalem aliquam obligationem subesse quamuis fideiussor non modò naturaliter sed etiam ciuiliter obligetur, tanquam qui non nisi ex stipulatione obligari potest *l. blanditur 12 C. de fideiuss. l. 5. §. satis acceptio infr. de verb. oblig iunct. § de constituta Instit. de action.* Etsi enim tritum est fideiussorem non posse accipi in duriorem causam, id est, obligari durius quàm principalis debitor obligetur *l. græcè 8. §. illud commune infr. de fideiuss.* potest tamen obligari efficacius, nec distinguendum nunc arbitror, quomodo aliàs distinguebam, vtrum pupillus mutuam pecuniam acceperit, an stipulanti promiserit, cùm vtroque casu naturalis obligatio contrahatur, non tantùm si nouandi animo quis à pupillo stipulatus sit, vt in *l. 1. in fin. de nouat.* quo casu potest quidè pupillus etiam promittendo fieri locupletior, si fortè anteà ciuiliter obligatus ipse erat, sed non si alius, verùm etiam si ex alia quàm nouationis causa, pupillus aliquid per stipulationem promisisse dicatur, vt in *d. l si pupillus 35. sup. de recept. Qui arbitr. recep. d. l. si pupillus 127. de verb. obl.* Alioqui nec fideiussorem dare posset *d. l. is cui bonis*, quem tamen dari ab eo posse constat ex legibus supradictis, at obligari naturà aut quod idem est, iure naturali vel gentium non potest *d. l. quod pupillus 41. de condict. indeb. d. l. antep inf. de oblig. & action.* Multùm tamen interesse arbitror, quantum ad effectus cæteros naturalis obligationis pertinet, an pupillus mutuam pecuniam sine tutoris authoritate acceperit, an stipulanti aliquid promiserit; nam priore casu obligatio illa naturalis quàm pupillus mutuam pecuniam accipiendo contrahit, habet omnes omnino effectus obligationis naturalis, vt se pariat exceptionem, deductionem, retentionem, compensationem, & impediat soluti repetitionem *l. iuris gentiũ 7. §. quin imò sup. de pact. l. frater à fratre 38. l. Iulianus verum debitorem 60. l. Neratius 63 inf. de cõd. indeb. l. etiam 6. de compensat. l. sed si damnum 9. § peculium & seqq. inf. de pecul.* Idque probatur optimè ex hac lege, & ex *d. l. Stichum 95. § aditio de solut. l. si pupillus 21. ad leg falcid l. cùm illud 25. § heres meus inf. Quand. dies legat. ced.* qui omnes loci sunt de pecunia pupillo credita, at posteriore casu obligatio naturalis pupilli nullum effectum habet *d. l. quod pupillus 41. de cond. indeb.* nisi eum solum, vt eius obligationis nomine fideiussor accipi possit, vt diximus. Et ratio diuersitatis est, quia omnes supradicti effectus obligationis naturalis, exceptio, deductio, compensatio & retentio sunt ex iure ciuili, quatenus sub eo comprehenditur etiam prætorium, iure namque naturali & gentium sicut actiones omnes incognitæ sunt, ita & exceptiones, & deductiones & compensationes, & retentiones: quæ non nisi actionibus obiiciuntur ad eas elidendas, atqui contra iuris ciuilis regulas pacta omnia sunt quæ fiũt à pupillo sine tutoris authoritate, nisi ea ex quibus meliorem suam condicionem facere possit *l. contra 30. sup. de pact.* Nemo autem promittẽdo fit locupletior, non igitur æquum est, vt iuris ciuilis vel prætorij auxilium ei prosit, qui contra iuris ciuilis & prætorij regulas pactus est, at verò is, qui mutuam pecuniã dat pupillo etiam sine tutoris authoritate nihil facit contra iuris regulas, quia potest euenire facilè, vt pupillus mutuam pecuniam accipiendo fiat locupletior, imò hoc ipso quod accipit, locupletior fit, cùm acquirat dominium pecuniæ, quę ante fuit aliena, nisi accidat postea vt eam perdat, quod sicuti potest contingere, ita & potest non contingere: nec prohibendus fuit pupillus, cui & ciuile & prætorium ius prospicere volunt, ne mutuam pecuniam accipere posset, si quãdo tam stultus aliquis inueniretur, qui etiam pupillo sine tutoris authoritate mutuam pecuniam dare vellet ne alioqui quod in fauorem pupillorum constituebatur in eorum odium retorqueretur contra *l. quod fauore 6. C. de legib. l pen. C. ad SC. Trebell.* In eo tamen quod ad fideiussoris dationem spectat, nihil distat inter obligationem vtramque naturalem, siue per promissionem pupilli siue per numerationẽ pecuniæ contracta sit: quia nihil pupilli interest. nec dãno ipsius cedit naturalis illa obligatio, sed solius fideiussoris qui nullum ex ea causa regressum habere contra pupillum potest neque mãdati neque negotiorum gestorum actione, si modò absque tutoris authoritate pro pupillo fideiusserit *d. l. Marcellus 25. inf. de fideiuss.* Et ita quæstio hæc tota de obligatione naturali pupilli explicanda mihi videtur, paulò melius ac probabilius quàm à nobis factum sit, in *d. l. contra 30. sup. de pact.* vbi nimis generaliter negauimus pupillum stipulanti promittẽtem obligari naturaliter nisi cum animo nouandi promisit ex *d. l. 1. in fi. de nouat.* quasi hoc solo casu possit accidere, vt promittendo fiat locupletior, cùm tamen Vlpianus in *d. l. 1. cum quoque* casum tractet, quo quis à pupillo sine tutoris authoritate stipulatus sit, etiam quod alius quàm pupillus debebat, quo tamen casu nemo dixerit pupillum promittendo fieri locupletiorẽ, vt neque in specie *d. l. si pupillus 127. de verb. oblig. & d. l. si pupillus 35. sup. de recept. Qui arbitr. recep.* in quibus locis nihilominus dat vtiliter fideiussorem, non alio vtique iure quàm quia sit obligatus naturaliter, quantum verò intersit an pupillus sine tutoris authoritate mutuam pecuniam acceperit, an autem stipulãti promiserit, ex eo quoque intelligimus quod si ex pecunia, quam accepit mutuam, probetur factus locupletior, obligatur etiam ciuiliter, & conueniri potest ex rescripto Diui Pij *l. 3. § sed si pupilli l. si pupilli 6. l. Nesennius 34. sup. de negot. gest.* quod in pupillo qui stipulãti promisit nunquam obtinet, nec si pupillus ciuiliter obligatus promiserit sine tutoris authoritate animo nouandi & ex ea nouatione locupletior factus videri possit conuersã obligatione ciuili in naturalem *d. l. 1. in fi. de nouat.* Quænam enim esset vtilitas pupilli si hoc casu ob nouationem suo commodo factã teneretur ciuiliter? desineret enim fieri locupletior hoc ipso quod inciperet teneri ciuiliter, atque ita eodem instanti locupletior fieri & inciperet & desineret: quod esset ridiculum. Non enim potest desinere quod nec vnquam incepit *l. nõ potest videri 208. de regu. iur. l. Titio vsusfructus 96 d. cond.*

& demonstr.l.promissor 11 §.1.inf.de pecun.constit.

a *Naturalis obligatio hac pactione tolletur.* Ita in Pand. Florent. & multo melius quàm in vulgata editione quæ habet *hac exceptione.* Non enim per exceptionẽ tollitur obligatio naturalis, sed per pactionem illam qua conuenerit, vt si iuraret pupillus se dare oportere, cùm negasset se omnino pecuniã accepisse ab omni condicione litis discederetur: secuto sc. iureiurando, per quod nimirum obligatio tota tollitur, nec tantùm ciuilis quoties aliqua subest, sed etiam naturalis *d.l.Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Non enim daretur exceptio ex iureiurando si non esset sublata iam per iusiurandũ naturalis obligatio. Sublata verò naturali obligatione, nulla indiget pupillus exceptione, quia nec antè quàm iurasset, vlla tamen poterat actione conueniri, cùm esset naturaliter tãtùm obligatus, obligatio autem naturalis si cùm ciuili non sit coniuncta, nullam actionẽ parere possit, sed tantùm exceptionem, aut retentionem, qui sensus est *l.naturales 10 inf de obl. & act.* Igitur ex hoc iureiurando non nisi fideiussoribus competet exceptio si posteà ex fideiussione cõueniatur, vt in fine huius respõsi. Pupillo autem competet repetitio si forrè per errorem facti soluerat, tutore authore [hoc enim necessariò ponendum est, alioqui omnimodo & omni casu persona pupilli locum faceret repetitioni *l.interdum 29.inf de cond.indeb.*] antequàm forrè iuraret aut etiam post præstitũ iusiurandũ, cuius obliuio potiùs præsumenda est in pupillo qui in illa ætate ignorat etiam ea quæ videt *l.vnic.C. de fals.monet*, quàm vt prudens & sciens videatur donasse id quod sciebat & iam iurauerat se nõ debere ex *reg.l.cuius per errorem 53.de regul.iur.* Quid enim est quòd pupillus sciens & prudens fecisse videri possit, qui nec potest fallere? Vnde est quod nec iurare posset nisi iusiurãdum tueretur Prætor ratione illa, quòd imputare sibi debeat is, qui tam stultus fuit, vt pupillo quoque iusiurãdum detulerit *l.qui iurasse 26.in pr iun. d.l.iusiurãdum & ad pecunias 34 §.1.sup.hoc tit.* Suaues verò sunt interpretes nostri qui ex hoc potissimum versiculo notant, & ex *d.§.naturalis* obligationem duntaxat naturalem tolli per iusiurandum non etiam ciuilem, quomodo enim poterat in hac specie tractari de obligatione ciuili sublata vel tollenda per iusiurandum, cùm nulla nisi naturalis subesset? Aut cur dicamus ciuilem obligationẽ non tolli, cùm tollatur etiam naturalis, quæ tamen multo difficilius tollitur *l.Iulianus verum debitorem 60.inf. de cond.indeb.* Sitque iusiurandum simile non tãtùm transactioni, & rei iudicatæ *l.1.& 2.sup.sed etiam nouationi, & delegationi d. l. qui iurasse §. vlt. & solutioni l. 27. & 28.§. 1.& denique acceptilationi l.40.supr.* His siquidem modis omnibus constat & naturalem obligationem tolli & ciuilem si qua subsit. Ratio autẽ dubitandi ad hanc primam partem distinctionis, quam ex Iuliano Pomponius probat, illa erat quòd iusiurandum inter alios delatum & præstitum aliis nec prodesse debeat, nec nocere *l. nam posteaquàm 9. §.vlt.& legib.seqq hoc tit.* In proposita autem specie iusiurandum nec delatum fuerat à creditore alij quàm pupillo nec ab alio præstitũ, quàm à pupillo, ergo non debet etiam fideiussoribus prodesse. Decidendi verò illa est, quòd obligatio fideiussorũ accessoria est, nec proinde potest subsistere sublata principali, vt diximus ad *d.l.iusiurandum 40.supr.* Atqui cùm pupillus ex conuẽtione & delatione iurat se omnino non accepisse mutuam pecuniam, nulla potest superesse obligatio, ne quidem naturalis, cui fideiussor accedere potuerit. Prȩsertim cùm proponeretur cõuenisse inter creditorem & pupillum, vt ab omni condicione discederetur, si pupillus iurasset se dare non oportere. Fideiussores ergo liberatos quoque esse necesse est, & quidem ipso iure, si merã iuris rationem ex rei veritate ȩstimes, sed tamen tutiùs per exceptionem propter implicitam quæstionem facti, subest enim illa ex iurisdictióne pendens quȩstio, vt Claudius loquitur ad Scæuolam in *l.filia 88.de solut.* De qua re iuratum sit, & qua lege ac condicione iusiurandum delatum sit.

b *Si verò creditor quidem.* RAT DVB. Quod pupillus sine tutoris authoritate mutuum accepit, ita demũ eum obligat naturaliter ne quod pubes factus soluerit repetere possit, si locupletior ex eo mutuo factus sit *l.naturaliter 13.§.vlt infr.de cond.indeb.* Nam vt ex Pomponio nostro subiicitur in *l. seq.* hoc natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem *l.iure natura 206.de reg.iur.* Ergo vt pupillus ne quidem naturaliter obligatus dici possit, & consequenter, vt fideiussores ab eo dati liberentur saltem per exceptionem, satis est, hoc solo defendi pupillum, quòd tutor eius non interuenerit, si non in contrarium alleget creditor factum eum ex mutuo locupletiorem. Proinde iusiurandũ tale pupilli in hac quoque specie fideiussores tueri debet tanquam qui nulli obligationi accesserint, ne quidem naturali. DEC. Pupillus qui mutuam pecuniam accepit, & ex ea factus est locupletior, in eo differt à pupillo, qui locupletior factus non est, quod obligatur non solùm naturaliter eo quo suprà diximus modo, sed etiam iure naturali adeoque ciuili post rescriptum Diui Pij, qui hoc casu etiam actionem contra pupillum induxit *d.l.3.§.pupillus l.si pupilli 6. in prin.l.Nesennius 34 ad fi.de negot.gest.l.3.in prin.inf.Commod.* Non etiam is, qui locupletior factus non est *d. l.pupillus 59.inf de obl.& action.* Atquin vt pupillus, & alius quilibet fideiussorẽ dare possit, nec soluti repetitionem habeat, sufficit vt obligatus sit naturaliter, quamuis nec ciuiliter, nec iure naturali, adeoq; si de fideiussore duntaxat dando quæratur, sola sufficit naturalis obligatio etiam cõtra iuris ciuilis regulas contracta, vt puta si quis à pupillo sine tutoris authoritate stipulatus sit *d l.1.in fi.de nouat.d.l.si pupillus 35.sup.de recept. Qui arbitr. recep. d. l. si pupillus 127.de verb.obl.* Ergo cùm hoc sit commune vtrique pupillo, siue locupletiori facto, siue non facto, vt naturaliter obligetur, solutúmq; nõ possit repetere, quamuis authoritas tutoris non interuenerit, non potest iusiurandum pupilli qui iurauit se quidem pecuniã mutuam accepisse, sed authoritatem tutoris non interuenisse, ideóq; nec dare se oportere, illã habere interpretationem & tam amplum effectũ, vt fideiussori quoque prodesse debeat, quoniam nec tale est, vt ex eo possit inferri pupillum non esse naturaliter obligatum: quem porrò naturaliter obligatum esse & manere sufficit, vt fideiussor in obligatione retineatur: at non vt pupillus ipse condẽnari debeat creditori aut ab eo conueniri possit, cùm naturalis obligatio actionem parere nequeat, multo minùs condemnationem. Hoc verò Bartolus malè explicat, qui sic intelligit, vt hoc casu per iusiurandũ pupilli tãtùm persona eius ab obligatione eximatur, obligatio autẽ ipsa retineatur, quod certè dici non potest, nam persona pupilli non eximitur à naturali obligatione, sed tantùm à ciuili, quæ contracta fuisset si pupillus vel tutore authore mutuam pecuniã accepisset vel ex ea pecunia locupletior factus fuisset,

fuisset. Obligatio autem retinetur naturalis tantùm non etiam ciuilis; & ideo nimirum pupillus non potest condemnari, vt diximus. Sed ea res non prodest fideiussori, quominùs & conueniri possit & condemnari, quia non ex ciuili obligatione pupilli, sed ex sua propria conuenitur; quam contraxit, promittendo per stipulationem. Longéque alia species est *l. Granius* 71. *infr. de fideiuss.* vbi vnius, ex pluribus obligatis persona tantùm eximitur ab obligatione, quæ tamen quod ad alterum salua & integra manet. Quod ergo scriptum est in *d. l. naturaliter* 13. §. *vlt. infr.* Pupillum qui mutuam pecuniam accepit, & locupletior factus est si pubes factus soluat non repetere, non sic accipi debet quasi à contrario sensu velit Paulus innuere, posse igitur repetere si locupletior factus non sit: esset enim id absurdum pugnarétque maximè cum hac lege & aliis supradictis, vt nos ad eum locum dicemus.

c *De facto an de iure.* RAT. DVB. Non potest nec debet iurari de iure, sed tantùm de facto. *leg. in duobus* 28. §. 1. *supr.* Ius enim semper certum est, factum verò incertum & probandum *l.* 2. *de iur. & fact. ignor.* Malè igitur Paulus hîc ponit etiam de iure posse iurari, nisi dicas cum Accursio Paulum hic ius dicere pro qualitate facti vt in *leg.* 2. *Cod. si contr. ius vel vtilit. public.* DEC. Qui iurat se dare non oportere, non de simplici iure iurat, sed de facto ex quo ius oritur: ius enim semper in causa positum est vt in *l. si ex plagis* 52. §. *in cliuo Capitolino supr. ad leg. Aquil.* Idque apparet ex vulgari illa formula vetere iudiciorum, *si paret Titium Sempronio dare decem oportere*, quod actores omnes intendebant in omnibus condicionibus §. *appellamus Institut. de action.* Quibus verbis cognitionem facti mandabat iudici Prætor, qui ipse de facto cognoscere non poterat ante *leg.* 2. *Cod. de pedan. iudicib.* Neque verò ponit hîc Pomponius iuratum esse de iure, nec distinguit an de iure an de facto iuratum sit, sed quod longè diuersum est, an de iure an de facto controuersia fuerit: illæ enim quæstiones an pupillus conuentus condictione certi ex mutuo, tanquam ciuiliter quoque obligatus (alioqui nec conueniri posset, vt diximus) pecuniam mutuam acceperit necne, an cum tutoris authoritate an non, & an ex pecunia illa locupletior factus sit aut non, quæstiones facti sunt non iuris, sed ex quibus tamen ius illud oritur, vt pupillus vel naturaliter tantùm obligatus sit, vel ciuiliter quoque, vel nullomodo. At iuris quæstio illa est, an pupillus qui mutuam pecuniam accepit sine tutoris authoritate, nec locupletior factus est naturaliter obligetur, & an iure etiam naturali an & ciuili de qua iuris communis quæstione sicuti iudex nunquam pronunciat, ita ne iurari patitur, sed tantùm de iure priuato actoris vel rei *dari* scilicet *oportere vel non oportere*, vt benè Bartolus distinguit. Qua iurandi aut pronunciandi formula iuris equidem quæstio continetur, sed implicita quæstioni facti, & de qua proinde ita iurari nihil prohibet.

d *Intelligere debemus id actum inter eos.* RAT. DVB. Facienda potiùs interpretatio est contra iurantem, qui apertiùs & liquidiùs iurare potuit, ex regula *l. veteribus* 39. *supr. de pact. l. in duobus* 28. §. *igitur si quis in fin. supr. hoc tit.* aut saltem debet interrogari is qui iurauit ex qua causa iurauerit vt in specie *d. l. in duobus* §. *si ei qui.* Ergo non debet in dubio intelligi id actum, vt si pupillus iurasset se dare non oportere ab omni condicione discederetur. DEC. Proniores esse debemus ad liberationẽ, quàm ad obligationem aut inducendam aut retinendam *l. Arianus* 41. *infr. de oblig. & action.* Ergo vt pupillus à naturali quoque obligatione non minùs quàm à ciuili liberetur, & consequenter fideiussor à sua quoque & naturali & ciuili dicendum est in dubio id actum videri inter creditorem & pupillũ, vt si pupillus iurasset se dare non oportere, ab omni condicione discederetur, est enim semper probabilior illa præsumptio vt qui iurauit, de toto iurasse intelligatur vt in *l. si duo* 13. §. *idem Iulianus supr.* si modò iurisiurandi verba eam interpretationem patiantur, nec repugnent. Non autem repugnant generalia illa *pupillum dare non oportere.* Nec causa vlla est, cur debeat fieri interpretatio contra iurantem, quin potius contra deferentem qui deferendo potuit legem apertiùs dicere quàm iuraturus sequi omnino cogeretur *l.* 3. §. *vlt. supr.* Is enim qui defert legem dat iuriiurando non is, qui iurat. Aliud probandum esset si ex alia & noua causa ageretur, de qua probabiliter dubitari posset, an iureiurando iam præstito decisa esset. Tunc enim iis distinctionibus locus esset de quibus in *d. l. in duobus* §. *si ei qui &* §. *igitur si quis*, vt benè Bart. obseruauit. Hîc enim agitur ex eadem causa contra fideiussorem. ex qua actum fuerat contra pupillum de eadem pecunia credita licèt alia & separata actione, eadémque tractabatur facti quæstio *d. l. in duobus* §. *exceptio supr.*

1 ¶ Si fideiussor iurauerit se dare non oportere, exceptione iurisiurandi reus promittendi tutus est. atquin si, quasi omnino idem non fideiussisset, iurauit, non debet hoc iusiurandum reo promittendi prodesse.

Ad §. 1. *Si fideiussor.*

RAT. DVB. Non quemadmodum debitoris iusiurandum prodesse fideiussori potest, quoties scilicet debitor in totum liberatur, id est à naturali quoq. obligatione, vt diximus ad initium huius legis, ità & è contrario iusiurandum fideiussoris prodesse reo debet. Nam cùm iusiurandum habeat vim pacti conuenti *l. tutor pupilli* 35. §. 1. *supr.* certum est pacta fideiussoris non posse reo prodesse, quamuis pacta rei prosint fideiussori nisi sint omnino personalia *l. & heredi* 21. §. *vlt. & legib. seq. supr. de pact.* Nempe quia debitoris interest fideiussorem liberari qui contra eum habiturus esset regressum actione mandati vel negotiorum gestorum *l.* 5. *de liber. legat.* & per fideiussorem perueniretur ad reum *l. cùm lex* 46. *infr. de fideiuss.* At nihil interest fideiussoris reum liberari, quoniam fideiussoris obligatio accessoria est, quæ commodè potest tolli subsistente principali *d. l.* 21. §. *vlt. de pact.* DEC. Iusiurandum non modò pacti & rei iudicatæ vim habet sed etiam solutionis *leg. iusiurandum* 27. *supr.* Atqui per solutionem à fideiussore factam etiam reus liberatur, quia licèt duæ sint obligationes debitoris & fideiussoris, vnica tamen solutione tolluntur *leg. vlt. C. de fideiuss.* sicut & obligatio correorum debendi *l.* 2. §. 1. *inf. de duob. reis l. vlt. C. eod.* Ergo & per fideiussoris iusiurandum, reum quoque liberari dicendum est, non minùs quàm fideiussorẽ per iusiurandũ rei

l. in duobus 28. §. 1. *& 2. supr.* Nimirum si de contractu ipso & de re, non de sua tantùm persona fideiussor iurauerit, vt ibidem scriptum est. Nam si quasi omnino idem non fideiussisset, iurauerit fideiussor se dare non oportere, non debet hoc iusiurandum reo prodesse, vt subiicit hîc Pomponius, sed soli fideiussori, cuius persona sola obligatione exempta intelligitur, non etiam obligatio principalis sublata, vt & in *l. Granius* 71. *infr. de fideiuss.* In dubio tamen de contractu ipso, & de omni obligatione iuratum intelligitur, vt ex initio huius §. constat, & ex fine responsi præcedentis, id est aut contractum nullum interuenisse cui fideiussor accesserit vel accedere potuerit, vel si quis præcesserit sublatam extinctámque omnem obligationem fuisse aut acceptilatione aut solutione vera, aut quo alio modo ex iis quibus placuit obligationes omnes etiam legitimè contractas legitimè tolli posse: de toto enim iurare semper in dubio quilibet intelligitur *l. si duo* 13. *§. idem Iulianus supr.* Iunge quæ scripsi ad *d. l. in duobus §. 1. & 2. supr.*

2 ¶ Sed & si, actore deferente, defensor absentis, vel præsentis iurauit, eum, quem defendit, dare non oportere: exceptio iurisiurandi ei, cuius nomine iuratum fuerit, dari debebit. Eadem ratio est, & si fideiussoris defensor iurauerit: reo enim datur exceptio. 3 ¶ Item, si reus iurauit, fideiussor tutus fit. quia res iudicata secundum alterutrum eorum, vtrique proficeret.

Ad §. 2. Sed et si actore deferente.

RAT. DVB. & DECIDENDI eadem est quæ ad *l. nam posteaquàm* 9. *§. iusiurandum supr. hoc tit.* vbi latè diximus, nec importuna repetitione longiores commentarios nostros facere nostri vel ocij vel instituti est. Sed quod in hoc §. additur eandem rationem esse si fideiussoris defensor iurauerit, reóque dari exceptionem debere nouum est, nec enim aut in *d. §. iusiurandum* aut alibi vspiam tale quid proditum est, vt bene obseruat Accursius: recipit autem dubitandi rationem aliquam nouam ex eo quòd eius qui fideiussorem defendit persona omnino extranea est reo, qui cum eo nec contraxit, nec quasi contraxit, vt proinde tanto difficilius videatur per eum tanquam per liberam personam acquiri exceptionem reo, cui vix per fideiussorem ipsum acquiritur, vix etiam fideiussori ipsi per eius defensorem. DEC. tamen ratio illa est, quòd defensoris eadem persona esse videtur quæ ipsius qui defenditur, cùm defendere nihil aliud sit quàm eandem vicem quam reus subire *l. minor* 51. *§. defendere supr. de procurat.* Nec proinde valde refert, an fideiussor an defensor fideiussoris iurauerit. Eadem igitur distinctio adhibenda est quam in fideiussore ipso adhibuimus in *§. praced.* an de contractu, & re ipsa, an verò de sola fideiussoris persona iurauerit. Quod autem sequitur, si reus iurauerit fideiussorem tutum esse generaliùs, & indistinctè verum est, dummodò ita reus iurauerit, vt se ab omni obligatione & naturali & ciuili exemerit, vt dictum est initio huius legis: quoniam sublata principali non potest subsistere fideiussoria, quæ non nisi accessoria est. Sed quod rationis loco subiicitur, *quia & res iudicata secundum alterutrum eorum vtrique proficeret*, non adeo generaliter accipi debet, vt hac parte ratio eadem omnino sit iurisiurandi, & rei iudicatæ. Nam res cum solo reo vel cum solo fideiussore iudicata ita demùm prodest alteri si is aduersus alium, pro quo iudicatum est, regressum habiturus sit non aliter vt post Accursium bene concludit Bartolus ex *leg. aduersus* 29. *supr. de recept. arbitr.* Quid enim si quis fideiusserit animo donandi vel in rem suam vt in *leg. sed si fideiussor* 24. *supr. de pact. leg.* 5. *de liber. legat.* At in iureiurando hoc amplius est, quod habet vim solutionis *leg.* 27. *supr.* & ideo vnius iusiurandum siue rei siue fideiussoris, alteri quoque prodesse necesse est *leg. in duobus* 28. *§. à fideiussore* vbi diximus *supr.*

DE IN LITEM IVRANDO.

TITVLVS III.

VLPIANVS libro 51. ad Sabinum.

REM in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest, ex contumacia non restituentis, per iusiurandum in litem. non enim res pluris fit per hoc, sed contumacia æstimatur vltra rei pretium.

Ad leg. 1.

EST etiam hic Titulus De iureiurando sed longè alio, quàm de quo superior. Ille enim fuit de iureiurando decisorio siue in lite siue extra litem præstando. Hic verò de in litem iurando per iusiurandum illud lis si qua est, vel præsens, vel futura deciditur, per hoc lis non deciditur, sed decidenda æstimatur, sciendum enim est ad totius huius Tituli sententiam assequendam, ita comparatum fuisse ius vetus, vt res petita siue danda siue facienda esset, nunquam in sententiam & condemnationem deduceretur, sed eius æstimatio: Eáq; litis æstimatio dicebatur, cuius tam frequens fit

fit mentio in libris nostris: nempe quoniam non aliter fieri potuisset executio iudicati: cùm Prætor neminem vnquam cogat præcisè ad factum, quia sine vi & impressione id fieri non possit, quam nimis exosam semper habuit vt habere debuit ciuilis legislator *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. quoties quis alium 81. de verb. oblig.* Siue autem in dando siue in faciendo versaretur condemnatio, factum semper aliquod in executione iudicati interuenire oporteret. Siquidem datio quæ nihil nisi dominij translatio est *l. vbi autem 75. §. vlt. vod. l. non videntur data 167. de regul. iur.* non potest fieri nisi per traditionem *l. traditionibus 20. Cod. de pact. l. traditio 20. de acquir. rer. domin.* traditio autem facti est *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* At cùm pecuniaria condemnatio esset, quod fit per litis æstimationem, nihil facilius est quàm vt iudicati executio fieri possit: captis scilicet pignoribus ex bonis debitoris, ex quorum venditione explicetur postmodum ea pecunia quæ in condemnationem deducta est, si debitor vltro non soluat & satisfaciat *l. 4. §. aut prætor infr. de re iudic. & tota l. à Diuo Pio 15. eod. tit.* Ita enim euenit vt condemnatus nihil facere cogendus sit sed tantùm pati. In quo nulla vis & impressio consistit, vt pluribus à nobis tractatum est in *error. 2. Decad. 85. de error. pragmat.* & aliis plerisque locis. Mansitque hoc ius ad tempora vsque Triboniani, qui primus sub Vlpiani quidem nomine sed Imperatorem agens constituit in *leg. qui restituere 68. de rei vindic.* vt qui dare vel restituere rem aliquam iussus est, præcisè cogi possit ad tradendam eam & restituendam, adeóque si opus sit manu militari. Indéque cœpit dici posse quod idem Tribonianus dixit in *leg. vlt. Cod. de fidei. libert.* fatuum esse iudicem qui pro re petita condemnat reum ad æstimationem, sed nos in explicandis Pandectarum libris totum hoc ius Tribonianeum parùm curamus, & prudentum responsa non meliùs quàm ex vera iuris veteris ratione interpretari possumus. Quoniam igitur litis æstimatio semper in condemnationem deducenda erat, & aliquando contingebat vt per iusiurandum actoris litem æstimari oporteret, necessarius fuit hic tractatus, vt sciretur quando & quomodo ac in quibus demùm actionibus iurandum esset in litem, non enim omni casu & passim iuratur in litem, sed eo tantùm casu quo dominus inuitus re sua carere cogatur ob contumaciam possessoris nolentis rem restituere arbitrio iudicis, aut non valentis, quia dolo malo desierit eam possidere. Nemo enim rem suam inuitus vendere cogitur iusto precio *l. tutor 8. infr. hoc tit. leg. si filiofamilias 25. § maritum solut. matr. leg. non enim 9. rer. amot. leg. eius rei 46. & sequent. dict. leg. qui restituere 68. leg. nec quasi 70. supr. de rei vindic. leg. vltim. infr. de fideiuss.* Nec in rei vindicatione tantùm id contingit per quam dominium ipsum asseritur, sed etiam in plerisque actionibus personalibus & bonæ fidei vt depositi commodati pignoratitia & aliis similibus si actor sit dominus *l. in actionibus 5. hoc tit.* Alioqui non iuratur in litem extra casum *dict. leg. in actionibus §. planè,* id est cùm res ex contractu stricti iuris debita post moram periit ante litem contestatam. Quo casu cùm præsentis temporis æstimatio debeatur, non tamen potest iudex sine iureiurando actoris æstimare rem quæ nõ extat. Extra hunc casum non puto iurari vnquam in litem ne ab eo quidem qui dominus aliquando fuerit, aut qui per actionem propositam dominus fieri velit: quod euenit in omnibus condictionibus quibus actor intendit aduersarium dare oportere *§. appellamus Instit. de action.* Hic verò primus Accursij & Bartoli aliorúmque error est existimantium etiam in actionibus personalibus quæ ad faciendum dantur posse iurari in litem exceptis contrariis & actione ex empto. Itémque in actione hypothecaria quòd illa in rem sit, licèt non de dominio sed de pignore in ea quæratur de quo latiùs dicendum erit ad *dict. leg. in actionibus infr.* Porrò cùm hoc contingit vt domino permittatur rem suam æstimare per iusiurandum in litem, monet Vlpianus in hac lege, rem in iudicium deductam non pluris esse per hoc, quòd crescere possit condemnatio ex contumacia non restituentis per iusiurandum in litem. Non enim res pluris fit per hoc, inquit, sed contumacia æstimatur vltra rei precium: sic enim legendum est, non vt vulgo *ex contumacia*, vt docui *lib. Coniect. cap.* Eò autem hæc lex pertinet, vt intelligamus quid & quantum præstare debeat is, qui ex sua promissione, vel qua alia de causa tenetur, *quanti res est* nulla certæ pecuniæ promissione facta, in *leg. 2. §. vltim. supr. qui satisd. cogantur leg. penult. §. 1. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim. l. 4. §. vltim. si quis cantion. leg. inter hæc verba 179. leg. hæc verba 193. de verb. signific.* Nimirum debet præstare veram æstimationem non eam quæ possit crescere, aut quæ iam creuerit per iusiurandum in litem, vt in eleganti specie *dict. leg. vltim. de fideiuss.* vbi dicitur, quod magis est, condemnationem quæ per actoris iusiurandum in litem creuit, non solùm non facere vt res pluris esse videatur, sed nec augere posse quantitatem eius quod interest, quamuis illa vt plurimùm incerta sit, & capax augmenti ac diminutionis *leg. vlt. infr. de stipulat. prætor.* Ita vt procurator qui in rem egerat & dato fideiussore, ratam rem dominum habiturum victus fuerat si postea conueniatur, eiúsve fideiussor à reo tandem condemnato in magnam quantitatem ab actore æstimatam per iusiurandum in litem ob contumaciam rei qui rem restituere noluerat, non plus ex stipulatione de rato aut ipse aut fideiussor eius præstare debeat quàm veram quantitatem eius quod interest, in qua non continebitur ea summa quæ accessit per iusiurandum in litem, cùm non debeat, inquit lex, imputari fideiussoribus quod ille propter suam pœnam, id est, in pœnam suæ contumaciæ præstitit. Nec ad rem pertinet quod dici solet, inspici debere illud etiam quod potest euenire ex *leg. qui bona 13. §. cùm inter infrà de damn. infect. leg. si quis domum 9. §. 1. infrà locat.* Nam præter id quod brocardicum hoc debet ita intelligi si res illa sit ordinata, & vt Bartolus loquitur, destinata ad id quod posteà euenit, excluditur semper id, quod dolo & culpa alterius potest contingere, quia nec naturaliter euenit, nec iure, ideóque præuideri nec potuit, nec debuit, non enim aduentitij casus computandi sunt *leg. Iulianus 6. infrà qui & à quib. manum.* & improbitatem dolúmque hominis vllus expectare non magis aut ciuile, aut naturale est quàm casum aduersúmque fortunam, quæ tamen etiam optimo cuique possit accidere *leg. inter stipulantem 83. § sacram in fin. de verb. oblig.* Et certè cùm præsens rei æstimatio certa sit, quæ verò per contumaciam crescere potest, incerta, nemo negauerit maiorem habendam esse ra-

tionem eius quæ certa, quàm illius quæ incerta est vt in *l.cùm quidam* 19. §. 1. *supr. de iurisdict.* Cum hac autem lege mirificè consentit quod Accursius adducit ex Iauoleno in *l.cùm pater* 60. *§.legato infr.ad leg falcid.* legato petito cùm in litem iuratum est, rationem legis falcidiæ non eius summæ in quam legatarius iurauit haberi debere, sed eius quanti re vera id fuit quod petitum est. Nam id, inquit lex, quod pœnæ causa adcreuit, in legem falcidiam non incidit. Sicuti nec quod ex stultitia emptoris res aliqua pluris æstimata sit, quàm reuera fuerit *l.alimenta* 61.*eod.iunct.l.non dubium* 14.*§.vlt.de legat.*3. Rerum enim precia communiter funguntur non ex adfectione & arbitrio singulorum *l. si seruum meum* 33. *sup.ad leg. Aquil.* Nec habetur ratio adfectionis nisi in specie *l.cùm seruus* 54. *infr. mandat.* propter specialem illius legis rationem, de qua ibi dicemus. Miror verò Accursium & Bartolum tractare hîc de fideiussoribus Iudicio sisti & Iudicatum solui. Cùm non ignorauerint fideiussorem Iudicio sisti non teneri post sententiam, quia litis tantùm exercendæ non iudicati soluendi gratia accipitur, vt disertè scriptum est in *l.gracè* 8.*§. & post litem*, vbi mallem legere *exercitionis*, quàm vt vulgo *exercitationis*. Dicitur enim lis exerceri non exercitari *infr.de fideiuss.* Stipulationem verò Iudicatum solui, quæ ex tribus clausulis primam habet de iudicato soluendo, committi in omne id quod iudex pronunciauerit *l.6.& 9.infr.iudic. solui.* Nam quod Bartolus vt hanc de stipulatione Iudicatum solui interpretationem tueatur, respondet restringi hoc debere ad actiones arbitrarias in quibus ait duplicē ferri sententiam, vnam ad rem dandam, alteram ad æstimationem quæ facta sit per iusiurandum in litem. Et fideiussorem ex prima tantùm sententia conueniri posse non ex secunda, prorsus ridiculum est, non ob id solùm, quòd stipulatio Iudicatum solui quæ adiunctam semper habet satisdandi necessitatem vt cæteræ omnes stipulationes prætoriæ *l. generaliter §. de prætor.stipulat.* non ad arbitrarias tantùm actiones pertinent, sed & alias quoque omnes quibus conueniri & condemnari reus potest, verùm etiā quia per priorem illam sententiam quam Bartolus ait ferri in actionibus arbitrariis, puta per quam in rei vindicatione pronunciatur rem esse petitoris, nulla vnquam fit condemnatio non magis ad rem quàm ad æstimationem, sed tantùm facti quæstio deciditur, cuius res sit, eam verò pronunciationem posteà sequitur arbitrium iudicis de re restituenda cum fructibus *l.& ex diuerso* 35.*§.1 supr.de rei vindic.* Cui arbitrio si non pareatur, tum demum sequitur condemnatio quanti actor in litem iurauerit *d. l.qui restituere* 68. *eod. tit. §. præterea Instit. de action.* Quæ cùm Bartolo secunda sententia sit, apparet nō nisi ex ea posse conueniri fideiussorem Iudicatum solui, quia nec nisi ex ea soluendum quicquam est. Siquidem prima nec de soluendo nec de restituendo quicquam pronunciat, sed hoc tantùm rem esse petitoris vt arbitrio viam aperiat de re restituenda, & post redditum arbitrium condemnationi si victus possessor arbitrio non satisfaciat: priùs ergo secundam illam sententiam latam esse necesse est, quàm de soluendo tractari quicquam possit, ac proinde quàm de stipulatione iudicatum solui, quæ tota ad solutionem soluendiq. condemnationem & necessitatē, vt præ se fert nomen ipsum stipulationis, cōfertur, nam & idem est in stipulatione ratam rem haberi vt constat ex *d.l.vlt.de fideiuss.* Neque verò Accursius in secunda illa sua interpretatione ad quam Bartolus accommodat exemplum stipulationis iudicatum solui, de ea tamē stipulatione loquitur, sed tantùm ponit datos esse fideiussores idoneos, inspecta, inquit, quantitate quę petitur, posteà verò condemnatum esse in maiorem quātitatem per iusiurandum in litem ob suam contumaciam eum qui fideiussores dedit. In quo tamē ipso rursum ille fallitur. Nec enim pro quantitate petita defertur vnquam iusiurandum in litem nisi in casu *l. 3.infr.* sed tantùm pro corpore quod aliam atque aliam possit recipere ęstimationem, & in quod probabilis cadat affectio vt eam rem & speciē habere dominus malit quàm aliam quamlibet eiusdem speciei, nec eam velit iusto suo precio vendere, cùm non sicut quātitas recipit functionem in suo genere, ita & species in sua specie *l.2.§.mutui datio supr.de reb.credit.* Et præterea certissimum est fideiussoris obligationē, qui non nisi certæ quantitatis nomine interuenerit ex postfacto augeri nunquam posse *d l.2.§.vlt. supr. qui satisd.cogant.d.l.4. § vlt.supr.si quis caution.* Non ergo debuerunt interpretes nostri accommodatius exēplum vllum ad hanc legem quærere, quàm ex *d. l. vlt.de fideiuss.& d.l.cùm pater* 60. *§. legato ad leg falcid.* Etsi verò admittimus fideiussorem iudicatum solui teneri etiam in actionib. arbitrariis ad omnem eam quantitatem quę in condemnationem amplior deducta sit ob iusiurandum in litem quod actor propter contumaciam rei præstiterit, negamus tamen hoc fieri ex eo quod res hodie tanto pluris sit, contrà quàm in hac lege scriptū sit, sed ex verbis ipsis stipulationis, quę cùm de iudicato soluendo concepta sint, omne id continēt quod iudex pronunciauerit, ex quacunq. tandē causa id fecerit *d. l.9. indic. solui.* Ne alioqui diuisa condemnatione ipsa quoq. stipulatio diuisa videretur. Qua ratione nec mihi placet, vt neq. aliis plerisq. interpretib. quod ex hac lege tanquam notatu dignum Bartolus infert, si in causa criminali fideiussor interuenerit de iudicato soluendo, & statutum dicat quod propter cōtumaciam vel negationem pœna augeatur, fideiussorem ad illā pœnam non teneri, tanquam quæ non maleficij pœna sit sed contumaciæ & negationis. Ita enim fit vt & condemnatio & stipulatio diuidatur, quod est ridiculum, posséq. sententia illa & ratio Bartoli procedere eo tantùm casu quo duplex lata esset sententia, vna de pœna maleficij, altera de pœna contumaciæ, vt iā ante nos Fulgosius & Alexander contra Bartolum disputarunt. Illud probabilius & humanius est, quod subiungit idem Bartolus si cui maleficio per statutum certa pœna pecuniaria imponatur, quam si soluere non possit reus amputationem manus pati debeat, augeatur verò pœna illa propter negationem vel contumaciam rei, posse illum euitare pœnam corporalem soluendo pecuniariam statuto impositam maleficio, quoniam, vt benè hîc notat Baldus, pœna contumacię non dicitur pœna principalis: Cúmque ad certam quantitatem restricta sit, eámque minorem, quàm quæ ob contumaciam deducta est in condemnationem maligna certè esset illa interpretatio quæ, statutariæ pœnæ iungeret pœnam contumaciæ, vt tanto difficilior misero reo solutio eius redderetur, ac proinde corporalis pœna tanto faciliùs incurreretur *argumen. leg. si seruos* 25. in illis verbis, *ita nec talem efficere rem pignoratam vt grauis sit debitori ad recuperandum &c. infr. de pignor. act.* In fideiussore autem Iudicatum solui optimum Bartoli consilium

tium est, vt ab eo actor stipuletur, totius dubitationis tollendæ gratia, non tantùm pœnam & condemnationem omnem quæ sequetur ex maleficio illo, vel accusatione, vel inquisitione, sed addat: *vel ex processu*, vel *ex iudicio*, vt sic videatur etiam promittere pœnam quæ veniret ex contumacia. Sic enim res esset clarior, sed non tamen certior, quàm cùm interposita est stipulatio iudicatum solui dummodò simpliciter interposita sit, ita vt referri possit ad omne id quod iudex quoquomodo & ex quacunque causa pronunciauerit vt in *d. l. 9. Iudic. solui.* non etiam si restricta sit vt apud Bartolum ad pœnam ex maleficio, vel accusatione vel inquisitione debitam.

2. PAVLVS libro 13. ad Sabinum.

SIue nostrum quid petamus, siue ad exhibendum agatur.

Ad l. Siue nostrum 2.

Non placet quod Accursius & Bartolus notant posse hanc legē continuè legi, ita vt incipiat nouus §. à verbo illo *Interdum* nec iungatur initiū huius legis superiori. nā imò verò pēdet omnino initiū legis huius à postremis verbis legis præcedentis, vsque ad versic. *interdum* à quo inchoandus est nouus §. Probátque optimè, quod docuimus ad legem superiorem. Per iusiurandum in litem æstimari contumaciam possessoris vltra rei pretium eo demùm casu, quo dominus rem suam petat & qua inuitus carere cogatur ob dolum & contumaciam possessoris nolentis rem quam scit alienam, restituere, maleficíque litis æstimationem præstare atque ita inuitum dominum adigere ad rem suam vendendam. Quid enim aliud est vendere, quàm pro re pecuniam accipere? *l. naturalis 5. §. 1. infr. de præscript. verb. l. 1. de contr. empt. l. 1. de rer. permut.* Vnde est quod tam multis iuris nostri locis scriptum est præstitam litis æstimationem pro emptione esse, aut saltem similem emptioni *l. 1. & 3. infr. Pro emptor. leg. 1. de æstimat. act. l. eius rei 46. supr. de rei vindic. l. eum qui 7. §. supr. de public. in rem act. leg. si vt certo 5. §. 1. infr. Commod. l. si seruus 21. §. vers. & ideo infr. de euict. leg. si propter 22. infr. rer. amot.* Atqui sicut alienam rem emere nemo cogitur *leg. nec emere 16. Cod. de iur. delib.* ita nec quisquam suam vendere iusto precio *leg. nec quasi 70. supr. de rei vindic. leg. non enim 9. rer. amot.* Meritò igitur & ex mera iuris necessitate vsus iurisiurandi in litem hoc vno casu introductus est. Ideóque nec de iurantis periurio quæri facilè solet *leg. vlt. infr. hoc tit.* Quæ lex ideo restringenda videtur ad hoc iusiurandum, nec ad illud extendenda, de quo diximus in Tit. præcedente, id est, quod ad litem decidendam siue ex conuentione extra iudicium siue in iudicio defertur. Nam de periurio illius qui eo iurisiurandi genere iurasset, quæri nunquam potuit olim *leg. 1. & 2. Cod. de reb. credit. & iureiur.* nec magis hodie nisi ex constitutione Iustiniani in *leg. vltim. eod. tit.* Nec est contrarium quod additur in hac lege *siue ad exhibendum agatur.* Etsi enim per actionem ad exhibendum rem nostram non petimus, ne tum quidem cùm ea actio præparatoria vindicationis est, sed tantùm rei exhibitionem postulamus, vt exhibitam rem vindicare tanquam nostram possimus, (quæ ad hunc versiculum dubitandi ratio est.) Is tamen qui actione ad exhibendum conuentus exhibitionem recusat dolo malo non minùs contumax est, nec minore odio & pœna dignus, quàm si directa rei vindicatione conuentus restitutionem rei dolo malo recusaret, cùm ita faciat ne rei vindicatione possit conueniri *leg. 3. § præterea supr. ad exhib. & leg. in actionibus 5. infr. hoc tit.* Nec enim potest quis rem aliquam iure Quiritium vindicare, quin vsurpet verba illa vindicationis solemnia, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio, leg. 1.* vbi diximus *supr. de rei vindic.* Quomodo autem dicet actor *hanc rem* si nondum sit exhibita? Quamuis igitur actio ad exhibendum ex variis causis competat extra vindicationem, cùm detur omnibus quorum ex iusta & honesta causa interest rem exhiberi *d. l. 3. §. sciendum est & pass. supr. Ad exhib.* non tamen alio casu in ea posse iurari in litem existimandum est, quàm in illa quæ vindicationis præparatoria est, quæ actionis ad exhibendū nomine potissimùm significatur, quia & actio ipsa maximè propter vindicationes inducta est *leg. 1. eod. tit.* quia perinde cùm rei exhibitio, atque cùm exhibitæ restitutio denegatur, re sua carere dolo possessoris, cámque vendere dominus cogitur contra rationem & æquitatem naturalem: quod in aliis casibus non euenit in quibus ex alia quàm dominij causa eadem actio ad exhibendum competit. Sicut & in actione furti distinguemus ad *leg. cùm furti 9. infr. hoc tit.* an iure dominij desideratur an iure eius quod actoris intersit ex alia quàm dominij causa ex *leg. si vendidero 80. §. cùm autem infr. de furt.* In exhibendis tamen instrumentis aliquid diuersum est. Non enim inspicimus an actor sit dominus chartæ, in qua instrumentum scriptum est, sed an eius gratia scriptum sit & vtilitate ad eum pertineat *leg. si quis 6. §. ex hoc edicto & sequentib. sup. de edend. leg. pen. infr. hoc tit.* Denique cùm de instrumentorum exhibitione agitur, sufficit vt actor dicat & probet instrumentum sui iuris esse, licèt non etiam dominij *leg. non ignorabit 4. Cod. ad exhib. leg. pen. Cod. hoc tit.* Cæterùm omni casu quo instrumenti exhibitio aliqua petitur & denegatur, magna præsumptio est doli contra nolentem exhibere, vt aiunt pragmatici. Rectè autem Paulus in hac lege verbis illis generalibus vtitur, *siue quid nostrum petamus* quoniam ad inducendum hoc iusiurandum non est necesse vt corpus aliquod & speciem petamus, sed sufficit aliud quidlibet peti, dummodò sit nostrum etiamsi in iure consistat, puta si seruitus vindicetur aut aliud ius quodlibet. Nam & seruitutum & aliorum iurium quamuis incorporalium vindicatio quædam est *tot. tit. si vsufr. petet. & si seruitus vindic.* & in ea vindicatione non minùs quàm rerum corporalium perinde iuratur in litem ex eadem iuris & æquitatis ratione *leg. harum actionum 7. in fin. supr. si seruit. vindic.* Sed etsi rem nostram petere magis propriè dicimur cùm eam vindicamus *l. actio 28. infr. de oblig. & act. l. pecunia 178. §. actionis de verb. signific.* quia nec potest quisquam suū dicere, nisi cuius vindicandi ius habeat *l. Quintus 27. § argento de aur. & argent. legat.* petimus tamen interdum etiam res nostras puta depositas commodatas pignoratas actionibus personalibus & bonæ fidei, quamuis non tanquam nostras sed tanquam nobis ex contractu debitas & restituendas. Ideóque in iis etiam iuratur in litem ad puniendam contumaciam & perfidiam restituere nolentis vt dicemus *ad l. 5. infr.*

1 ¶ Interdum, quod intersit agentis, solum æstimatur: veluti cùm culpa non restituentis, vel non exhibentis punitur. Cùm verò dolus punitur, aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem iurauerit actor [a].

Ad §.1. Interdum.

RAT. DVB. Siue dolo siue culpa possessoris fiat vt domino res sua non restituatur aut exhibeatur, perinde dominus rei suæ damnum incurrit, eámque vendere cogitur, & quidem iusto precio, si nõ aliud possit consequi à possessore quàm quanti re verâ interest actoris. Atqui hoc est iniquum, & ea iniquitas est quæ iusiurandum hoc in litem induxit vt diximus ad *l. 1. supr. ex l. tutor* 8. *infr. hoc tit. l. si filiofamilias* 25. §. *maritum solut. matr. l. non enim* 9. *infr. rer. amot.* Ergo non minùs ob culpam iurandum est in litem, quàm propter dolum & contumaciam possessoris non restituentis, si modò carere dominus re sua eámque vendere cogatur, quod vnum inspiciendum esse videtur, præsertim cùm ei qui in culpa est, nunquam succurrendum sit, quippe qui culpam suam imputare sibi debeat, quíque damnum quod ex culpa sua sentiet nullum sensurus esse videatur ex regula *l. quod quis* 203. *de regul. iur.* DEC. Hoc iusiurandum in litem inductum à prudentibus fuit, non tam fauore domini cui res sua eripitur, quàm odio possessoris qui per contumaciam non vult restituere, atque ita dominum cogit pro re sua pecuniam accipere. Sic enim facit vt per rapinam ab inuito domino rem eius comparet, vt loquitur Pomponius in *l. nec quasi* 70. *supr. de Publician.* vbi dicitur & in *lege* 69. *praced.* Eum qui dolo fecit quominùs possideret ne restitueret, hoc quoque nomine puniri, quòd actor cauere ei non debet actiones quas eius rei nomine habeat se ei præstaturum, nec quasi Publicianam ei dandam esse. Alioqui ex improbitate sua actionem consequeretur, quod esse non debet *l. itaque fullo* 12. §. 1. *de furt.* Atqui maiore odio certè dignus est qui dolo malo eripit domino rem suam, quàm qui per culpam. Ille enim raptor est *d. l. nec quasi.* Hic verò non item: nec enim rapina fit sine dolo malo *l. 2. §. doli mali infr. vi bonor. rapt.* Nec habet dominus quod conqueratur qui plenissimam indemnitatem à possessore consequitur, cùm is qui in culpa est condemnandus sit ad omne id quod ipsius interest taxandum officio iudicis, ex dictis testium, & aliis litis instrumentis vt in *l. si traditio* 4. *C. de action. empt. leg. vnic. vers. in aliis autem casibus Cod de sentent. quæ pro eo quod inter. profer.* quamuis plerunque accidat vt inopia probationum id quod interest ad exiguam summam deducatur *l. vlt. infr. de stipulat prætor.* Denique æstimatio fit hoc casu à iudice *l. 4. §. vlt. infr.* quæ per iusiurandum in litem fit ab ipso actore. Culpam tamen cùm hic dicimus, leuem tantùm intelligere debemus, aut leuissimam, non eam quæ sit lata. Hæc enim dolo passim æquiparatur, tùm quoque cùm lex aliqua solius doli mentionem facit *l. 1. §. 1. supr si mens. fals. mod. dixer. l. quæsitum* 8. §. *eum quoque in fin. infr. de precar.* & aliis locis penè innumeris quos congessimus *decad.* 76. *de error. pragmat.* In eámque rem textus apertus est in *l. 2. C. hoc tit.* licèt non ignorem nostros putare esse id singulare in tutore, vt etiam ob latam ipsius culpam contra eum in litem iuretur, quod nos refutabimus ad *l. in actionibus* 5. *infr.*

a *Quanti in litem iurauerit actor.* RAT. DVB. Nemo in causa sua iudex vel testis idoneus esse intelligitur, nisi actori deferatur condicio ab aduersario *l. nullus* 10. *infr. de testib. l. omnibus* 10. *C. eod. tot. tit. C. ne quis in sua caus. iudic. vel ius dic.* Atquin is qui in litẽ iurat & testis & iudex est in causa sua, æstimat enim ipse quãti sua intersit, vt effugiat incõmoda & pericula probationum quas alioquin proferre omnimodo deberet *d. l. vnic. ℣. in aliis autẽ casib. C. de sentent. quæ pro eo quod interest profer.* & quarũ inopia plerunque id quod maximè interesset ad exiguam summam deduceretur *l. vltim. infr. de stipulat. prætor.* Æstimat autem magno vt plurimùm, quomodo loquitur *l. vltim. infr. de fideiuss.* quia iurare in infinitum licet *l. 4. §. iurare infr.* Et quidem non alio quàm iudice ipso deferente *d. l. 4. §. deferre*, id est, inuito etiam aduersario contra quem iuratur. In qua re iusiurandum hoc differt à decisorio, de quo dictum est Titulo superiore. In illo namque fit quidem is qui iurat, testis & iudex in causa propria, sed ab aduersario ipso deferente non à iudice vel à seipso *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Ideóque minùs odiosum est, sibi enim imputet is qui vltrò detulit, hoc verò longè odiosius, & a ratione reguláque iuris alienius. Nemini ergo permitti debet vt in litem iuret, nisi hoc saltem adhibito temperamento vt taxetur à iudice certa quantitas intra quam iuretur, ne si in infinitũ iurare liceat in immensum quoque iuret *d. §. iurare.* Atque ita concludit Accursius iurisiurandi taxationem priùs quàm iuretur, fieri debere ex *d. §. iurare & l. in actionibus* 5. *infr. eod. l. arbitrio* 18. *supr. de dolo.* DEC. Dolus & contumacia eius, qui rem quam scit alienam improbè detinet, nec vult restituere, hanc certè pœnam meretur vt non solùm condemnetur ad id omne quod interest domini, sed etiam condemnationis illius taxationem ab aduersario ipso inuitus fieri patiatur: vt qui hanc suæ improbitatis fructum habet quod ab inuito domino rem emit, hanc saltem pœnam sentiat, quod magno & iniusto precio dominium eius nanciscitur *dict. l. nec quasi* 70. *supr. de Publician. d. l. vlt. infr. de fideiuss.* Et ideo nõ potest iusiurandum hoc videri odiosum, cùm præstetur in odium dolosi hominis, & contumacis, qui nullo vnquam æquitatis colore adiuuari potest *l. penult. in fin. infr. ad SC. Trebell.* Cúmque non alterius quàm ipsius domini arbitrio precium rei statuendum sit, vt Marcellus loquitur in *l. si tutor* 8. *infr. hoc tit.* apparet ei permittendum esse vt iuret in infinitum, quomodo scriptum est in *d. § iurare*, id est, nulla per iudicem præfinita quantitate ad quam vsque iuretur, ne alioqui iudex ipse precium alienæ rei statuere videatur, quod absurdum esset, cùm à merâ voluntate id pendeat domini rem suam alienantis *d. l. tutor. l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit. l. in causa* 16. §. *idem Pomponius supr. de minor.* Tanti enim vnaquæque res esse intelligitur quod ad vtilitatem domini pertinet, quanti vendi potest tum quoque cùm per stultitiam emptoris longè pluris venditur, quàm re vera sit *l. alienus* 62. *ad leg falcid.* Quanto minùs absurdum id videri debet, si per dolum, contumaciam, & improbitatem possessoris fiat, vt dominus rem suam longè pluris æstimet, quàm quanti reuera est? Tanti enim possessor ipse rem illam æstimasse videtur tantiq. habuit, eam retinere potius, quàm

quàm ea carere *leg. 4. §. supr. de alien. iudic. milit. cauſ. fact.* Nec tamen id ita debet accipi, quaſi permittendum ſit actori iurare in immenſum, quod ſine manifeſtiſſimo & impudentiſſimo periurio fieri non poſſet. Aliud enim eſt in infinitum iuare quod nihil eſt aliud, quàm ſine vlla taxatione, nullaque præfinita quantitate iurare vt in *l. qui reſtituere 68. ſupr. de rei vindic. quomodo in l. ſi cui 9. ſupr. de ſeruit. in infinito ſeruitutem conſtituere* id eſt *per quamlibet fundi partem.* Aliud verò in immenſum iurare quod numquam licet. Eóque fortaſſis tantùm caſu id eſt ſi in immenſum iuraretur, de periurio iurantis quæri poſſet. Quò pertinere videtur quod ſcriptum eſt in *l. vlt. hoc tit.* De periurio eius qui ex iuris neceſſitate iurauit non facilè quæri ſolere. Vt intelligamus de eo igitur periurio quæri aliquando poſſe. Quando autem niſi ſi tam impudens fuerit actor, vt in immenſum quoque iurauerit. Et tamen cùm Tribonianus iſta confunderet quaſi idem ſit iurare in infinitum, & in immenſum, non potuit ferre hanc rationem iuris veteris, induxítque vt poſſit iudex in omni iureiurando in litem præfinire certam quantitatem ad quam vſque iuretur. Adeóque quod magis eſt etiam poſt iuſiurandum præſtitum, vel abſoluere reum, vel minoris condemnare *d. §. iurare & d. leg. in actionibus* quod certè ridiculum eſt, vt contra Tribonianum diſputauimus *libr. 16. Coniect. cap.* Ita factum eſt vt æſtimatio rei meæ, quam tu inuito me per dolum, & contumaciam retines, non tam à me fieri videatur quàm à iudice, qui tam facilè poſſet ſine meo iureiurando rem meam æſtimare quàm præfinire mihi certam quantitatem quam in æſtimanda re mea egredi non poſſim. Imò eſſet hoc multo expeditius, & tutius, quàm periurij periculo me obſtringere præfinita mihi certa quantitate, ad quam vſque iurare impunè poſſim. Quotus enim quiſque eſt qui non ad eam vſque quantitatem iuret, quæ præſcripta fuit, qui nulla præſcripta quantitate minoris fortaſſe rem ſuam fuerat æſtimaturus? Proinde vix dici hodie poteſt iuſiurandum hoc præſtari ex mera iuris neceſſitate, quomodo præſtabatur olim, cùm hodie iudex precium alienæ rei ſtatuat, quod ab alio quàm à domino ipſo, nec ſtatui olim poterat, nec hodie quoque benè & iuſtè poteſt. Nec tamen vidit Tribonianus: noſtri verò interpretes multo minùs in eo ſtatu rem eſſe hodie, vt vix vllo caſu huic taxationi iudicis locus aliquis relinquatur. Nam vel poſſeſſor habet facultatem rei reſtituendæ, vel dolo malo fecit, quominùs haberet. Priore caſu cogitur omnimodo rem reſtituere etiam manu militari poſtquàm ita placuit Triboniano ſub Vlpiani nomine in *d. l. qui reſtituere* nec proinde vlla ſubeſt iuris neceſſitas quæ inducat iuſiurandum. Poſteriore verò ſicuti omnino neceſſe eſt iurari in litem, ita iurari poteſt ſine vlla taxatione *d. l qui reſtituere.* Quiſnam igitur caſus ſupereſt, quo taxationi huic locus eſſe poſſit? Eſt enim legis illius ſententia generalis, ad omnes caſus pertinens in quibus res petita reſtituenda eſt, vt ex poſtremis verbis apparet, & nos ad eum locum notauimus. Eſt autem iuſiurandum hoc tanto fauorabilius, aut ſaltem minùs odioſum, quòd non ad decidendam litem ſpectat, ſed tantum ad æſtimandam rem de qua iam pronunciatum ſit pro actore, vt proinde non poſſit hoc caſu videri actor iudex in cauſa propria, & in re ſua, de qua iam habeat reum condemnatum. Nec rurſum teſtis qui ſibi credi velit in eo quod dicit ſua intereſſe. Non enim teſtis officio hac parte fungitur, ſed venditoris rei ſuæ precium pro arbitrio dicentis, quod nec alius quàm ipſe poſſit dicere, contra eum qui per rapinam vult etiam iniuſto precio rem alienam comparare *d. l. nec quaſi,* vbi pro *iuſto* legendum eſſe *iniuſto* docuimus ad eam legem. Dicitur autem iuſiurandum hoc adfectionis, quia nec de veritate negotij eſt, vt deciſorium, nec de vera rei æſtimatione vt illud de quo in *d. l. in actionibus §. planè infr.* cuius loci caſus valde ſpecialem habet rationem, vt ibi dicemus. Sed de æſtimanda re pro arbitrio & adfectione iurantis. Vnde occaſionem ſumit Accurſius, quærendi: Quid ſi iudex notam habeat actoris adfectionem, propter quam ſuſpicari probabiliter poſſit actorem facilè peieraturum, an ei nihilominùs hoc iuſiurandum deferre debeat? Cùm in incertis, inquit, coniecturæ locus eſſe poſſit *l. continuus 137. §. cùm ita in fin. de verb. oblig.* Reſpondet autem non eo minùs deferendum eſſe iuſiurandum: Ratione illa quòd non id ſciat iudex tanquam iudex, & ideo ex fide eorum quæ probantur iudicare debeat, non ex ſua conſcientia *l. illicitas 6. §. veritas ſupr. de offic. Præſid.* Reſponſio quidem bona eſt, ſed ratio peſſima. Non enim ex eorum fide qua probantur iuſiurandum hoc defertur cùm de æſtimatione defeatur, & ad eam probandam, de qua ponimus nullas alias factas eſſe, nec fieri debere probationes. ſed ex mera iuris neceſſitate vt ſcriptum eſt in *d. l. vlt. hoc tit.* quia neque pati iudex debet vt domino res ſua per rapinam quodammodo eripiatur, quin ei de precio ſatisfiat: quod tùm quoque præſtandum eſt cùm publici boni fauor ab inuito legiſlatore ius illud elicit, vt dominus inuitus rem ſuam vendere compellatur, de quo diximus *ad l. item ſi verbaratum 15. §. pen. ſupr. de rei vindic.* Neque rurſum vt pretium illud alterius quàm ipſius domimini arbitrio & adfectione conſtituatur. Separat autem hîc Paulus dolum à contumacia, non quia contumacia poſſit eſſe ſine dolo, ſed quia dolus ſine contumacia eſſe poteſt. Contumacia doli ſpecies eſt, dolus autem genus.

3. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

NVmmis depoſitis, iudicem non oportet in litem iuſiurandum deferre, vt iuret quis quod ſua interfuit: cùm certa ſit nummorum æſtimatio. niſi fortè de eo quis iuret, quod ſua interfuit [a] nummos ſibi ſua die redditos eſſe [b], quid enim, ſi ſub pœnâ pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod, quia depoſita ei pecunia abnegata eſt, diſtractum eſt?

Ad l. Nummis 3.

RAT. DVB. In actione depoſiti iuratur in litem *l. 1. §. in depoſiti infr. depoſit.* Nimirum ſi dominus per actionem depoſiti rem ſuam petat. Hoc enim ſemper addendum eſt, ſecundum ea, quæ de

hoc Iureiurando in litem iam disputauimus in præcedentibus. Atqui nummi mei quos penes te deposui tam mei sunt támque verè depositi quàm si species aliqua mea deposita fuisset. Ergo nummis quoque depositis iusiurandum in litem à iudice deferri oportet, si dolo malo, aut per contumaciam depositarij fiat ne restituantur. Tantóque magis in nummis depositis, quanto facilius est, vt eorum furtum fiat si à depositario lucrandi animo & dolo malo contrectentur *l. si quis inficiatus 13. infr. eod. ill. tit. depos.* vbi ob hanc causam scriptum est, posse depositarium eo casu etiam condictione furtiua conueniri, quæ tamen semper furtum præsupponit *l. 5. de condict. furt. §. furtum autem fit Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* In actione autem furti etiam iuratur in litem quoties defertur iure dominij *leg. cum furti 9. infr. hoc tit.* Nec est quod quis respondeat, Nummos esse ex earum rerum numero, quæ functionem recipiunt in suo genere *leg. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit. l. si is cui 94. de solut.* Constat enim depositum ita contrahi vt eadem ipsa corpora nummorum reddi oporteat, non tantundem. Nec enim per depositum sicut per mutuum quisquam dominium rei suæ amittit *l. licèt 17. §. 1. infr. depos.* Adeò vt si expressa pactione conuenerit, vt non idem quod depositum est, sed tantumdem reddatur, ea pacto dicatur egredi notissimos depositi terminos in *l. Lucius 24. eod. tit.* DEC. Iusiurandum in litem ideò comparatum est, vt quis rei suæ quam alius per rapinam retinet, precium habeat, & quidem quale quantúmque ipse pro arbitrio suo, & adfectione statuerit. Ipso etiam dolo possessoris æstimato *leg. 1. & 2. supr. l. tutor. 8. infr.* Atqui nummorum depositorum, qui per contumaciam dolúmve depositarij non restituuntur, precium nullum esse potest. Cùm enim cuiuslibet rei precium in pecunia numerata cõsistere debeat, non potest vtique pecunia pecuniam æstimare *l. 1. infr. de rer. permut.* vt neque alia res vlla æstimationem illam pecuniæ facere potest. Quandoquidem nummi ad hoc potissimùm comparati sunt, vt cæteras omnes res æstiment, nec ab vlla ipsi æstimentur *l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss.* Neque hac parte nũmi depositi ab aliis quibuslibet nummis separari debent, quasi corpora nummorum deposita, quæ per actionem depositi eadem ipsa restitui debent, alterius rationis esse debeant, quàm quæ vel non sunt deposita, vel sic sunt deposita vt tantundem reddi possit vt in *d. l. Lucius.* Habent siquidem hoc commune cum cæteris, vt sunt omnes nummi eiusdem generis, quod vna eadémque est ac proinde certa eorum æstimatio in republica benè constituta, non vt cæterarum rerum pro temporum aut locorum varietate mutabilis *l. 3. infr. de eo quod cert. loc. iunct. l. precia rerum 63. infr. ad leg. falcid.* Proinde licèt depositi sint nummi in sacculo, vt fieri solet & debet obsignato *leg. si sacculum 29. l. 1. §. si cista infr. depos.* alioqui nec quæri posset, an eadem essent corpora nummorum, an alia, nihil potest videri interesse deponentis, quòd ea ipsa nummorum corpora quæ deposuit, ei non restituantur. Nec vlla subest hoc casu deferendi in litem iurisiurandi necessitas iuris, quæ tamen sola delationem hanc inducit, *dict. l. vlt. hoc tit.* Etsi enim depositarij eadem contumacia est idémque dolus, qui esset si species aliqua deposita esset, in quam iusta, & probabilis cadere posset adfectio, nec minore hic odio, quàm ille dignus sit. Prius tamen est vt intersit actoris, quàm vt ei reus condemnari hoc nomine debeat. Fuit enim hoc iusiurandum inductum, vt & actori cuius interesset, prospiceretur, & possessoris contumacia dolúsve puniretur. An non verò satis prospicitur ei, qui nummos etiam in sacculo obsignatos deposuit, si depositarius ad tantundem reddendum condemnetur? Nisi fortè ponas corpora nummorum deposita eiusmodi fuisse, vt deponentis intersit ea habere potiùs quàm alia vel propter vetustatem, & quæ vetustati consequens esse solet, varietatem, vel quia insigne aliquid habeant, propter quod preciosiora videri debeant, quàm cætera etiam quæ sint paris æstimationis. Est namque hæc non improbabilis adfectio, præsertim si à parentibus profecta acceptáque proponantur *arg. l. si in emptionem 35. supr. de minor. l. lex quæ tutores 22. C. de admin. tutor.* nec tam per modum generis, vt loquuntur, quàm speciei deposita videri possint. Sed tamen hoc quoque casu depositori consuli per sententiam iudicis citra iusiurandum benè potest, condemnato depositario vt eiusdem speciei, & qualitatis nummos reddat, sicubi reperiri possint: Aut si tam citò non possit, aut aliquo sumptu ad eos conquirendos opus sit, hunc quoque sumptum depositarius præstet, qualem quantúmque iudex officio suo æstimauerit. Nimirum, si nummi sint quorum aliqua cá q; certa sit æstimatio, nõ etiã si numismata aurea vel argentea quibus etiã pro gemmis non pro nummis vti solemus, de quibus *in l. numismatum 18.* vbi diximus *supr. de vsufr.* Consistunt enim numismata in specie potiùs, quàm in genere, nec proinde minùs pro iis si dolo malo non restituantur à depositario, quàm pro cæteris speciebus iurari in litem potest: etiamsi alia eiusdem qualitatis, ponderis, & valoris numismata reperiri possint. Nam nec quicquam vetat in qualibet alia specie deposita, puta homine Sticho, aliam speciem preciosiorem reperiri posse, & alium seruum maioris precij, cuius tamen præstatione non sit æquum liberari depositarium quominùs contra eum in litem iuretur: Ne dominus qui rem suam iusto precio vendere non cogitur, cogatur tamen permutare, quod adhuc absurdius esset ac iniquius. Ergo quod hîc de nummis depositis dicitur, etiam de cæteris rebus, quæ in quantitate & genere non in specie consistunt, dictum videri debet, vt benè concludit Bartolus. Nec superioribus contrarium est, quod obiicitur ex *l. pen. §. in eum supr. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* quasi iuretur ibi in litem de eo quod interest quod in pecunia, & quantitate non in specie consistit. Ibi enim non agitur de iureiurando in litem neque de æstimando per iusiurandum eo, quod interest, quamquam nec id nouum esset, vt ad *versic. seq.* dicemus, sed specie & re ipsa de qua est controuersia, & quam ne actor possit consequi, prohibetur per eum qui in ius vocatum reum vi exemit. Denique de re ipsa de qua controuersia est æstimanda quidem sed à iudice non ab actore, vt ad locum illum docuimus, & repetemus *ad l. 5 in fin. infr. hoc tit.*

a *Nisi fortè de eo quis iuret quod sua interfuit.* RAT. DUB. Id quod interest semper consistit in quantitate, cùm non nisi per pecuniam æstimari possit *leg. vlt. infr. de stipulat. prætor. l. vnic. C de sentent. quæ pro eo quod inter. profer.* Atqui pro pecunia numquam in litem iuratur, vt proximè diximus. Non solùm de nummorum æstimatione, quæ vna semper eadémque & certa est, sed neque de eo quod ratione nummorum potest interesse, ne alioqui detur progres-

sus in

sus in infinitum si pecuniæ nomine liceat agere ad id quod interest, cùm in eo quòd interest non minùs lucrum cessans, quàm damnum emergens contineatur *l.2. §.nunc de officio infr. de eo quod cert. loc. l. si commissa 13. infr. rat. rem haber.* infinita autem adeòque immensa sit spes lucri, quod ex negotiatione nummorum potest accedere, licèt pecunia res per se sterilis sit nec aliam pecuniam gignat. Negotiatio enim illa est quæ totum facit *l. venditor 21. infr. de hered. vendit.* & quæ tamen sine pecunia fieri non potest, ne tum quidem cùm à mercibus aut aliis speciebus incipit, quarum scilicet negotiatio nullius certè, aut saltem perexiguæ vtilitatis esset, si non possent conuerti in pecuniam, & pecunia rursum in aliarum rerum emptionem. Ergo nec si dies adiecta sit deposito nummorum vt certâ die redderentur, iurari poterit in litẽ aduersus depositarium, qui dolo malo eos restituere ad diẽ noluerit, quamuis ponas eum qui nummos ad certam diem restituendos deposuit, pecuniam debuisse ad eandem aut etiam vlteriorem diem sub pœna, vel sub pignore, quod ob denegatam pecuniæ depositæ restitutionem distractum sit. Et ita Accursius noster, & Bartolus cæterique interpretes existimant, versiculum hunc non de iureiurando adfectionis intelligendum esse, sed de eo quod vocant veritatis, de quo in *l. in actionibus 5. versic. planè infr.* & quod etiam in contractibus stricti iuris locum habeat. Qua ratione putant quod in hac lege scriptum est iurari in litem posse pro nummis depositis sua die non redditis, perinde dici posse in pecunia data mutua, & ad certam diem restituenda si sua die non sit reddita, dummodò non tantùm mora sed etiam dolus interueniat debitoris. Addúntque generalius, pro eo quod interest, cùm in pecunia & quantitate consistat numquam iurari in litem iureiurando adfectionis, sed tantùm iureiurando veritatis, propterea quòd non magis vno casu quàm alio possit in nummos cadere adfectio, nec si pœna commissa sit, aut distractio secuta pignorum, quia, inquit Accursius, non in commissione pœnæ, aut in distractione pignorum dolus admissus est, sed in restitutione non facta sua die eius pecuniæ ob quam non solutam, & pœna commissa & pignora distracta sunt. Quam sententiam Bartolus quoque tandem probat, licèt primùm addubitet an non alia constitui ratio debeat, eius quod interest ob pœnam commissam, alia verò eius quod interest ob distracta pignora, Quasi probabilis aliqua adfectio possit cadere in pignora distracta, non etiam in pœna pecuniaria quæ nihil nisi pecunia est. Dec. Etiam ratione eius quod interest licet in pecunia consistat, iurari in litem potest, vt constat non solùm ex hoc versiculo, sed etiam ex initio huius legis, vbi Vlpianus postquàm dixit, nummis depositis iusiurandum in litem deferri, vt iuret actor quod sua interfuit non illam rationem adfert, quia de eo quod interest iurari non possit, sed illam solam quòd certa sit nummorum æstimatio, id est vt explicauimus, quia nihil intersit ratione nummorum. Ita innuens non dubitare se quin iurisiurando locus esse posset, si quo modo interesset, etiam ratione nummorum dum ne subesset periculum, ne id quod interesset, in infinitum progrederetur. Quod periculum subesse non potest, cùm pecunia ad certam diem solui debuit. Quandoquidem eo casu restringitur taxatio eius quod interest ad illud ipsum tempus, quod in contractu appositum est, vt alterius nullius temporis ratio haberi possit, nec proinde id quod interest in infinitum, & in immensum excurrere. Nec sanè causa vlla est, cur de eo quod interest iurari in litem possit, perinde atque de rei æstimatione, & quidem iureiurando adfectionis, vt odio dolosi depositarij alteriúsve, qui conuentus sit iudicio bonæ fidei æstimetur, & taxetur id quod interest arbitrio actoris, ne probandum habeat, quanti re vera intersit: in quo non leue commodum est, cùm plerunque inopia probationum id quod interest etiamsi ad magnam summam accedat, ad exiguam tamen deducatur *d. leg. vlt. de prætor. stipulat.* Non enim aliter quàm ex veris plenísque probationibus religionem suam instruere iudex potest quanti re vera intersit *leg. vnic. versic. in aliis autem casibus C. de sentent. quæ pro eo quod inter.* Nisi de eo ipso in litem iuretur. Suppletorio namque vt vocant iuriiurando locus esse neque hoc casu neque alio vllo potest, vt probauimus ad *leg. admonendi 31. supr. tit. prox.* id est nec si semiplenæ adsint probationes eius quantitatis ad quam vsque intendit actor sua interesse *d. vers. in aliis autem casibus ibi iudices per suam subtilitatem requirere, vt hoc quod re vera inducitur damnum hoc reddatur.* Quibus verbis iusiurandum illud suppletiuum apertè excluditur, quod non ex subtilitate ac delatione iudicis proficiscitur, sed ex sola voluntate, & requisitione illius, qui probationum inopia laborat impudenter petentis, vt ad eas supplendas iudex ipse in causa propria inuito quoque aduersario constituatur, non contra dolosum, aut ad litem duntaxat æstimandam, vt in hoc de quo agimus iureiurando in litem sed ad ipsam litis victoriam sibi comparandam, & contra eum cui nihil possit imputari, nisi quod minùs plenis aduersarij probationibus vinci noluit. Et tamen interpretum sententia est, etiam quantitatem eius quod interest, vt & aliud quidlibet probari posse per iusiurandum suppletiuum. Quod si ita esset, vtique nunquam verum esse posset quod scriptum est in *d. leg. vlt. de prætor. stipulat.* per inopiam probationum id quod interest ad exiguam summam deduci, si modò verum est quod iidem interpretes volunt ad *leg. 3. C. de reb. credit. & iureiur.* & quod magis miror, post eos Cuiacius ad *leg. tutor. 35. supr. tit. prox.* inopiam probationum eam dicendam esse non quæ omnino nullas habeat probationes (defectum enim hunc vocant non inopiam) sed quæ minùs plenas, cùm tamen è contrario dicere potiùs debuerint, Inopiam probationum esse si quis nullas habeat, defectum verò si quis semiplenas. Quid enim aliud est deficere quàm non sufficere? Nisi addas deficere omnes probationes, vt scriptum est in *d. leg. tutor.* Quamquam dici potest etiam probationes omnes deficere cùm non plenæ sunt, non minùs quàm cùm nullæ, nisi dicas in totum deficere, quod aliud est, nec quicquam vetat id quod scriptum est in *d. leg. tutor.* de iureiurando delato per tutorem deficientibus omnibus aliis probationibus, sic intelligi vt eo quoque casu iusiurandum deferre tutor possit quo habeat probationes aliquas sed mancas, minúsque sufficientes id est ex quibus non possit vincere. Quo tamen casu non esset vtique permittendum tutori deferre iusiurandum aduersario pupilli, si posset ipse petere vt ad supplendas pupilli proba-

tiones ad iurandum ipse admitteretur. Sed hoc aliter dictum sit, non tantùm ad clariorem elucidationem eorum quæ scripsimus de probationum inopia circa interpretationem *d. leg. 3. C. de reb. credit. ad d. leg. admonendi.* Sed etiam vt intelligamus quàm necessarium sit iusiurandum in litem tum quoque cùm agitur de probando contra dolosum, & taxando eo quod interest actoris, vt hac ratione non solùm actori benè prospiciatur, sed etiam debitoris improbi, & perfidi dolus aut contumacia bonæ fidei iudicio vindicetur. Nec tamen vindicaretur, si iusiurandum hoc esset veritatis duntaxat, vt nostri volunt, non etiam adfectionis. Adieci autem *bonæ fidei iudicio*, quia in iis actionibus, quæ sunt stricti iuris non puto iurari vnquam in litem, ne quidem contra dolosum, extra casum *d. leg. in actionibus §. planè*, in cuius tamen specie nullus debitoris dolus requiritur, sed mora tantùm, post quam homo promissus decesserit, & quæ licèt non facilè contrahi possit sine culpa, potest tamen sine dolo, neque moueri Accursius, vt contrà sentiret, debuit ex hac lege, quæ non de actione stricta loquitur, sed bonæ fidei, & de nummis depositis non de creditis, aut de nummis simpliciter, ne dubitari posset non in quibuslibet nummis, & ex qualicunque contractu debitis idem iuris esse, sed aliud in depositis, aliud verò in creditis, aliud in actione depositi, aliud verò in condictione certi ex mutuo. Quare nec distinguendum est cum Bartolo an ob non solutam sua die pecuniam pœna commissa sit, an verò distracta pignora. Etsi enim maior adfectio cadere potest in pignora quæ in specie consistunt, quàm in pœnam pecuniariam, nec dolus vllus commissus est in commissione pœnæ aut in distractione pignorum. Sufficit tamen ad inducendum iusiurandum in litem, quòd dolus admissus sit in nummis depositis ad suam diem non restitutis, vt per iusiurandum in litem crescat condemnatio non pro æstimatione nummorum, quæ hoc casu non minùs certa est, quàm si nummi simpliciter depositi fuissent, nulla restitutioni die dicta, sed pro æstimando eo quod interest ex adfectione iurantis, ratione damni emergentis ob pœnam commissam, vel distracta pignora. Adiecta etiam vltra pœnam commissam, pœna contumaciæ ex *l. 1. supr.* Hicque huius legis verus sensus est.

b *Nummos sibi sua die redditos esse.* RAT. DVB. Tum quoque cùm id quod interest omnimodo debetur, vt in iudiciis bonæ fidei ex die moræ, non tamen habetur ratio eius quod interest extra rem quod nostri vocant interesse extrinsecum, sed eius tantùm quod circa rem, quod iidem appellant intrinsecum *leg. si sterilis 21. §. cùm per venditorem infr. de action. empt.* Atqui extra rem est, & extra contractum depositi, vt ob nummos depositos sua die non restitutos pœna commissa præstetur, & damnum quod ex pignorum distractione contigit. Ergo non est permittendum ei qui nummos deposuit certa die restituendos, vt hoc prætextu iuret in litem de eo quod sua interfuit nummos sibi sua die datos esse. Idémque multo magis probari debet si actor velit iurare quanti sua intersit ratione lucri cessantis quod ex sua negotiatione facere potuisset si restituta ei pecunia ad diem fuisset. Nam quo casu damnum emergens extra rem est ita, vt eius ratio haberi non debeat, eodem casu multo minùs haberi debet ratio lucri cessantis tanquam, quod tanto magis sit extra rem minúsque fauorabile, vt solet semper deterior esse condicio eius qui certat de lucro captando quàm & eius qui de damno vitando *leg. vlt. §. si verò creditores C. de iur. delib. l. quod autem 6. §. simili modo infr. Quæ in fraud. credit.* DEC. Dies adiecta in contractu siue bonæ fidei siue stricti iuris pars est stipulationis, & contractus *leg. 1. § editiones supr. de edend.* Vnde est quod si ad diem non satisfecerit debitor, hoc ipso tenetur ad id omne quod actoris interest ratione illius diei, hoc est, quod habuisset si ad diem satisfactum contractui fuisset siue lucro computandum sit siue damno. Idque non tam iure cuiusdam accessionis aut quasi dies interpellet pro homine, vt vulgo creditur ad constituendum debitorem in mora ex *leg. magnam 13. C. de contr. & committ. stipulat.* quæ non habet locum nisi in pœnalibus. Sed iure principalis debiti, quasi id ipsum quod interesse poterit ratione diei perinde in contractum, & stipulationem deductum videatur, atque dies ipsa. Alioqui nihil prodesset diei adiectio in stipulationibus, cæterísque contractibus, in quibus certum est accessiones nullas ex mora deberi posse siue fructus sint, siue vsuræ, siue quid aliunde intersit, quod proprium ius est contractuum, & actionum bonæ fidei *leg. mora 32. §. in bonæ fidei leg. vsuræ 34. & seq. leg. videamus 38. §. penult. infr. de vsur.* quod tamen non ita est. Nam si fundum certa die dari stipuler, & per promissorem steterit quominùs ea die præstetur, consequar quanti mea interesse it moram factam non esse *leg. si fundum 114. infr. de verb. oblig.* ac proinde fructus ex eo fundo post diem perceptos, quamuis in stipulatione nihil dictum sit de fructibus neque de eo quod interest, aliud autem nihil ex stipulatione peti possit, nisi quod verbis ipsis stipulationis expressè comprehensum est *leg. quicquid adstringendæ 99. eod. tit.* Sic & in æstimanda re debita ex stipulatione alióve contractu stricto licèt inspici soleat præcisè tempus litis contestatæ, si tamen dies adiecta sit solutioni illius præcisè temporis æstimatio præstanda est quo dari res debuit *leg. hominem 37. infr. mandat. leg. si Calendis 11. infr. de re iudic. leg. vinum 22.* vbi dixi *supr. de reb. credit.* quia diei adiectio sola facit, vt perinde habendum sit acsi hoc ipsum nominatim conuenisset. Ergo neque extra rem neque extra contractum esse videri potest id, quod quoquomodo interest ratione diei adiectæ in contractu. Hoc verò Bartolus aliique interpretes non viderunt, qui admittunt hoc interesse de quo in hac lege agitur extra rem esse, sed negant absurdum id videri debere, quia in nummis quorum vna eadémque semper est æstimatio, nihil possit interesse intra rem, sicque impunita maneret frustratio & contumacia debitoris, si non puniretur præstatione eius quoque quod extra rem interesset. Quæ ratio si esset bona, consequens fieret, vt quoties non pecunia sed aliqua species ex deposti contractu deberetur, quam certa die præstari conuenisset, & ob quam sua die non solutam pœna aliqua commissa sit, aut distracta pignora contra creditorem qui eandem speciem alij quoque ad eandem fortasse aut vlteriorem diem sub pœna vel sub pignoribus promiserat, aliud respondendum esset, quàm quod in hac lege Vlpianus respondit in nummis depositis. Quod tamen non ita esse apparet ex *d. leg. si fundum.* vbi idem noster Vlpianus ob non præstitum sua die fundum, qui per stipulationem promissus fuerat, deberi stipulatori non fructus tantùm qui cùm ex fundo ipso

prof-

proficiscantur, non possunt computari in eo quod interest extra rem, sed multo generaliùs, quanti stipulatoris intersit moram factam non esse. Ergo & pœnam, si qua contra eundem stipulatorem commissa sit, aut distractio secuta pignorum quam impedire stipulator potuisset si ad dictam diem præstitus ei fundus fuisset. Sicut & in specie huius legis. Hac sola differentia, quòd in specie *d. leg. si fundum* non posset iurari in litem de eo quod interesset, quomodo in specie huius legis. Sed aliter & per veras probationes probandum esset quanti re vera actoris interesset: Quoniam ex contractu stricto nunquam iuratur in litem extra casus supradictos, quomodo iuratur in contractu bonæ fidei, qualis est contractus depositi de quo in hac lege. Eadem adiectæ diei vis, & potestas facit vt per hoc iusiurandum in litem non modò damni emergentis rationem habendam esse putem, licèt duo exempla quæ hic Vlpianus adfert de damno tantùm sint, sed etiam lucri cessantis, vt contra Accursium concludit Bartolus, *ex leg. 2. §. vlt. in fin. infr. de eo quod cert. loc. d. leg. si commissa 33. Rat. rem haber.* Quamquam enim maius periculum subest ne id quod interest ratione pecuniæ excurrat in infinitum, & in immensum si lucri quoque amissi ratio habeatur, quàm si damni emergentis, quod neque immensum, neque infinitum esse potest, cùm tamen dies adiecta est, nec nisi ratione temporis præstatur, & petitur, quanti interest pecuniam suo tempore solutam non esse, vt hîc, & in *leg. quòd si Ephesi 5. infr. de eo quod cert. loc.* nihil tale potest accidere. Quemadmodum nec cùm petitur id quod interest ratione loci vt in *d. leg. 2. §. nunc de officio in fin. eod. tit.* quia restrictio quæ fit per adiectionem certi loci certique temporis, prohibet ac coercet taxationem eius quod interest, ne longiùs euagari possit, cùm iis casibus spectari oporteat non quanti intersit generaliter, & in vniuersum, sed strictiùs quanti intersit quod ea die vel illo loco non fuerit satisfactum. Etsi distinguendum est an id quod interest siue ratione loci siue temporis petatur per actionem bonæ fidei vt in hac lege: An verò per actionem arbitrariam de eo quod certo loco, cùm interest ratione loci (nec enim adiectio temporis potest facere actionem arbitrariam, vt contra Accursium & Cuiacium disputabimus ad *d. leg. quòd si Ephesi.*) si agatur iudicio bonæ fidei iuratur in litem de eo quod interest siue intersit ratione loci siue ratione temporis potestate, & æquitate iudicij bonæ fidei, quod huiusmodi gaudet priuilegio *leg. in actionibus 5. infr. iunct. leg. in bonæ fidei 8. infr. de eo quod cert. loc.* Si verò arbitraria actione de eo quod certo loco, non iurabitur, quoniam arbitraria nihil nisi vtilis actio est substituta in locum directæ quæ stricta est *leg. 1. eod.* Non ergo distinguimus locum à tempore nec quantitatem à corpore ad inducendam obligationem eius, quod interest siue de damno emergente tractandum sit siue de lucro cessante etiam ratione pecuniæ, nisi de inducenda quoque arbitraria tractetur, quæ per solam loci non etiam temporis adiectionem inducitur. Sed bonæ fidei actionem ab ea quæ stricti iuris sit semper separamus quoties de in litem iurando quærimus. Et in ipsis quoque bonæ fidei actionibus distinguimus, an de ea re exerceantur cuius dominium sit actoris, vt in hac lege, an de ea quæ actori tantùm sit debita, vt priore tantùm casu possit iurari, posteriore non item. Ex his facile est ad eam quæstionem respondere quam Bartolus pro difficili proponit, Si dare mihi debuisti centum libras eo tempore, quo florenus non nisi quadraginta solidis æstimabatur, nec tamen dedisti nisi post auctam floreni æstimationem ad quinquaginta vsque solidos, an perdidisse aliquid dicendus sim an potiùs non acquisiuisse? Certum enim est damnum me passurum esse si cogar florenos accipere in ea æstimatione quæ hodie maior est quàm fuerit eo tempore quo dare debueras, ideóque nec possum cogi eam accipere solutionem *leg. Paulus 99. aliàs l. creditorem infr. de solut.* Qua de re si quis plura scire volet, videnda sunt quæ contra Carolum Molinæum scripsimus in tractatu De variis nummariorum debitorum solutionibus: Cæterùm ociosa quæstio est, An in lucro an potiùs in damno id poni debeat, cùm adiecta die in contractu quolibet non minùs lucri quàm damni ratio habenda sit in æstimando eo quod interest, ac si illud ipsum quod interest specialiter contractu comprehensum esset quasi hoc acto inter contrahentes, vt & in *leg. cùm stipulatùs 113. §. vlt. de verb. oblig.* Nam & in stipulationibus quoque, vt & in contractibus aliis sequimur non tam quod expressim dictum quàm quod actum est *l. semper 34. de reg. iur.*

4. IDEM libro 36. ad Edictum.

Videamus in tutelari causa quis iurare, & aduersus quem possit. & quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest: hoc enim sæpissime rescriptum est. sed nec tutorem cogendum [a], nec matrem pupilli admittendam [b], etsi parata esset iurare, Diui fratres rescripserunt: graue enim videbatur, & ignorantes, & inuitos tutores, sub alieni compendij emolumento etiam periurium anceps subire. Curatores quoque pupilli, vel adulescentis [c] non esse cogendos in litem iurare, rescriptis Imperatoris nostri, & Diui patris eius continetur. Si tamen tantam affectionem [d] pupillo suo, vel adulescenti, tutores, vel curatores præstare volent: auctoritas iuris non refragabitur, quin iudicio, quod inter ipsos acceptum est, finis eiusmodi possit adhiberi. non enim ad suam vtilitatem iurisiurandi referenda æstimatio est, sed ad domini: cuius nomine tutelæ ratio postulatur [e]. Adulescens verò, si velit, iurare potest [f].

Ad l. Videamus 4.

RAT. DVB. Etsi pupillo deferri iusiurandum non oportet *leg. iusiurandum & ad pecunias 34. §. pupillo supr. tit. prox.* cùm tamen à pupillo præstitum est seruari debet, quia nihil refert cuius sexus, ætatisve sit is qui iurauit *leg. qui iurasse 26. eod.* Ergo nihil vetat in tutelari causa, id est pupillari quæ per tutorem exercetur, etiam pupillum ipsum iurare in litem ad rem suam æstimandam. Præsertim cùm maneat dominus licèt habeat tutorem, alius verò in litem iurare non possit quàm qui sit ipse dominus litis *leg. vulgo 7. infr. hoc tit.* DEC. Pupillus cùm sit impubes, & in ea ætate in qua non possit tantum habere iudicij quantum necesse est ad res bene æstimandas (neque enim scire neque decernere quicquam talis ætas potest *leg. pupillus 9. de auctor. tutor.* non magis inquit quàm furiosus) non potest idoneus, & satis probus rerum suarum æstimator esse, sicut nec eas posset vendere, quod vtrumque tamen fit per iusiurandum in litem: Nec ergo iurare ipse potest. Cúmque iusiurandum hoc non aliter præstari possit, quàm si à iudice ipso deferatur §. *deferre infr. hac leg.* an non stultissimus esset iudex, & officij sui parum peritus, si pupillo iusiurandum deferret? Alia causa est eius iurisiurandi de quo in *d. leg. qui iurasse* id est quod à parte ipsa parti præstatur. Seruari enim illud à Prætore debet contra eum, qui dum deferret, contentus eo fuit, vt scriptum est in *d. leg. qui iurasse.* Nec absurdum est stultè quid fieri ab incauto maléque consulto litigatore, quod æquè stultè per iudicem fieri absurdum esset. Sed si verum est, vt est, quod in superioribus diximus, iusiurandum hoc in litem nihil nisi litis æstimationem esse, ac quasi venditionem rei in litem deductæ, cur non permittimus pupillo, vt iuret tutore saltem authore, quemadmodum eodem authore posset vendere? Augetur dubitatio ex eo, quod tutor ipse solus potest iurare pupilli nomine, vt sequitur in hac lege. Quidni enim multo magis ei liceat authoritatem iuranti pupillo præstare? Scio quædam esse quæ tutor facere non possit sine pupillo, quale est adire hereditatem, & si quid aliud simile est *leg. potuit 5. C. de iur. delib.* Nihil verò posse pupillum facere sine tutoris consilio & authoritate. Sed quid potest esse obsecro, quod pupillo facere non possit tutore authore? Denique cur non saltem distinguimus an pupillus sit proximus pubertatis necne, cùm is qui pubertati proximus est, capax sit & furandi, & iniuriæ faciendæ *leg. pupillum 111. de regul. iur.* & consequenter etiam peierandi. Multo igitur magis iurandi. Respondendum est, Posse pupillum tutore authore omnia ea facere, quæ si malè ac perperam faciat, indemnis posteà seruari à tutore possit, iudicio tutelæ, quod in eam rem potissimùm comparatum est, vt non pupillus ipse sed tutor damnum sentiat si qua in re authoritatem malè præstiterit, quam præstare non debuit, vt è contrario si authoritatem præstare recusauerit, quam præstari expediebat pupillo *leg. si tutor 17. infr. de author. tutor.* Porrò in hoc numero non est iusiurandum tutore authore præstitum in quo si peieratum sit non potest authorem laudare tutorem, vt pœna periurij se eximat quæ in iudicium tutelæ scilicet venire non potest, cùm periurium solum Deum vindicem, & vltorem habeat *leg. 2. C. de reb. credit. & iureiur.* Eadémque ratio facit vt in re tanti momenti tantique periculi non oporteat distingui an pupillus sit doli capax, & proximus pubertati necne, sed generaliter arceri pupillum à iurando, & modò impubes sit, id est non adhibita illa distinctione an proximus sit pubertati, necne. Nam & qui pubertati proximus est, adhuc tamen impubes est. Isque sensus est horum verborum Vlpiani *si impubes est,* non quem Accursius putat, vt dixerit Vlpianus *si* pro *quia.* Nam imò verò stat propriè articulus *si* hoc est condicionaliter, non ad excludendum pupillum qui sit pubes qualis certè nullus est (omnis si quidem pupillus impubes est, quamuis non è conuerso impubes omnis sit pupillus) nec rursus ad excludendum adolescentem de quo in sequentibus, vt idem putat Accursius, sed ad excludendum pupillum qui sit proximus pubertati, quem in aliis plerisque iuris partibus ius ciuile habet pro pubere. Est verò valde notandus hic casus. Vix enim alius talis in toto iure occurret, in quo non possit pupillus facere tutore authore, quod solus tutor ipse absque pupillo potest.

a *Sed nec tutorem cogendum.* RAT. DVB. Nihil debet tutor omittere eorum omnium quæ facere potest pro vtilitate pupilli, & ob quæ non facta damnum aliquod pupillus damnum quandoque sensurus sit, alioqui tenetur eo nomine actione tutelæ ad indemnitatem præstandam pupillo, præsertim si tale illud sit quod facturus tutor fuerit in causa sua propria: cùm à tutoribus pupillorum eadem diligentia exigenda sit circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præstare debet *leg. à tutoribus 32. in princip. leg. tutor 13. §. non est audiendus & tot. tit. de admin. tutor. d. leg. si tutor. 17. de author. tutor. leg. 2. C. si tut. vel curat. non gesser.* Atqui pupilli tutor iurare in litem pro eo potest si velit, vt subiicitur in versic. *si tamen.* Ergo vt pro eo iuret cogendus est etiamsi iurare nolit, non quidem coactione præcisa, sed saltem causatiua, id est nisi eo nomine pupillo teneri malit actione tutelæ *d. leg. si tutor.* Alioqui euidenter manebit pupillus in damno si nec iurare ipse per se possit, nec per matrem suam etiam quæ pro eo iurare parata sit, vt statim sequitur in hac lege, nisi tutor qui pro eo iurare si velit potest, iurare etiam inuitus cogatur. DEC. Graue nimis esse videtur, & est, vt ignorans & inuitus tutor sub alieni compendij emolumento periurium anceps subire cogatur: Nec enim tantopere damnosum aut periculosum tutori debet officium suum esse, quod tanquam publicum inuitus fortasse susceperit, aut saltem vt susciperet, cogi potuerit *leg. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior. leg. 3. §. vlt. infr. de testib.* Nam nec in causa sua & propter proprium compendium anceps periurium subire cogeretur, vt benè ratiocinatur Accursius ex *leg. iusiurandum & ad pecunias 34. in fine princip. supr. tit. prox. & leg. de die 8. §. penult. supr. qui satisd. cogant.* cùm anima hominis rebus omnibus sit præferenda *leg. sancimus nemini 21. C. de sacros. eccles.* Et generaliter iniquum semper est cogi quem de alieno facto iurare, adeo vt nec de facto defuncti iurare cogi possit heres quamuis defuncti personam repræsentet, quia ignorare

quia ignorare probabiliter potest contractum, & factum defuncti inquit Paul. *libr. 2. sentent. tit. 1. §. 4. iuncta l. vlt. Pro suo l. qui in alterius 42. de reg. iur. l. Marcellus 11. § pen. infr. rer. amot.* Nec ideo tamen verendum est, vt iacturam ex eo vllam pupillus incurrat, cùm nihil vetet etiam aliter quàm per iusiurandum æstimari rem pupilli, quomodo esset necessariò æstimanda si ex contractu stricto peteretur, nisi in casu *l. prox. infr. vers. planè.* Sed compendium & lucrum duntaxat amittit pupillus, quod acquireret si pro eo tutor iurare vellet: Quandoquidem per hoc iusiurandum æstimatur contumacia vltra verum rei precium *l. 1. supr.* eáque contumaciæ æstimatio tota in lucro & compendio est. Ideóque nimirum in hoc demùm iureiurando grauius periculum est ne periurium incurratur, quàm in decisorio, quod de rei veritate est, non de iurantis adfectione, cui cùm ex iuris necessitate legislator indulget, vt rei dolum & contumaciam puniat, multo magis credendum est indulturum sibi plus æquo actorem, cui in infinitum iurare permittitur, nisi propriæ conscientiæ testimonio ac pudore coerceatur. Nec remedij loco induci potest, vt taxetur certa quantitas intra quam iurari oporteat. Nam præter id, quod ius illud nouum & totum Tribonianeum est, vt iam diximus, & docebimus *ad §. iurare infr.* non ideo fit taxatio, vt sine periurij periculo ad eam vsq. quantitatē iurari omnimodo debeat, sed vti ne vltra quantitatem illam iurari possit, nec si re vera pluris intersit. Itaque intra taxatam quantitatem periurium incurri non minùs potest, quàm si taxata quantitas non esset. Imo tanto faciliùs quanto solet quisque auidiùs iurandi licentiam sibi sumere ad taxatam vsque quantitatem dum putat impunè hoc facere sibi per leges, & Deum licere, quod per iudicem licet. Proinde nec mirum est non cogi tutorem præstare pupillo authoritatem ad iurandum in litem, non magis quàm vt tutor ipse iuret, cùm ea quoque ratione anceps periurium æquè possit incurrere. Quæ omnia longè diuersa sunt in iureiurando decisorio, in quo de veritate rei iuratur, cuius si tutor conscius sit, nullum periculum est ancipitis periurij, propter quod iustè recusari iusiurandum à tutore possit, qui administrandarum rerum pupillarium ius habet si modò iusiurandum ei deferatur tanquam de re quam ipse certam habeat, & exploratam vt in *leg. quoties 21. §. si tutor supr. de noxal. act.* De qua tamen si dubitet, vt ancipitis periurij periculum vereri debeat, non tam præcisè iurare cogitur, quin referre etiam possit si malit, quemadmodum & ab initio deferre illud posset *leg. iusiurandum quod 17. §. si tutor. supr. tit. prox.* Quisquis enim deferre potest, idem multo magis audiendus est si referre velit, cùm faciat ex necessitate *d. leg. 34. §. datur autem & leg. manifestæ 38. eod. tit.* Nec ei quandoque imputare poterit pupillus si ex relatione victus sit, cur non potiùs tutor iurauerit, atque ita litis victoriam pupillo comparauerit, cùm non fuerit cogendus præcisè de alieno facto iurare *d. leg. Marcellus §. penult.* nec anceps periurium subire vt hic Vlpianus scribit. Idémque iuris est si pupillo delatum sit iusiurandum ea lege, vt tutore authore iuret, quomodo certè deferendum est, ne alioqui nimis stultè fecisse videatur, qui pupillo ad iurandum sine tutoris authoritate detulerit *d. leg. 34. §. pupillo supr. hoc tit.* cùm eo casu non minus ferendum sit à Prætore iusiurandum quàm si tutore authore aut à maiore præstitum esset *d. leg. qui iurasse 26. eod.* Vt scilicet hoc casu cogendus sit tutor, vel authoritatem pupillo præstare si facti veritatem perspectam habeat, aut ipse pupilli nomine iusiurandum referre, vel saltem pupillus ipse tutore authore vt in *d. leg. 17. §. pupillus supr. eod. tit. prox.* Cæterùm si neque authoritatem pupillo præstare, neque iusiurandum referre tutor cogeretur, nulla superesset ratio litis per iusiurandum finiendæ, essetque pupilli ætas, & quæ per ætatem contingit ignorantia captiosa esse ipsius aduersario, si fortè is aliam probandæ intentionis suæ rationem non haberet: quod tamen iniquum esset *leg. quod autem 7. §. si quid cum pupillo infr. quæ in fraud. credit.* vbi dicitur, quod alioqui mirum videri possit esse pupillum in hoc deterioris condicionis quàm sint cæteri creditores qui non aliter actione Pauliana, & interdicto fraudatorio tenentur, quàm si fraudem sciuerint, & participauerint. Neque tamen id mirum videri debet: esset enim multo iniquius, debitoribus licere cum pupillo contrahere, aut aliud negotium gerere in fraudem creditorum: Quemadmodum solemus dicere iniquum esse cogi eum, qui cum pupillo non contraxerit, expectare pupilli pubertatem *leg. 3. versic. Marcellus infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Iusiurandum verò in litem in eo non solùm minùs necessarium sed etiam minùs fauorabile est, quod non ad decidendam litem sed ad æstimandam eam pertinet, nec præstatur deferente aduersario, aut ad aliquam ipsius vtilitatem, sed in eius odium ad solam vtilitatem iurantis, vnde fit vt nec referri vnquam possit. Tanto iustius ergo videri debet quod Imperatores rescripserunt non esse cogendum tutorem, vt pupilli nomine inuitus iuret. In quolibet alio iureiurando aliud est *leg. 2. §. quod obseruari C. de iureiur. propt. cal. dand. §. 1. leg. properandum 13. §. vlt. C. de iudic.* Et ita benè Accursius.

b *Vel matrem pupilli admittendam.* RAT. DVB. Nullus adfectus vincit maternum, sicut nec paternum *leg. vlt. C. de curat. furios.* nisi maternus. Viscera enim materna nesciunt patientiam. Ergo quod indulgetur adfectioni tutoris adeoque curatoris, vt pro pupillo vel adolescente iurare in litem possint si velint quamuis non cogantur, vt Vlpianus subiicit in *versic. si tamen.* Cur matri pupilli denegabitur, quæ æstimationem rei pupillaris non minùs scire quàm tutor ipse potest si tantam adfectionem filio suo præstare velit vt iurare parata sit? Præsertim cùm etiam patri concedatur iurare pro filio in actione Rerum amotarum, si velit, tametsi non cogatur *d. l. Marcellus 11. § penult. infr. rer. amot.* DEC. Mater quæ tutrix non est, non habet legitimam personam iurandi pro filio, etiamsi maximè velit, adeóque nec standi in iudicio propter sexus verecundiam, & consilij infirmitatem *l. alienam 18. C. de procurat. l. 3. de regul. iur. l. 1. supr. de postul.* Merito igitur diui fratres rescripserunt non esse matrem admittendam ad iurandum pro pupillo etiamsi iurare parata sit. Minùs enim iuris habet quàm tutor qui legitimam personam gerit ad agenda ea omnia, quæ pupilli nomine siue in iudicio siue extra iudicium agenda sunt *leg. 1. & 2. C. qui legit. person. stand. in iudic. hab.* Ideóque cogitur tutorem petere pupillo filio *leg. matris pietas 6. C. qui pet. tutor leg. 2. infr. ad SC. Tertyll.* quòd non ita esset si posset illa tanquā mater omnia gerere pro tutore. Minus item, quàm pater

d. l. Marcellus § pen. non quia pater sit legitimus administrator filij, non etiam mater, nisi quæ tutrix est, [etsi enim verè hoc dicitur hodie post *l. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon quæ liber.* quibus primùm hoc ius legitimæ administrationis inductum est, non tamen conuenit Vlpiani temporibus, cùm patri tum sufficeret ius patris & incognitum esset in eius persona nomen legitimi administratoris] sed quia propter patriam potestatem censetur eadem esse patris & filij persona *l. in suis 11. de liber. & posthum. l. ne cum filiofamilias 16. inf. de furt.* quod de matre nemo vtique dixerit, qui nec matria potestas vlla est, nec habent fœminæ liberos in potestate *l. 4. § ad testamenta inf. de bon poss. contr. tab. l. mulierem 5. C. de adopt.* Ideo autem loquor de matre quæ tutrix nō est, quia si tutrix sit nihil causę est cur ei denegetur quod cęteris tutoribus permittitur, ideò quòd sit & mater. Ex quo apparet non esse bonam rationem quę adfertur ab Accursio propter quam non sit permittendum matri vt in litem iuret pro filio, quamuis impubere, quia, inquit, filium suum plus quàm se ipsam diligit, quasi ex ea causa credendum sit iuraturam illam in immensum. Quod si verè diceretur, nec illo casu permittendum ei esset iurare quo tutrix esset: nec enim qualitas illa superueniens naturam tollit aut destituit, sed supponit, vt de Dei. Opt. Max. gratia dicunt Theologi. In eóq. Accursius benè à Bartolo reprehensus est, illa etiā ratione quod cuilibet permittatur iurare in causa propria ad litem æstimandam *l. vulgo § l tutor 8 inf hoc tit.* cùm tamen maior nulli sit cuiuiquam adfectio erga alium quàm erga se ipsum, vera igitur ratio illa est quam attulimus, quòd mater quę tutrix non est, legitimam personam non habeat standi in iudicio pro filio. Nam quę à Bartolo ipso adfertur ex *d. l. vulgo* quòd non alius in litem iurare posit, quàm qui litis dominus est, quíque litem suo nomine contestatus fuerit, perinde matrem tutricem ab hoc iureiurando summoueret, atque si tutrix non esset, cùm non ob id quod tutrix est, fiat litis domina, eámve suo nomine contestari posit. Nec tamen mirandum est Vlpianum nostrum hîc non distinguere an mater tutrix sit necne, quia iure vetere non poterat mater tutrix esse liberorum, quòd virile id esset munus & officium vltra muliebrem sexum, nisi si quando ex rescripto Principis specialiter id cōcessum esset *l. vltim. infra de tutel. d. l. 3. de regul. iur. dict. l. alienam 18. Cod. de procurat.* Sed hodie tamen distinctio hæc necessaria est, postquàm placuit Iustiniano vt mater non solùm legitima tutrix filiorum esse posit, sed etiam vt cæteris tutoribus legitimis, si tutrix esse volet, præferenda sit *Nouell. 118. De hered. ab intest. venient. cap. 5. § ex his autem & tot. tit. Cod. quand. mulier tutel. offic. fung. pot.*

c *Curatores quoque pupilli vel adolescentis.* Rat. dub. & Decid. in curatoribus pupillorum eadem est quę in tutoribus. Quoties enim pupillo curator datur, quod non aliter faciendum est, quàm si iam tutorem habeat [nec enim habenti tutorem tutor dari potest *tot. tit. C in quib. cauf. tutor. hab.*] eadem ratio est curatoris, quæ tutoris, in cuius locum datur ac veluti substituitur cùm æquè detur personę *dict. l. à tutoribus 3. in princip. de admin. & peric. tutor.* quod in minoris curatore secus est, quia bonis tantùm datur non personæ, nec quicquam adolescentis nomine facere potest, nisi vt pro eo iudicium suscipiat *l. 2. infra De admin. tutor.* sed authoritatem tantùm ei præstare debet. Multo igitur minus cogendus est curator adolescentis, vt pro eo iuret, cùm adolescentis personam non repræsentet, quomodò tutor repræsentat personam pupilli, neque quod pro eo legitimam personam in iudicio standi habeat *d. l. 2.* facere debet, vt eo magis iurare cogendus sit. Nullum enim periculum est ancipitis periurij suscipiendo iudicium, quomodo esset iurando in litem ex adfectione adolescentis nomine, sicut in tutore proximè diximus. Planè si iurare velint, possunt, vt sequitur. Quòd si nolint, melior futura est condicio adolescentis quàm pupilli, quia potest adolescens iurare si velit, vt sequitur in hac lege, at pupillus non potest. Contentus ergo esse cogetur præsenti æstimatione taxanda ex communi hominum opinione: ideóque nec in totum damno adficietur, sed iustum precium pro formali accipiet, in quo nihil damni est, sed tantùm minùs lucri. Quanquam nec nouum est, vt pupillus sit deterioris condicionis ob hoc ipsum quod sit melioris, vt in *l. quod autem 6. § si quid cum pupillo infr. quæ in fraud. credit.*

d *Si tamen tantam adfectionem.* Rat. dub. Authoritas iuris non patitur, vt alius in litem iuret quàm qui dominus litis est, quíque litem suo nomine contestatus est *l. vulgo 5. infr. hoc tit.* Nam ad vtilitatem iurantis referri hoc iusiurandum debet, vtilitas autem tutoris vel curatoris nulla esse potest in lite, quæ vel pupilli est, vel adulti. Ergo quamuis tantam affectionem pupillo suo vel adolescenti tutores vel curatores præstare velint, vt pro iis in litem iurare parati sint, authoritas tamen iuris refragatur, ne hoc eis licēre debeat. Numquam enim adfectioni indulgendum est, cùm authoritas iuris refragatur *l. lex damni 40. infr. De damn. infect.* Nec est quod quis cum Accursio & Bartolo respondeat, tutorem domini loco habendum esse, cùm bene administrat ex *l. qui fundum 7. § si tutor infra pro empt. l. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt.* Etsi enim de tutore id verè dicitur, & de curatore pupilli qui tutoris loco est, vt proximè diximus, de curatore tamen adolescentis non similiter dici potest, cuius vtique non tanta est potestas quanta tutoris, & de quo nihil tale vsquam scriptum est, cùm tamen eadem ipsius ratio constituatur quæ tutoris in hac lege. Dec. Tam curatores quàm tutores personam habent legitimam standi in iudicio, nec minùs curatores minoris pro adulto quàm tutores pro pupillo *dict. l. 2. infr. de admin. tutor.* Ergo & ad facienda, si velint, omnia ea quæ in iudicio facienda sunt ad vtilitatem pupilli vel minoris, præsertim vt iudicio, quod ab ipsis acceptum est, finis imponatur. Quid enim magis agere bonus tutor vel curator debet, quàm vt pupilli sui vel minoris litem quàm citissimè finiat? *l. 1. Cod. de admin. tutor.* Et quid prodesset iudicium pro pupillo vel pro adulto accepisse si non ei finis quoque adhiberetur? *l. properandum 13 Cod. de iudic.* Atqui finis liti imponitur per iusiurandum in litem, non quasi ad decidendas lites comparatum sit, vt noster Accursius sentire videtur ex *l. 3. C. de reb. credit. & l. 1. sup. tit. prox.* quæ non de hoc iureiurando loquuntur, sed de decisorio, at potiùs quia liti & controuersiæ finis imponi non potest nisi per sententiam *l. 1. infr. de re iudic.* per absolutionem scilicet aut condemnationem, vt ea lex ait. Condemnatio autem fieri non potest, nisi in quam litis æstimatio deducatur, vt docuimus ad *l. 1. suprà.* Nec denique litis

æstimatio

æstimatio fieri nisi per hoc iusiurandum quoties ei locus est. Iuris ergo authoritas non refragatur quominùs possint & tutores & adolescentis curatores pro eo in litem iurare in consequentiam eius quod etiam inuiti suscipere iudicium compelluntur. Quãuis non ideo iurare inuicti cogantur, sed ita demum possint si tantam adfectionem præstare pupillo vel adulto velint. Ideóque nec ad suam vtilitatem iurant, sed ad vtilitatem pupilli vel adulti pro quo iurant vt de procuratoris stipulatione scriptum est *in l. pen. supr. si quis cautión.* quia nec tutorum vel curatorum vtilitas in eo vlla est, sed adfectio duntaxat. Datur enim iusiurandum huiusmodi ex adfectione quidem iurantis, sed ad vtilitatem agentis qui litis dominus est & cuius nomine facta fuit litis contestatio, quoties alius iurat quàm qui dominus litis est: quod tamen rarissimè contingit, & extra casum huius legis, fortasse numquam. Nec quod hoc iusiurandum adfectionis esse dicitur, facit, vt eo minùs dari ad vtilitatem debeat, cùm adfectionem iurantis non nudam esse oporteat sed iustam, vt de traditione scriptum est in *l. numquam nuda* 31. *De acquirend. rer. domin* id est ad eam vtilitatem consequendam quæ actori iure debeatur, qui inuitus re sua carere cogitur, ne se licet eam iusto precio vendere compellatur. Adfectio non potest nisi eius esse qui iurat, nec rursum vtilitas nisi eius cuius lis est, hoc est cuius nomine lis fuit contestata. Itaque iusiurandum tutoris vel curatoris non ita concipiendum est, vt iuret tutor vel curator pupillum, vel adultum suum nolle pro tanto carere re sua, vt malè putat Accursius [de sua enim adfectione non de aliena iurare quemque oportet] nec rursum quòd si ipse tutor esset eius condicionis, cuius est pupillus, & in loco pupilli, nollet illa re pro tanto carere, quomodo Bartolus loquitur, ex *l. continuus* 137. §. *cùm ita*, in illis verbis *quo plerique eius condicionis homines solent peruenire. infr. De verb. obligat* Nec denique, quomodo Zasius, tantum prodesse id pupillo potuisse idque se certo æstimare cùm pupilli facultates notas habeat. Purum enim non condicionale iusiurandum esse oportet, nec pupilli ætas & condicio spectanda est ad augendam æstimationem, sed sola rei contumacia contra quàm formula Bartoli innuere videatur; sicuti neque ineunda æstimatio est ex comparatione aliarum facultatum pupilli aut ex earum notitia, vt sensit Zasius, cùm æstimanda sit ea res sola quam reus per dolum aut contumaciam noluerit restituere, nec quod ampliores, aut minores alias facultates pupillus habeat, minuere vel augere æstimationem rei controuersæ debeo, sed omni casu contumacia rei æstimanda est vltra precium *d. l.* 1. *supr* Sic igitur concipiendum est, vt siue tutor pupilli siue curator minoris iuret simpliciter *tanti interesse pupilli vel adulti sui.* Ita enim fit, vt cùm tutor, vel curator ille sit, qui iurat nulla adfectionis pupilli vel minoris facta mentione non de alia adfectione, quàm de sua iurare videri possit, nec tamen de sua vtilitate sed pupilli vel adulti sui, cùm iuret pupilli vel adulti sui tanti interesse Quod quia sine ancipitis periurij periculo fieri non potest, hoc ipso satis monetur & coercetur tutor & curator ne pluris aut rem ipsam aut possessoris dolum vel contumaciam æstimet pro vtilitate pupilli, quàm si pro se ipso iuraret suámq; vtilitatem æstimaret.

e *Cuius nomine tutelæ ratio postulatur.* legendum omnino est *tutela ratione postulatur.* Non enim tractatur hîc de pupillo, qui rationem tutelæ à tutore suo exigat quod in ea ætate facere pupillus numquam potest *l. nisi finita* 4. *infr. De tutel. & ration. distrahen.* sed de tutore qui pupilli nomine, & tanquam tutor rem pupillarem ab iniusto possessore vindicet, aut etiam actione in personam persequatur, eóque per dolum vel contumaciam nolente reddere, ipsius rei æstimationem postulet. Accursius qui hoc benè vidit, interpretari cogitur, Rationem tutelæ, id est, inquit, *debitum occasione tutelæ quia tutor est,* sed parum feliciter. Postulat enim tutor æstimationem rei pupillaris non quasi debitam sed vt æstimet rem pupilli & contumaciam possessoris.

f *Adolescens verò si velit iurare potest.* RAT. DVB. Adolescens qui curatorem habet, æquiparatur pupillo, vt vulgo & interpretes & pragmatici nostri sentiunt ex *l. si curatorem habens* . *Codic. de in integr restit. minor.* Atqui pupillus iurare in litem nullomodo potest etiamsi velit maximè vt in huius legis initio scriptum est. Ergo nec adolescenti curatorem habenti permittendum est vt in litem iuret Tractari autem hîc de adolescente curatorem habente apparet non ex eo solùm quod proximè lex dixit de curatore adolescentis volente aut nolente iurare pro adolescente, sed ex eo quoque, quòd iusiurandum in litem conuentionale & extraiudiciale nullum est, sed illud tantum, quod ab ipso iudice & consequenter in iudicio defertur, vt dicemus in 9. *seq.* In iudicio autem stare adolescens sine curatore non potest *dict l.* 2. *De author. tutor. l. secunda*, *Cód. qui legit. person. stand. in iudic. hab. l. cùm & minores quart. Cod. si aduers rem iudic. leg. contra pupillum quinquagesim. quart. De re iudic.* DEC. Adolescens in ea ætate est vt omnia quæ agit, & agendorum causas possit intelligere, ideóque nec tutorem habere potest, nec curatore vllo inuitus indiget nisi ad lites exercendas. Extra quem casum nec inuito datur, sed tantùm petenti *paragraph item inuiti Institut. De curat.* Proinde nihil vetat eum iurare in litem, cùm peierare etiam possit & sciens fallere si velit, quod non æquè de pupillo dici potest *leg. qui iurasse vicesim. sext. supr. titul. proxim.* Nec quod curatorem habet, facere potest vt tanto minus vel ætatis vel iudicij habeat, pupillóque sit in omnibus & per omnia æquiparandus, vt malè nostri putant. Ideóque & sine curatore suo rectè obligatur *leg. puberes* 101. *De verbor. obligation.* cùm tamen pupillus obligari sine authoritate tutoris non possit *l. obligari* 9 *De author. tutor.* Qua ratione nec probare vnquam potui quod iisdem interpretibus & pragmaticis nostris placet, Constitutionem Friderici Imperatoris de qua in *Auth. sacramenta puberum Codic. si aduers. vendit.* in eo pubere non esse obseruandam, qui curatorem habeat, quasi iusiurandum eius propter curatorem non iam sit puberis sed impuberis. Quod certè perridiculum est. Alioquin si pubes qui sub administratore est, pupillo æquiparari debet, quidni damus ei quoque tutorem non curatorem? An non ista implicant contradictionem, vt quia pubes est non impubes curatorem accipere debeat nõ tutorem, & tamen statim atq; curatorẽ habet, hoc ipso pro impubere ac pupillo habendus sit, atque ita desinat quodammodo pubes esse. Fateor puberem qui curatorem habeat, non posse res suas alienare

sine authoritate curatoris non magis quàm si pupillus esset aut prodigus, cùm ea res pertineat ad bonorum administrationem, quæ tota consilio & authoritati curatoris commissa est, cuius datio alioquin vana & inutilis esse videretur. Quæ sententia & ratio est *d. l. si curatorem habens*, sed in cæteris quæ sunt extra causam administrationis, quale est vt minor se obliget per stipulationem, aut vt iuret, dico non magis impediri eum vt ista faciat etiamsi curatorē habeat, quàm vt possit testari, quod nec permittendum ei esset si pupillo in omnibus & per omnia æquiparandus esset, neque apertior aut accōmodatior alius in toto iure nostro locus quærendus est, quàm hic vt interpretum & pragmaticorum error ille præsertim quod ad puberum sacramenta pertinet, conuellatur, simile est quod Iustinianus scribit *in §. impuberes Institut. De suspect. tutor.* Impuberes non posse tutores suos suspectos facere, sed puberes posse curatores suos accusare, dum id faciant ex consilio necessariorum. Sanè ratio quam adfert Accursius, propter quam permittendum sit adolescenti iurare in litem quia, inquit, de suo cōmodo agitur, non potest esse bona cùm æquè pupillis ac minoribus condicionem suam meliorem facere liceat, nec possint minùs in eo esse fauorabiles quàm adulti *d. l. obligari 9 infr. De author. tut. l. Iulianus 13. §. antepen. infr De action. empt.* Illud benè Accursius docet, obligari minorem vt à iudice interrogatus iuret de veritate dicenda. Etsi enim locus hic nō est de iureiurando veritatis, sed adfectionis, vt docuimus, dubitari tamen non potest quin ei cui de adfectione quoque iurare permittitur, multo magis licere debeat de veritate iurare. Est enim veritatis habendæ fauor maximus semper, & præcipuus, *l 2. C. de edend. l. 31 Imperatores 29. §. 1. & pass. infr. De probat.*

1 ¶ Deferre autem iusiurandum iudicem oportet, ceterum si alius detulerit iusiurandum: vel non delato iuratum sit, nulla erit religio, nec vllum iusiurandum, & ita constitutionibus expressum est Imperatoris nostri, & Diui patris eius.

Ad §. 1. Deferre.

Rat. dvb. Iusiurandum de rei & negotij quod in litem deductum est, decisione interpositum maioris momēti est quàm iusiurandum in litem quod non interponitur nisi ad litem æstimandam. Plus enim est litem decidere quàm æstimare. Atqui iusiurandum illud decisorium de quo actum est titulo superiore deferri etiam ab aduersario potest adeòque extra iudicium *l. iusiurandum quod ex conuentione 17. in princip. & pass. supr. tit. prox.* Ergo & iusiurandum in litem poterit, ne cui liceat quod plus est, non liceat quod est minus, contra regulam *l. non debet cui 20. De reg. iur.* Et vero cùm volenti nulla fiat iniuria, *l. in diem 9. §. 1. De aqua & aqua pluu. arcend.* cur non licere debeat reo actorem testem in propria causa constituere ad æstimandam litem, quem posset etiam iudicem constituere ad eam quoque decidendam *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Denique an non esset commodius iudici eam sequi litis æstimationem quæ per iusiurandum actoris ex rei delatione facta esset *l. si conuenerit 26. infr. De re iudic.* Dec. Iusiurandum hoc in litem defertur ex mera ratione & necessitate iuris *l. vlt. infr. hoc tit.* quoniam iudex ad cuius solius officium pertinet vt litem æstimet, & ad eam litis æstimationem inuitum quoque reum cōdemnet, non aliter officio suo fungi potest, quàm si actori rem suam aut per vindicationem petenti, aut actione aliqua bonæ fidei ex contractu persequenti iusiurandum deferat, quanti æstimet quòd per dolum aut contumaciam possessoris inuitus re sua carere, eámq; certo precio vendere cogatur: quod sicuti facere ex officio suo iudex compellitur, adeòque, vt puto, etiam actore non petente [nec enim petendum est quod ex iuris necessitate omnimodo à iudice faciendum est, & multa sunt quæ iudex etiam inuitus nec requisitus facere cogitur, vt officio suo benè fungatur] ita nec curare debet aut expectare aduersarij delationem, nec pati vt ex ea delatione præstetur iusiurandum, quod inuito quoque deferente præstandum esset. Multo minùs actor iurare debet ex delatione aduersarij, nisi eo casu quo reus condicionem deferret, vt ad certam & taxatam quantitatem condemnaretur, si actor iurasset tanti sua interesse vt in *l. si quis cum debitore 39 sup. tit. prox.* nempe si non maiorem quantitatem iurare actor vellet. Hoc enim casu non cogeretur iurare, ne alioqui esset in potestate rei taxare quātitatem iurisiurandi, atque ita litem pro se contra actorem, id est, vice actoris contra se æstimare. Is iurisiurandi delatio à reo facta ad eam vsque quantitatem quam actor iurauerit, vt ponit Bartolus omnino vana & inutilis est. A iudice igitur ipso tantùm deferendum est hoc iusiurandum, idcóque iudiciale semper est nec vnquam extraiudiciale, quia finiri quidem controuersia potest etiam priùs quàm lis moueatur, scilicet si ab omni cōtrouersiæ metu vel per transactionem vel per iusiurandum discedatur *l. 1. C. de transact. l. 2. supr. tit. prox.* Sed item æstimari antequàm mota sit, aut ab alio quàm à iudice impossibile est, planè si conuenerit inter litigatores quanti lis æstimanda sit, non dubitabit iudex eam sequi conuentionem *d. l. si conuenerit* sed aliud est litem æstimari mutua conuentione litigantium, quod semper fieri potest, aliud verò æstimari inuito reo ab actore, quod non nisi in iudicio & deferente ipso iudice vnquam fieri debet, ne voluntas vnius ex litigatoribus authoritati iudicis anteposita videatur. Si quod soli iudici ex officij necessitate facere incūbit aduersario facere concedatur *arg l. 1. §. inde quæritur infr. De noui oper. nunciat.* Denique quid potest aduersarij delatio prodesse, qua cessante iudex æquè iusiurandum deferre possit, & debeat? In iureiurando decisorio aliud iuris est, quia nunquam à iudice defertur, sed semper à parte.

a *Vel non delato eo iuratum sit.* Rat. Dvb. Iusiurandum hoc in litem, non defertur nisi ex iuris necessitate, vt modò diximus, ex *leg. vltim. infr. hoc titul.* Ergo etiam non delatum præstandum est, & præstiti religio conseruari à Prætore debet, cùm non possit videri perperam factum, quod ex mera iuris ratione & necessitate factum est *l. si mu-*

l. si mulier 59 *§. ex asse in fi. infr. de iur. dot.* DEC. Solius iudicis est litem æstimare & officio eius hoc incumbit *Tit. Inst. de offi. iudic.* Ergo si quando æquum sit, & necessarium ab actore ipso litem æstimari, vt ipse iudicis quodammodo vice ac partibus fungatur, non ab alio quàm ab ipso iudice potestatem illam accipere & potest & debet. Quam porrò nec iudex nec ratio ipsa iuris passim indulget actori sed certis tantùm casibus & actionũ generibus, de quibus dicemus *ad l. seq.* Delatio igitur iudicis præcedere debet præstationem, causæ autem cognitio delationem: quod si factum non fuerit, meritò Vlpianus ait, nullam fore religionem, nullum iusiurandum, & ita expressam esse plerisque constitutionibus Imperatorum. Quid enim magis suspectum videri potest, quàm si quis vltro se ingerat, vt iudicem & testem se constituat in propria causa, & quod iudicis authoritate fieri debeat sibi velit adrogare? quod nec post latam à iudice sententiam facere vnquam licet *l. miles* 6. *§ qui iudicati infr. de re iudic. l. non est singulis* 186. *de regul. iur.* Quare nec facilè probare possum quod tradit Bartolus etiam notarium causæ quem pragmatici nostri grapharium appellant posse iusiurandum hoc deferre, dummodò, inquit, deferat mandante ipso iudice & præsente. Quasi, inquit, iudex hoc facere videatur *arg. l. falsus* 43. *§. si is qui infr. de furt. l. si procuratori præsentis* 79. *de verb. oblig.* Nam cùm expressim & specialiter mandatum sit Imperatorum constitutionibus, vt iudex ipse deferat, non potest nec debet alteri deferendum mandare ne rem sibi commissam negligere videatur *l. cùm hi* 8. *§ si Prætor & seq. sup. de transact. l. 1. de offic. eius cui mandat. est iurisdict.* non magis quàm notario committere, vt ipse iudicet inter litigatores & pronunciet. Huius siquidem iurisiurandi delatio quid aliud est, quàm sententia & pronunciatio iudicis, reum condemnantis quanti actor in litem iurauerit? *l. qui restituere* 68. *vers. si verò non potest & seq. supr. de rei vindic. l. si fundus* 16. *§. in vindicatione inf. de pignor* Fit enim hæc delatio semper & fieri debet per viam condemnationis, neque post hanc pronunciationem faciendum iudici quicquam superest. cùm taxatio condemnationis quæ facienda superest ab ipso actore facienda sit, non à iudice. Facta verò per actorem taxatione, ad iudicati executionem veniendum est, quæ porrò non ad cognitionem eiusdem iudicis pertinet qui iam iudicauit, & siue bene siue malè officio suo functus est *l. iudex posteaquàm* 55. *infr. de re iudicat.* sed ad magistratum qui iudicem dedit siue Prætor ille sit, siue alius, ad quem solum ex Diui Pij rescripto pertinet, vt iudicis à se dati sententiam exequatur *l. à Diuo Pio* 15. *eod.*

2 ¶Iurare autem in infinitum licet. Sed, an iudex modum iuriiurando statuere possit, vt intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione, in immensum iuretur, quæro? & quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum necne velit, constat. An igitur, qui possit iusiurandũ non deferre, idem possit & taxationem iuriiurando adiicere, quæritur? arbitrio tamen bonæ fidei iudicis etiam hoc congruit. Item videndum, an possit iudex, qui detulit iusiurandum non sequi id; sed vel prorsus absoluere, vel etiam minoris condemnare, quàm iuratum est. & magis est, vt ex magna causa, & postea repertis probationibus possit.

Ad §. 2. Iurare autem.

RAT. DVB. In rebus omnibus honestus modus seruandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda, inquit, *l. ex damni* 40. *in princip. infr. de damn. infect.* Atquin si actori iurare in infinitum liceat, quomodo Vlpianus hic loquitur, id est, sine vlla taxatione & præfinitione, vt idem Vlpianus explicat in *l. qui restituere* 68 *sup. de rei vindic.* valde verendum est ne is, cui tale iusiurandum defertur abutatur nimia illa licentia, indéque arrepta occasione iuret in immensum, atque ita facilè peieret, quod ferendum est, nec facilè quisquam in ancipitis periurij periculum coniiciendus *vers. graue enim sup. hac lege l. de die* 8. *§. pen supr. qui satisd. cogant.* Nemini ergo permittẽdum est, præsertim litigatori quem vesana & litigantibus omnibus insita vincendi libido facilè sit obcæcatura, vt iuret in infinitũ. Hæc enim sola certè ad hunc locum dubitandi ratio est, non quam nostri post Accursium & Bartolum adferre solent, quòd infinitas sit vitanda; non enim de infinitate illa tractamus, quæ à legibus nostris explosa est, non minùs quàm à natura ipsa. & philosophia *l. fideicommissa* 11. *§. si quis decem de legat.* 3 *l. vlt. C. de sacros. eccles.* sed de summa non definita nec taxata, vt iam explicauimus ad *l. 2. supr.* & quæ tamen definiri ac taxari per iusiurandum facilè possit non in infinitum crescere noua perpetuaq; numeri noui additione. Atque ita sensisse nõ modò Vlpianũ, sed etiam Tribonianũ cuius puto esse totum hunc § ab illis verbis *sed an iudex* vsque ad *§. vlt.* ex eo apparet quod sequitur in hoc § *periculũ esse* ne actor cui iurare in infinitum licet, inde arrepta occasione iuret in immẽsum, ita innuens plus esse & grauius si quis iuret in immensum quàm si in infinitum, quod falsò diceretur, si in infinitum philosophico sensu iurare permitteretur. Nihil enim est tam immẽsum, quod non paruum sit, si cum infinito illo conferatur, cúmque impossibile sit in infinitum eo sensu iurari, stultum certè est quærere an liceat iurare in infinitum, sed multo stultius si quis dicat licere: aut si quis respondeat cum Accursio infinitatẽ hanc euitari, quia taxatur summa à iudice. An enim summa illa taxari possit, siue ante delatum, siue post præstitum iusiurandum in litem alia quæstio est, quæ non impedit quominùs verum sit, quod Vlpianus generaliter & indistinctè scribit, iurare in infinitum licere, & in *dict. l. qui restituere fine vlla taxatione.* Ad quam legem æquè ridiculè Accursius respondet, & post eum cæteri, iusiurandum in litem eo loco non taxari à lege, sed taxandum esse à iudice. Quasi non de eo iureiurando ibi agatur quod deferatur à iudice, ac proinde quod non ab alio quàm ab ipso iudice taxari possit, adeóque quod in

condemnationem deducendum sit sine vlla taxatione. Et tamen in hac responsione quasi satisfacere possit interpretes omnes conquiescunt, nec mirum Quid enim aliud possint dicere, vt Vlpianum cum seipso concilient, si quod sequitur in hoc § totum Triboniani non est, vt & quod scriptum est in *d. l. qui restituere* sed Triboniani secum pugnantis? nam cùm in libro 36. Vlpiani ad Edictum ex quo libro hæc lex sumpta est, non probasset omnino quod Vlpianus scripserat iurare in infinitum licere, quasi absurdum id esset, ac euitandi huius absurdi gratiâ permisisset iudici non modò ante delationem iurisiurandi certum ei modum statuere, vt intra certam quantitatem iuretur, sed etiam post delatum præstitúmque iusiurandum, id non sequi, sed vel absoluere reum vel minoris cōdemnare, quamuis non nisi ex magna causa, vt loqui solet, repertisque posteà probationibus, idem ille cùm ad librum 51. Vlpiani ad Edictum peruenisset, in quo haud dubiè scripserat, Vlpianus ex omnium prudentum sententia, in rei vindicatione iurari in litem siue per dolum rei factum esset ne rem illam restituere posset quam dolo malo desiisset possidere, siue per eius contumaciam nolentis arbitrio iudicis parêre & rem quam penes se haberet restituere *l. 2. sup. hoc tit. l. eius rei 46. sup. de rei vindic* existimauit totam hanc Iurisprudentiam peruertendam, potiúsque adhibendam officio iudicis manum militarem quàm retinendam necessitatem iurandi in litem, contra eum qui rem habens possit inuitus quoque cogi ad eam restituendam, cùm ita fiat vt nec re sua carere inuitus dominus nec eam vendere compellatur. Quo ita constituto relinquitur necessariò, vt non alio igitur casu de iureiurando in litem tractari hodie possit, quàm quo reus à domino conuentus restituendi potestatem ideò non habeat, quòd eam sibi ipsi præripuerit faciendo dolo malo quominùs possit restituere, cùm tamen iurari olim posset illo etiam casu quo reus possessionem habebat *l. vlt. inf. de fideiuss.* Nam si nec possit restituere, nec dolo fecerit quominùs possit non pluris quàm quanti res est, id est, quanti aduersarij interfuit condemnandus est, vt eadem lex habet. Atqui eo casu quo possessoris dolo malo factum sit quominùs restituere possit, quis non æquum putet cum ipso etiam Triboniano, vt is damnetur quanti actor in litem sine vlla taxatione in infinitum iurauerit. Quomodo autem id verum esset, si vel ante delatum, vel post præstitum iusiurandum taxare certam quantitatem iudici liceret? Alterutrum igitur hodie euenire necesse est, vt vel de in litem iurando quærere nunquam oporteat, vel de taxando iureiurando numquam tractare. Et certè videtur Iustinianus ea lege sustulisse iusiurandum quod deferebatur olim ratione contumaciç quæ committebatur nolente reo parêre arbitrio iudicis, iusiurandum autem cui dolus possessoris absque contumacia locum faciat, retinuisse. Olim namque deferebatur aut propter contumaciam quæ nunquam est sine dolo aut propter dolum sine contumacia *l. 2.* vbi diximus *sup.* Ex his verò duobus Tribonianismis licèt ambobus cum iuris ratione pugnantibus, si quis me interroget quem amplecti hac parte malim, eligam libentiùs posteriorem, non ob id solùm quod cùm Tribonianea omnia pro Iustiniani legibus accipienda sint, constat posteriores leges & constitutiones Principum anterioribus esse potiores *l. vltim. supr. de constit. Princip.* sed etiam quia si necessitatem illam inducendæ manus militaris, demas, quam abhorreo, & mecum tota Iurisprudentia longè conuenientior est rationi iuris, quæ non magis patitur vt iuraturo in litem taxetur à iudice certa quantitas, intra quam quasi intra cancellos quosdam eam iurandi licentiam & libertatem coërceat, quàm vt homini rem suam siue sponte siue ingratis vendituro precium certum statuat quod ille non possit excedere: quod & absurdum & iniquum esset. Hominum enim siue in testando, siue in contrahendo voluntates audire iudices debent, adeóque Imperatores non iubere, vt habet *l. omnium 19. Cod. de testam. l. si filiusfamilias 25. §. maritum inf. solut. matr. l. non enim 9. Rer. amot. & l. tuto 8. hoc tit.* Eidémque proinde Triboniano adscribo quod de taxanda iurisiurandi quantitate scriptum est in *l. prox seq. in l. arbitrio 18. §. 1. de dolo & in l. 2. § præterea sup. Ad exhib.* Nec sanè quisquam dubitabit qui manum Triboniani nouerit, quin eius sit tota illa quæstio proposita his verbis *sed an iudex modum iuriiurando statuere possit, vt intra certam quantitatem iuretur ne arrepta occasione in immensum iuretur quæro.* Vbinam enim gentium sic vnquam Vlpianus noster quæstionem concepit? Aut an fortè Vlpianus ignorabat quod Tribonianus certè ignorauit aliud esse iurare in infinitum, aliud verò iurare in immensum & de periurio eius qui in litem iurauerit quæri posse si in immensum iurasse proponatur? Aut cur non eadem quæstio proposita est in *d. l. qui restituere* vbi & in infinitum & sine vlla iudicis taxatione iuratur? Quod autem sequitur, *Et quidem in arbitrio esse iudicis deferre iusiurandum necne constat* [vbi debuerat scribi *deferat necne* non *deferre necne.* Dictio enim *necne* respondet interrogationi conceptæ per *an* non adfirmationi factæ per verbum infinitiui modi] an non euidenter falsum est? siquidem hoc iusiurandum ex mera iuris non tantùm ratione, sed etiam necessitate præstatur vt toties diximus ex *l. vlt. infr. hoc tit.* Necessitas autem iuris non est posita in arbitrio iudicantis *l. 1. § 2. infr. ad SC. Turpill. l. ordine 15. infr. Ad municip. l. non quicquid 40 supr. de iudic.* præsertim cùm iudex pedaneus omninò adstrictus sit formulæ Prætoris quæ deferendi iurisiurādi necessitatem ei semper iniungit, *si paret rem petitoris esse nec arbitrio iudicis restituetur dolo malo aut per contumaciam possessoris.* Aut detracta arbitrij mentione si non arbitraria actione, sed ex contractu aliquo bonæ fidei actor rem suam persequatur. Neque verò dubitandum est iniustè facere iudicem si iusiurandum in litem deneget petenti actori, eo casu quo æquum sit ab actore ipso non à iudice litem æstimati: & ab ea iudicis siue interlocutione siue denegatione actorem appellare meritò posse: sicut è contrario non est in potestate iudicis vt iusiurandum in litem deferat actori qui non rem suam petat sed sibi debitam duntaxat actione stricti iuris, aut contra eum qui non in dolo, sed tantùm in culpa leui esse probetur, vt in fine huius legis scriptum est. Hoc autem errore supposito, vt in iudicis arbitrio sit an deferat actori iusiurandum in litem necne, pergit Tribonianus eandem quæstionem iam propositam insulsè repetere his verbis, *An igitur qui possit iusiurandum non deferre idem possit & taxationem iuriiurando dicere quæritur.* Et respondet æquè subtiliter si diis placet, *Arbitrio sanè iudicis bonæ fidei & hoc congruit.* Adeò fuit ei familiare quod & pragmaticis nostris, vt arbitraria faciat omnia etiam ea quæ ex mera iuris ratione, & necessitate pendent contra *d. l. 1. ad SC. Turpill. & d. l. or-*

dine

dine 55. infr. ad municip. Sed cur addidit *bonæ fidei?* An fortè quia in solis iudiciis bonæ fidei iuretur in litem? Atqui hoc quoque falsum est, nam in arbitrariis maximè ac potissimum iuratur per quas dominus rem suam, aut quasi suam petat: neque tamen de iudice bonæ fidei tractari in iis quicquam potest, vt nec ferè de bona fide, sed tantùm de condemnatione ex bono & æquo concipienda *§. præterea Instit. de action.* quod longè diuersum est, scio in bonæ fidei iudiciis multa è contrario fieri posse arbitrio iudicis, vt in *l. 1. in prin. de vsur.* Sed non perinde istâ conueniuntur, vt in arbitrariis iudiciis aliquid dici possit fieri arbitrio iudicis bonæ fidei. Inepta igitur est hæc responsio. Et verò sicut arbitrio iudicis bonæ fidei congruit vt deferat iusiurandum actori rem suam ex bonæ fidei contractu persequenti, non vt deferat *l prox. infr. hoc tit. l. 3 § in hac commod. l. 1. §. in depositi & l. ei apud quem 5. infr. depos.* vt & ei congruit vt iusiurandum quod ex iuris ratione deferre actori debuit, non taxet nec restringat, ne prohibeat eum iure suo vti & iurare in infinitum, quod ei licet, sicut enim iuris executio non habet iniuriam *l. iniuriarum 13. §. 1. infr. de iniur.* Ita iniuria est si quis iure suo vti prohibeatur: quod tamen fieri necesse est si precium rei quæ ad actorem pertinet non possit actor dicere nisi quale quantùmque iudex statuerit, nisi fortè putamus, quemadmodum duo sunt quæ per iusiurandum æstimantur, petita res quæ actoris est, & possessoris contumacia vltra rei precium *l. 1. sup.* Ita diuidendum esse actoris iusiurandum, vt quod ad rei quidem precium attinet non taxetur quantitas à iudice intra quam iuretur, sed taxetur tamen quantum ad pœnam contumaciæ, quod certè magis ridiculum fuerit, non enim duplex iusiurandum præstatur vnum de re, alterum de contumacia, aut vnum quidem iusiurandum sed habens duas partes, & diuisas summas, vnicum enim est, & indiuiduum, vnáque summa eáque indiuidua concludendum, quod proinde taxari à iudice non potest prætextu contumaciæ, quin taxetur etiam ratione precij, quod actor rei suæ dixerit, solùsque dicere potuerit. Meritò autem contumaciæ quoque pœna æstimanda actoris arbitrio committitur, quia per eam contumaciam solus actor offenditur, non etiam authoritas iudicis, cuius arbitrium nec sententia est, nec pro sententia habendum, sed pro arbitrio potiùs viri boni accipiendum, vt docuimus cùm de actionibus arbitrariis tractauimus in *Chiliade nostra de error. pragmat.* Subiicit Tribonianus aliam quæstionem non inelegantiorem in hæc verba, *Item videndum an possit iudex qui detulit iusiurandum non sequi id, sed vel prorsus absoluere vel etiam minoris condemnare quàm iuratum est.* Quis verò hanc quæstionem ferat? Aut quis etiam responsionem quæ sequitur his verbis, *Et magis est vt ex magna causa, & postea repertis probationibus possit?* Itáne igitur licebit iudicij illudere actori, & quem sua sententia induxerit ad ancipitis periurij periurium subeundum, eius religionem posteaquàm iurauit quasi peierauerit, contemnere? An fortè id fieri potest citra periurij non dicam suspicionem sed probationem apertissimam & exprobrationem? Nam quod Bartolus ait reum hoc casu redargui non de periurio sed de nimia & inordinata adfectione, quid aliud obsecro est quàm fateri hoc casu reum argui de periurio ob inordinatam illam adfectionem? Tum verò quid si velis iudex reum omnino absoluere? Nam & hoc æquè tam facere potest si Triboniano credimus quàm minoris eum condemnare? An non hoc casu euidens iurantis periurium est? Cúmque sit verissimum quod ad finem præcedentis §. ostendimus, iusiurandum in litem non deferri à iudice, nisi per sententiam ipsam quâ condemnetur reus in tantam quantitatem, quantam actor in litem iurauerit, quis patiatur iudicem eundem qui lata sententia iudex esse desierit, tanquam qui officio suo siue benè siue malè functus sit, *l. iudex posteaquàm 55. de re iudic.* suam ipsius retractare sententiam, & eum ipsum reum quem iam condemnauerit absoluere, aut etiam in minorem quàm prius condemnauerit, quantitatem condemnare? Finge causam quantumuis magnam posteà interuenisse repertásque probationes ex quibus clarissimè appareat condemnari reum nullomodo debuisse quanti actor in litem iurasset, dico necessarium tamen esse appellationis auxilium vt quod malè ac perperam iudicatum est, in melius reformetur *l. 1. infr. de appellat.* Nempe si iudex inferior sit à quo appellari superior possit, nam si ponas ita iudicatum esse à supremo magistratu à quo appellare non licet, erit similiter necessarium auxilium supplicationis ciuilis, vt vocant, cui tum maximè locus est cùm noua proferuntur instrumenta quæ in priore iudicio visa non sint, vt diximus ad *l. admonendi . sup. tit. prox.* & quæ si visa fuissent, absolui reus debuisset, nec simile est quod apud Accursium adfert Azo ex *l. eo tempore 50. infr. de pecul.* Ibi enim nulla sententia præcesserat, adeóque nec missio in possessionem in pœnam latitantis, nec quod Accursius quasi cum hac lege concordans ex *l. sancimus 15. C. de iudic.* Nam neque in ea specie sententia vlla præcesserat neque de retractando per iudicem sacramento ab actore præstito ibi agitur, sed de taxanda per iudicem & definienda quantitate earum impensarum quas actor propter contumaciam rei à se factas iurauerit non quarum æstimationem & taxationem iurisiurando ipsius iudex prius commiserit. Quòd si velis eam legem de iureiurando intelligere per quod taxata sit etiam quantitas expensarum, dicam esse in hoc correctam eam legem per Iustiniani *Nouell. 82. de iudicib. cap. 10. §. Oportet autem* vnde sumpta est *Auth. post iusiurandum C. de iudic.* vbi expressim constitutum est, vt si iudex de expensis litis iusiurandum detulerit victori; deinde victor iurauerit, non licere iudici minùs, quàm iuratum est, condemnare, addita etiam optima ratione, *neque videri clementiorem lege qua hoc disponit.* An non enim lege clementior videri vult iudex qui iusiurandum aut iam delatum, aut quod plus est, iam præstitum refrænare vult per taxationem vt idem Tribonianus sub Pauli nomine loquitur in *d. l. arbitrio de dolo* Illo etiam casu quo lex permittit actori, vt in infinitum & sine vlla taxatione iuret? An non verò etiam prudentior lege vult hic videri? Et prudentior item Prætore qui dictando formulam vindicationis aut etiam iudicij bonæ fidei per quod dominus rem suam persequatur iniungit iudici necessitatem condemnandi reum quanti actor in litem iurauerit; nulla refrænandi iurisiurandi data potestate ac ne quidem facta mentione? Etsi verò distinguendum non est an delatum sit duntaxat iusiurandum, an verò etiam præstitum, quandoquidem per sententiam quæ iusiurandum defert iudex officio suo functus intelligitur non expectata præstatione, multo tamen absurdius, & iniquius est retractari præstationem iurisiurandi, quàm delatio-

nem solàm. Retractatiò enim iurisiurandi præstiti accusationem periurij continet non etiam retractatio delationis, & idcirco à iurisiurandi delatione appellari potest re integra, sed à iureiurando præstito non potest, quia nec patitur præstatio, vt res integra videri possit *l. generaliter 12. §. sin autem is cui & seq. C. de reb. credit. iunct. l. si quis iusiurandum 11. ibi necdum eo præstito eod. tit.* Quamquam si aliud in iureiurando pro impensis litis præstito constitutum esset, non tamen id ius trahendum esset ad iusiurandum in litem, quod, vt dixi, defertur per sententiam condemnatoriam ac diffinitiuam & ad æstimandam rem iurantis qui ex domino sit venditor, quod ab alio quàm domino ipsò fieri, vt diximus, numquam potest, sed ad aliud si quod est simile iusiurandum quod ideò tantùm interponatur, vt res aliqua dubia fiat certa si Accursio credimus petenti exemplum ex *l. si quando 9. C. vnde vi.* In qua tamen specie admittit non posse retractari iusiurandum à iudice postquàm ex delatione iudicis fuit præstitum ab actore ex *d. Nouell. 82. §. oportet autem.* Et hoc quidem rectè, sed quod aliud esse vult in iureiurando in litem, quia de affectione tantùm sit, probari nullomodo potest, cùm maior ratio locum habeat in hoc iureiurando quemadmodum ostendimus, quàm in alio quolibet, magnúsque & Accursij & cæterorum interpretum ferè omnium error ille est, quod putant in eo tantùm de adfectione iurati, nam imò verò de rei quæ per iusiurandum venditur precio iuratur, quamuis ita vt adfectioni iurantis aliquid indulgeatur, ne & rem suam cogatur iusto precio vendere, & possessoris dolus remaneat impunitus. Valde autem suauis noster est Accursius qui quod hîc à Triboniano scriptum est, retractari ex magna causa repertísque probationibus posse iusiurandum in litem præstitum, sic accipi debere ait, nisi sit secuta sententia diffinitiua de re restituenda. Tunc enim sicut, inquit, sententia iudicis non retractaretur *l. Imperatores 35. l. Paulus 42. infr. de re iudic.* ita neque iusiurandum. Quasi verò in actionibus in rem per quas rem suam quis petit, & in quibus maximè iuratur in litem arbitrium de re restituenda, sequatur sententiam diffinitiuam, ac non potiùs necessariò antecedat, & quasi non sit diffinitiua sententia illa per quam defertur iusiurandum in litem iure condemnationis, vt ostendimus. Cùm ergo admittat Accursius, quod nos volumus & verissimum est sententiam diffinitiuam retractari ab eodem iudice non posse, consequens omnino est, vt nec delatio iurisiurandi retractari possit, quæ fit ob rem non restitutam, & de qua proinde restituenda nihil ampliùs quæri & tractari oporteat, postquàm delatum & præstitum est iusiurandum, cùm exinde habeatur non tantùm pro vendita, sed etiam pro tradita si modò præsens fuerit *d. l. eius rei 46. & seq. supr. de rei vindic.* Quod verò addit Accursius, in rei vindicatione ita demùm iurare actorem posse, si reus dolo malo desierit possidere, verissimum quidem est ex *d. l. qui restituere & d. l. arbitrio 18. § 1. de dolo,* sed non etiam illud quod subiicit *vel si actor non vult rem auferri manu militari, sed quanti in litem iurauerit mauult damnari reum.* Non enim ex voluntate actoris pendet an iurari in litem oporteat, sed ex mera iuris necessitate *d. l. vlt. infr.* Cui porrò nullus locus est, quoties manu militari possessio rei petitæ auferri possessori potest. Potest autem officio iudicis etiam actore non requirente, si victus possessor potestatem habeat rei restituendæ, idque ita fieri putauit Tribonianus, cùm veterem illam iurisprudentiam totam conturbauit, interesse non tantùm actoris, sed etiam reipublicę adeóque iudicis, vt eius arbitrio pareatur & vincat authoritas iudicis contumaciam possessoris, & certè valde suspecta esset postulatio & religio actoris qui mallet vltro deferri sibi iusiurandum in litem, atque ita anceps periurij periculum subire quàm solo iudicis officio implorato rem suam manu militari recipere. Iunge quæ de hoc § scripsimus *lib. Coniect. cap. & decad. de error. pragmat. &c.*

4 ¶ Ex culpa autem non esse iusiurandum deferendum, constat: sed æstimationem à iudice faciendam.

Ad §. vlt. Ex culpa.

Hunc §. iam explicauimus ad *l. 2. §. 1. sup.* vnde petendæ sunt rationes dubitandi & decidendi ad hunc locum. Est enim vterque locus de culpa leui & leuissima intelligendus, non de lata propter quam sanè non minus quàm propter dolum iurari potest in litem ex *l. 1. C. hoc tit.* vt contra Accursium, Bartolum, aliósque interpretes dicemus etiam ad *l. seq. versic. sed in his omnibus.*

5. MARCIANVS libro 4. Regularum.

IN actionibus in rem, & in ad exhibendum [a], & in bonæ fidei iudiciis [b] in litem iuratur. Sed iudex potest præfinire certam summam [c] vsque ad quam iuretur: licuit enim ei à principio nec deferre. Item & si iuratũ fuerit, licet iudici vel absoluere, vel minoris condemnare. Sed in his omnibus [d] ob dolum solum in litem iuratur: non etiam ob culpam. hæc enim iudex æstimat. Planè interdum & in actione stricti iudicij [e] in litem iurandum est: veluti si promissor Stichi moram fecerit & Stichus decesserit: quia iudex æstimare, sine delatione iurisiurandi, non potest rem, quæ non extat.

Ad l.

Ad l. In actionibus 5.

RAT. DVB. Actio hypothecaria & qualibet siue pignoris, siue hypothecæ persecutio in rem est *l. pignoris 17. infr. de pignor. l. pignoris 15. C. eod.* Atqui in actione hypothecaria si iuris rationem inspicimus, non iuratur in litem, sed lis æstimatur officio solo iudicis, & quidem aliter contra debitorem ipsum si pignus possideat, aliter verò contra extraneum possessorem, vt disertè scriptum est in *l. si inter 21 §. vlt. inf. de pignor.* quia per hypothecariam actor nunquam petit rem suam, sed alienam sibi obligatam, cùm rei propriæ pignus non possit consistere *l. neque pignus 45. de regul. iur.* ideóque cessat ratio illa iuris & æquitatis, quæ iusiurandum hoc induxit, & de qua diximus ad *l. 1. & 2. sup.* Ne scilicet alioqui per dolum aut contumaciam possessoris eueniat, vt inuitus dominus rem suam iusto precio vendere cogatur, quod esset iniquissimum *l. tutor 8. infr. l. si filiusfamilias 25. § maritum solut. matrim. l. non enim 9. Rer. amot. l. nec quasi 70. supr. de rei vindic.* Nam quod contra scriptum est, in *l. si fundus 16. §. in vindicatione infr. de pign.* Triboniani procul dubio est non Marciani, vt latè probauimus *lib. 16. Coniect. cap 15. & in Error. 9 & 10. decad. 92 de error. pragmat.* vnde peti volumus quæ alioquin ad hanc legem tradenda essent. Ergo non in omnibus in rem actionibus iuratur in litem. DEC. Actionem in rem cùm simpliciter dicunt prudentes nostri, eam intelligunt per quam dominium vindicatur, & sicuti ex pluribus variis causis dominium acquiri potest, cùm plures variæque sint causæ dominij acquirendi *tot. tit. Instit. de rer. diuis. & de acquir. rer. domin. infr.* & apud Vlpianum in Fragmentis *Tit. 19. de acquisit. rer.* Ita & actiones in rem in plurali quoque numero dicunt Iureconsulti pro vindicationibus dominij, & quamuis hypothecaria quoque sit actio in rem, vt diximus, non tamen eam facilè comprehendunt sub generali nomine actionum in rem, quia non de dominio in ea quæritur, sed tantùm de pignore cuius causa nihil habet commune cum intentione dominij *l. 1. §. cùm prædium l. 3. inf. de pignor.* sicut nec continetur hypothecaria *petitionis nomine* quo nihil nisi actio in rem propriè significatur *l. actionum 25. l. actio. in personam 28. infr. de oblig. & action. l. pecuniæ 178. §. actionis de verb. signific.* quod & Bartolus hîc fateri cogitur, malens tamen locum hunc intelligere impropriè nimísque generaliter de omnibus actionibus in rem, vt inde occasionem errandi arripiat, & defendendi in omnibus omnino actionibus in rem etiam quæ impropriè sic dicantur, iurari in litem posse. Quod ergo hîc scriptum est, ex Marciano in actionibus in rem iurari in litem ad vindicationes dominij restringendum est, id est, ad actionem directam & ciuilem, per quam dominus rem suam petit, & vindicat, & ad Publicianam quæ vindicatio vtilis & prætoria est, in ea námque sicut & in directa rei vindicatione de dominio tantùm agitur *§. namque Instit. de action.* ideóque nec mirum est in ea similiter iurari in litem, cùm omnia quæ de vindicatione directa dicuntur, ad Publicianam quoque trahi debeant, quoniam ad instar proprietatis respicit, *l. sed etsi 7. ad l. l. cum qui 9. Publiciana & §. in Publiciana sup de Public. in rem act.* Nec proinde ex hoc Marciani loco moueri debuit Tribonianus primùm & post eum Accursius, vt in hypothecaria quoque & siue Seruiana siue quasi Seruiana iurari in litem posse crederent, cùm etiam extra hypothecariam in pluribus aliis in rem actionibus verificari pluralis illa locutio possit, quandoquidem pluralis numerus duali contentus est apud Latinos *l. vbi numerus 12. infr. de testib.* Nec minùs in hac lege quàm in *d. §. in vindicatione*, vbi Tribonianus constituens inuita iurisprudentia, vt in hypothecaria quoque iuretur, addit sententiæ suæ confirmandæ gratia *sicut in cæteris in rem actionibus.* In aliis ergo quàm in hypothecaria, apparet verò ex iis verbis Tribonianum non tam consultò hoc ius induxisse vt in hypothecaria iuretur in litem, quàm ex mera iuris inscitia & ignorantia, cùm eam rationem iuris quæ hoc iusiurandum in litem induxit, non intelligeret, locúmque hunc Marciani generalius, quàm par esset, de omnibus in rem actionibus sumendum putaret, quasi indefinita locutio æquipolleret vniuersali, nec restringenda esset ad terminos habiles, ad quos tamen etiam vniuersalis restringi deberet *l. tutor 35. §. 1. supr. tit. prox. l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron.* Præter id quod debuerat Tribonianus videre longè aliam Vlpiani sententiam & distinctionem in *d. l. si inter 21. §. vltim. eod. tit. de pign.* ad quem locum nihil sanè habent interpretes, quod pro se vel pro Triboniano respondeant, vt ex Accursij glossis videre licet.

a *Et in ad exhibendum.* RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad *l. 2 supr.* vbi de actione ista ad exhibendum iam multa scripsimus, & quantum satis est, quod ad hunc tractatum pertinet. Ex eo autem quod vident interpretes tam in actionibus in rem, quæ omnes arbitrariæ sunt, quàm in actione ad exhibendum, quæ licèt sit personalis, tamen arbitraria quoque est in litem iurari *l. 3. §. præterea & seq. supr. Ad exhib. iunct. § præterea Instit. de action.* Inferunt statim nostri post Accurs. & Bart. In actionibus ergo arbitrariis omnibus iurari in litem: quod certè falsum est cùm, vt iam diximus, non iuretur in Seruiana & quasi Seruiana, quæ tamen arbitrariæ sunt, nec in aliis quàm plurimis de quibus tam fusè scripsimus in vltima parte *Chiliadis nostræ de error. pragmat.* sed in iis tantùm per quas actor suum petat, vel quasi suum, vt Publiciana quoque comprehendatur, neque verò contrà scriptum est in *d. §. præterea*, sed pro nostræ potiùs sententiæ confirmatione, in omnibus arbitrariis actionibus permitti iudici ex bono & æquo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Vt intelligamus cùm de lite in arbitrariis actionibus æstimanda tractatur, distinguendam esse cuiusque rei de qua actum est, naturam, vt in quibusdam iudex litem æstimet quanti actor in litem iurauerit; quoties scilicet alioquin eueniret dolo possessoris, vt inuitus dominus re sua carere, eámque vendere cogeretur, in aliis verò aliter æstimato per iudicem ipsum quanti re vera interest actoris, aut etiam irrogata pœna quadrupli, vt in actione quod metus causa vel alia pœna ex Prætoris edicto infligenda, sed neque in actione ipsa ad exhibendum, de qua nominatim hîc agitur generaliter in litem iurari putandum est, sed in ea tantùm quæ vindicationis præparatoria est, & quæ à rei exhibendæ domino proponitur cui si res non exhibeatur, perinde futurum sit, vt re sua carere inuitus eámque vendere compellatur, acsi iam exhibitam vindicasset, nec eam possessor restituere per dolum suum & contumaciam vellet, cùm per denegationem exhibitionis vindicatio inhibeatur, vt ostendimus ad *d. l. 2. supr.* sic dicimus in bonæ fidei

iudiciis indistinctè iurari in litem, vt sequitur in hac lege, & tamen fatentur ferè omnes, quod & verissimum est, in actione ex empto non iurari in litem, ex *l.1. infr. de act. empt. l. si traditio 4. C. eod.* Nempe quia per hanc actionem emptor non rem suam petit, sed alienam, vt mox dicemus. Cætera quæ hîc tractat Bartolus de actionibus arbitrariis, ad hunc locum non pertinent, & à nobis tam fusè tractata sunt in Chiliade, vt nihil addi possit.

b *Et in bonæ fidei iudiciis.* RAT. DVB. In bonæ fidei iudiciis etiamsi competant ad rem actoris persequendam, nemo tamen rem suam petit quasi suã: quod non fit nisi per actiones in rem de quibus iam diximus, sed quasi debitam ex contractu, vt cernere est in actionibus depositi, commodati, pignoratitia, locati, & aliis similibus. Ergo non debuerunt bonę fidei iudicia hac parte distingui à strictis, nam & ex strictis perinde actor persequitur rem sibi debitam ex contractu, nec tamen in iis iuratur in litem nisi in casu §. *planè infr. hac lege iunct. l. sequen.* Sed & certum est in actione ex empto non iurari in litem *l.1. infr. de action. empt. l. si traditio 4. Cod. eod. l. si cùm fundum 68. §. vlt. infr de contr. empt.* De qua tamen nemo dubitat quin sit bonæ fidei §. *actionum Instit. de action. l. ex empto 11. §. vlt. infr. de action. empt.* Non igitur verum est quod hîc Marcianus indistinctè ac generaliter scribit, in bonæ fidei iudiciis in litem iurari. DEC. Iusiurandum in litem ideò comparatum est, ne sit in potestate dolosi cuiusque & contumacis per rapinam dominum cogere, vt inuitus rem suam vendat, eáque careat. Quod quoniam si iusto precio fieret, iniuriam dominus pateretur, æquissimum sanè fuit permitti domino, vt rei suæ precium etiam iniustum & immodicum dum ne immensum constitueret, cùm non alterius quàm domini arbitrio precium cuiusque rei statui possit ac debeat *l. tutor 8. infr. d. l. nec quasi 70. supr. de rei vindic. l. si filiusfamilias 25. §. maritum supr. solut. matr. l. non enim 9. inf. Rer. amot.* Atqui in actionibus bonæ fidei per quas dominus rem suam persequitur licèt in personam non in rem ipsam perinde accidit, vt per dolum & contumaciam rei conuenti nolentis rem restituere cogatur dominus inuitus rem suam vendere, atque in eam quasi suam vindicare ac petere maluisset per arbitrariã in rem actionem. Nec enim existimandum est ei qui deposuit rem suam vel commodauit, vel locauit, vel dedit pignori superesse tanquam domino rei vindicationem postquàm litis æstimationem à depositario vel commodatario, vel conductore, vel creditore ex his bonæ fidei iudiciis fuerit consecutus. Litis enim æstimatio in his quoque casibus, vt in cæteris omnibus pro emptione & venditione est, *l.1. l.3. infr. Pro emptor.* Neque hac parte quicquam interest inter actiones bonæ fidei, & arbitrarias, per quas actor rem suam & quasi suam petit, nisi quod in arbitrariis arbitrium iudicis de re restituenda præcedit condemnationem, quanti actor in litem iurauerit, vt ex arbitrio possit sequi contumacia possessoris nolentis ei parêre, & ex contumacia possessoris delatio iurisiurandi per viam diffinitiuæ sententiæ, & condemnationis, vt toties diximus ex *l. qui restituere 68. supr de rei vindic. L. vlt. infr. de fideiuss.* At in iudiciis bonæ fidei nullum iudicis arbitrium præcedit de re restituenda, quia nec necesse est, cùm ratio bonæ fidei, quæ in his iudiciis maximè dominatur §. *in bona fidei Instit. de action.* non solùm arbitrij vim & potestatem habeat sed etiam longè maiorem quod ad præstationes accessionum pertinet, ita vt qui actionem bonæ fidei habet, frustra sit requisiturus arbitrariam *l. in bonæ fidei 7. infrà de eo quod cert. loc.* sicut & is qui directam & ciuilem habet frustra requirat vtilem & honorariam *l. 1. supra de Public. in rem act.* Ergo in actionibus quoque bonæ fidei perinde atque in arbitrariis iurari in litem potest, *l. 1. §. in depositi 16. l. ei qui 5. infra depos. l. 3. §. in hac Commod.* sed cum eadem in vtrisque distinctione. Nam sicuti in omnibus arbitrariis iuratur in litem, sed in iis tantùm per quas dominus rem suam aut quasi suam petat, quemadmodum proximè docuimus, ita nec in bonæ fidei iudiciis omnibus, & passim iuratur, sed in iis tantùm in quibus ea ratio locum habeat, quæ in litem iurandi necessitatem induxit, id est quoties alioquin eueniret vt per litis æstimationem in bonæ fidei quoque actione faciendam inuitus dominus re sua careret, eámque vendere dolo aduersarij cogeretur. Vnde est quod nec in contrariis iuratur, quamuis æquè sint bonæ fidei *d. l. ei apud quem 5. inf. depos.* vbi alia etiam ratio redditur, quòd in iis non agatur de fide rupta, vt in directis, non quasi in litem iurari non possit, nisi cùm agitur de fide rupta, [alioqui nec in directa vindicatione, nec in Publiciana iuraretur] sed quia insignior quidam dolus & perfidia est eius, qui bonæ fidei iudicio directo conuenitur, quàm qui contrario, ergo etiam in petitione hereditatis iurabitur in litem, siue reus possideat, siue dolo desierit possidere, *l. sed etsi 25. §. hæc verba de hered. petit.* quia & in rem actio est, licet plerasque habeat personales actiones § *antepen. eiusd. leg. & prætereà bona fidei l. vltim. Cod. eo. tit.* Dixi *dolo aduersarij* nec addidi *vel contumacia*, quia non sicut in arbitrariis, ita & in bonæ fidei possessoris iurari in litem vnquam potest ob contumaciam, sed propter dolum duntaxat, quoniam contumacia in eo tantùm est, quod iudicis arbitrio non paretur: arbitrium autem in bonæ fidei iudiciis, vt diximus, nullum præcedit. Qua ratione defendi optimè potest, etiam hodie, post tanto pere turbatam à Triboniano veterem iurisprudentiam in *d. l. qui restituere*, iurari nihilominùs posse in litem in bonæ fidei iudiciis, omni casu quo iurari olim poterat, neque hac parte quicquam corruptum esse, aut innouatum inducto manus militaris auxilio, ne tum quidem, cùm in potestate est depositarij, vel commodatarij, vel creditoris, vel conductoris rem restituere, nec nisi dolo malo denegat rei restitutionem, vt in litis æstimationem potius condemnetur, quia nimirum, auxilium illud manus militaris à Triboniano inductum est, non vt faueatur domino, ne inuitus re sua carere, eámque vendere compellatur, sed ne liceat possessori arbitrium iudicis contemnere, quomodo licebat olim, quamuis non impunè, & vt potentior sit authoritas, & arbitrium iudicis, quàm contumacia possidentis: ideóque prudenter in hoc Tribonianus fecit, quod eius legis, aut potiùs nouæ constitutionis, sententiam generalem quidem esse voluit, sed ad ea tantùm iudicia, in quibus agatur de re arbitratu iudicis restituenda, si per contumaciam eius qui restituere iussus est, nõ restituatur. Sed quamuis in bonæ fidei iudiciis nullus contumaciæ locus esse possit, dolo tamen potest esse, & est sanè, cùm reus mauult litis æstimationem præstari quàm rem penes se depositam, aut sibi commodatam, vel locatam, vel pignoratã restituere, nec tamen dolus ille sufficit, vt in his bonæ fidei iudiciis iurari in litem possit, si non etiã illud

illud cócurrat, vt propter dolum illum, dominus re sua careat. nihil enim vetat etiam rem alienam deponi, vel commodari, vel locari, & consequenter repeti actione depositi, vel commodati, vel locati *l. 2. §. in hac actione inf. vi bon. rapt.* & in his actionibus aliter, quàm per iusiurandum actoris litem æstimari, officio scilicet iudicis, & ex veris probationibus, quanti actoris intersit, non æstimata re ipsa, quam constet alienam esse, quoniam post eam quoque litis æstimationem non modò factam, sed etiã præstitam vindicatio superest vero domino nec proinde dominus per eam litis æstimationem fieri possessor potest, nec venditio, ex necessitate iuris facta videri ab eo qui dominus non fuit, quique rem alienam inuito, & ignorante domino iure vendere etiã volens, non potuit. Nam & eadem penè distinctio adhibetur in actione furti, cùm de æstimanda re agitur, an iure dominij, an potius iure eius quod interest, deferatur *l. si vendidero 80. §. 1. infr. de furt.* Inde est quod in actione ex empto nunquam iuratur in litem, non solùm, si non habeat venditor facultatem rei tradendæ, sed etiamsi habeat, & dolo malo faciat, ne tradere velit, contrà quàm Bartolus hîc distinguit, quia licèt dolo faciat venditor, qui non vult rem venditam tradere cùm possit, semper tamen verum est, emptorem agentem ex empto rem alienam persequi non suam: nec quod venditor eam rẽ omnimodo tradere debet, si possit, vt Paulus in sententiis scribit, facere potest, vt pro tradita haberi debeat, aut emptor dominus sit citra traditionem, nec si precium iam solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum. Hoc enim quoque requiritur, ad transferendum in emptorem rei venditæ dominium *§. venditæ Instit. de rer. diuis. l. quod vendidi 19. l. vt res 53 de contr. empt. d. l. ex empto 11. §. 1. inf. de action. empt.* Proinde non cogitur hoc casu emptor carere sua re, licèt careat re vendita, cuius nunquam dominus fuerit. Neque rursus verum est, cogi venditorem præcisè rem tradere, etiamsi possit, sed coactione tantùm causatiua, vt nostri loquuntur, id est, nisi malit præstare, quanti ex ea causa interest emptoris *d. l. 1. & d. l. ex empto 11. & pass. de action. empt. infr. d. l. si traditio 4. C. eod.* & omnium apertissimè in *l. contractus 19. C. de fid. instrum.* Ergòne impunitus erit dolus venditoris, siue nolit tradere, cùm possit, siue dolo fecerit, ne possit? vt in *d. l. si cùm fundum in fi.* Nam etsi nihil dolo fecisset, attamen in id quod emptoris interesset æquè teneretur, imò verò æstimabitur etiã dolus venditoris *d. l. si cùm fundum* sed officio iudicis, non per iusiurandum in litem, quomodo etiam æstimanda esset culpa, vt scriptum est in *§. vlt. legis superioris* id est, eodem officio iudicis, quamuis non ad eundem modum. Pluris enim æstimãdus est dolus, quàm culpa, vt nemo non videt. Quòd si dolus venditoris per quem factum est, quominus possit tradere, non æstimatur per iusiurãdum in litem, sed officio tantùm iudicis, quamuis hoc vno casu Tribonianus iurandi necessitatem retinuerit, & quidẽ in infinitum sine vlla taxatione *d. l. qui restituere*, quæro quonam igitur alio casu possit contra venditorem æquius iurari in litem in actione ex empto? Cęterùm fieri nequit, nec si maximè Prætor, aut iudex velit, vt venditor omnimodo & præcisè cogatur ad tradendum, cùm traditio sit facti *l. consilio 7. §. vlt. de curat. furios.* nemo autem pręcisè cogi possit ad factũ sine vi & impressione. Et verò si detentor rei meæ cogi præcisè non potest, vt rem meam mihi tradat, indéque fluxit necessitas iurandi in litem, quanto minùs cogi poterit venditor, vt rem suam mihi tradat, licèt venditam mihi & debitam? Neque rursum manus militaris auxilium in hanc rem aduocari potest ex *d. l. qui restituere*, quia in actione ex empto nullum præcedit arbitrium iudicis de re restituenda, cùm bonæ fidei actio sit non arbitraria, secundum ea quæ proximè diximus. Sanè vno casu posset in actione ex vendito in litem iurari, sed cõtra emptorem, si fortè tradita ei res esset ante solutum precium, & ea lege, vt si non ad diem precium solueretur, inempta res esset, & dominium penes venditorem mansisse intelligeretur, nec nisi precaria possessio emptori tradita videretur. Hoc enim casu, cùm & rei vindicatio, & actio ex vendito competat venditori, *l. 3 & 4. C. de pact. int. emp. & vendit.* dubitari non potest, quin iurari in litem possit in vtraque actione contra emptorem qui precium nõ soluit, si neque rem restituat, sed litis ęstimationem præstare malit. Sed de tota hac quæstione videnda sunt, quæ contra hunc interpretum errorem disputauimus *libr. 6. Coniect. c. 17. Et in error. 4. decad. 85. de error. pragmat.*

c *Sed iudex potest præfinire certam summam.* Hęc adiectio tota Triboniani est, & quod sequitur in hac lege vsque ad *vers. sed in his omnibus*, vt ostendimus ad *§. iurare legis præcedentis*, sicut & quicquid in legibus nostris scriptum est, de taxando ad certam summã iureiurando in litem siue quod præstandum sit, siue quod præstitum, vt in *l. arbitrio 18. §. 1. De dolo l. 3. §. præterea sup. Ad exhib.* Iurare námque olim licebat in infinitum, & sine vlla taxatione *d. §. iurare & d. l. qui restituere*, non tamen in immensum, vt explicauimus. Tantóque minùs hodie, quod ex Iustiniani constitutione *in l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod inter. profer.* non potest id quod interest, duplum egredi in casibus certis, id est, qui certam habẽt quantitatem, vel naturam: si tamen ea constitutio tam generaliter accipienda est, vt ad nostri vsque in litem iurisiurandi taxationem extendi possit, quod certè non puto: quia per iusiurandum in litem, non tam id quod interest æstimatur, nisi in casu *l. 3. sup.* quàm res ipsa, quæ per dolum, aut contumaciam non restituitur, & præterea dolus ipse aut contumacia vltra rei precium *l. 1. sup.* Sed de illius legis interpretatione alibi commodius dicendum erit, nostro enim certè indiget commentario.

d *Sed in his omnibus.* RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hunc versiculum, quæ ad *l. 2. §. 1. & l. prox. §. vlt. sup.* Eadémque interpretatio vbiq; adhibẽda, vt quod his omnibus locis scriptum est, iurari in litem ob dolum solum, non etiam ob culpam, de culpa leui aut leuissima intelligatur, non de lata, quæ dolo malo ita æquiparatur, vt dolus etiam dicatur in *l. magna negligentia 226. de verb. signific.* neque per dictionem taxatiuam excludatur *l. 1. §. 1. supr. si mens. fals. mod. dixer. l. quæsitum 8. §. eum quoque vers. culpam sup. de precar.* Dicitur enim is quoque in crimen incidere, qui latæ culpæ reus est *l. 1. §. is quoque de obl. & action.* Ideóque culpam simpliciter cùm prudentes dicunt, vt in hac lege & *dict. l. 2. §. 1. dict. l. 4. §. vlt. supra* de leui non de lata intelligunt *l. si vt certo 5. §. nunc videndum infr. Commod. l. contractus 23. de regul. iur. & alibi pass.* Atque ita esse, vt ob latam quoque culpam iuretur in litẽ, apertus textus est in *l. 1. C. de in lit. iur.* quem Accursius, Bartolus, & cæteri interpretes, qui contra nos sentiunt, effugere non aliter possunt, quàm vt dicant, speciale esse in tutore, vt aduersus eum ex lata quoque culpa iurari in litem possit, vt

in hoc deterioris condicionis sit, quàm hæres eius qui debet esse melioris *l.pen.eod.ti.* Vnde factum putat Bartolus post Accursium, vt Titulus hic, de *in lit. iur.* positus sit in Codice inter Titulos de tutelis, vt appareret, inquit, Accursius, quod in eo tractatu aliquid seruetur specialitatis: sed quàm parum subtiliter hæc dicantur, docuimus euidentissimè in *Chiliade in Error.3. decad. 76. de error. pragmat.* neque hîc repetemus. Fateor, non semper latam culpam æquiparari dolo, vtputa si de corporali pœna infligenda tractetur, vt in *l. in lege Cornelia 7.* aut de pœna infamiæ, quæ ad corporalem proximè accedit *§. suspectos Inst. de suspect. tutor.* Sed non benè his comparabitur pœna iurisiurandi in litem: etsi enim hæc quoque pœna est, tamen non nisi pecuniarium damnum irrogat *d.l. qui restituere d.l. vlt. infr. de fideiuss.* idque non ex sola voluntate iurantis, vt Accursius obiicit, sed ex iudicis delatione *l. prox. §. deferre supr.* adeóq; ex mera iuris necessitate *l. vlt. infr.* cùm aliter ius constitui citra summam iniquitatem non posset, *d.l. non enim 9. inf. Rer. amot. d.l. nec quasi 70. sup. de rei vindic.*

e *Planè interdum & in actione stricti iudicij.* RAT. DVB. Iusiurandum in litem inductum est, ex necessitate quidem iuris *l. vlt. inf. hoc tit.* sed tamen ex summa æquitate, vt modò diximus, ne dominus inuitus re sua carere, eámque vendere compellatur iusto precio *d. l. non enim & d. l. nec quasi cum similib.* Ideóque locum habet non tãtùm in arbitrariis actionibus, per quas rem nostram nobis restitui, aut exhiberi postulamus *l. 2. sup.* sed etiam in iudiciis bonæ fidei, in quibus plerumque accidit, vt dominus rei suæ, quãuis non tanquam suæ restitutionem persequatur, nempe quoniam in iis æquitas maximè spectatur, & bona fides quæ in illis dominatur, summam æquitatem desiderat *l. bona fides 31. inf. deposit.* At in iudiciis strictis numquam accidit, vt quis rem suam, siue quasi suam siue alio quouis modo petat, vt ex omnium & singulorum enumeratione probari facilè potest: neque rursum habetur in iis vnquam ratio æquitatis, nisi cùm agitur de restitutione fructuum post litem contestatam perceptorum *l. videamus 38. § si actionem inf. de vsur.* quamuis quod Paulus ibi ex Sabino & Cassio, æquitati adscribit, Papinianus noster ad meram iuris stricti rationẽ referat, & longè melius in *l. 1. eod. tit. quia*, inquit, *quale quid est cùm petitur tale dari debet*, quæ ratio certè iuris est, non æquitatis, ideóque nec fructus, nec vsuræ veniunt in iudiciis strictis ex die moræ. Est enim hoc ius proprium iudiciorum bonæ fidei *l. mora 32. §. in bona fidei d.l. videamus § pen. l. vsura 34. l & in contraria 37. eod. tit. l. in minorum 5. C in quib. caus. non est necess. in integ. restit.* ad differentiam scilicet actionum stricti iuris, excepta sola actione ex testamento *d.l. in minorum & l. Titia Seio 87. § vsuras de legat. 2.* Ergo dicendum est, in actione stricti iudicij nunquam iurari in litem, nec si promissor Stichi moram fecerit in Sticho soluendo, & Stichus post moram decesserit. Cùm in hoc maximè casu apertissimum sit, Stichum nunquam fuisse actoris, nec esse ampliùs posse. DEC. Æquitas quidem summa est, quæ in litem iurandi necessitatem induxit, & quæ hac parte, vt & in aliis plerisque bonę fidei iudicia à strictis distinxit. Facit enim vt ex necessitate iuris deferendum sit actori ipsi iusiurandum, ne alioqui grauis ei fiat iniuria, tùm quoque cùm iudex æstimare rem ex officio suo posset: at si talis casus contingat, in quo non possit iudex, etiamsi maximè velit, rem ex officio suo æstimare, tunc non tantùm iuris, sed ipsius etiam facti necessitas cogit iudicem, vt etiamsi stricto iudicio agatur, deferre tamen iusiurandum debeat, ne alioqui eueniat, quod multo absurdius fuerit, vt liberandus & absoluendus omnimodo sit debitor, qui in Sticho quem promiserat soluendo moram contraxit, vtque mora ei sua & frustratio prodesse debeat, contra *l. hominem 37. infr. mandat. l. in condemnatione 173. § pen. de regul. iur.* Atqui cùm promissor Stichi in mora fuit, effectus moræ huius & quidem præcipuus ille est, vt perpetuetur obligatio, ideóque Stichus qui debebatur, quíque post moram periit, adhuc viuere existimetur, perindéque peti possit ex stipulatione, acsi adhuc viueret *l. si seruum 91. § sequitur & § vlt. iunct. l. si ex legati 23. cùm seq. inf. de verb. oblig.* Quæ res facit, vt cùm ipse Stichus, qui iam mortuus est, præstari non possit, necessario recurrẽdum sit ad eius æstimationem, non quidem eam, quæ fuerit tempore moræ, aut ipso etiam tempore mortis, sed ad præsentem, quę nunc est, cùm homo petitur. Illam enim ipsam deberi præstaríq; necesse est, aut nullam: porrò non potest fieri, vt præsentem aliquam æstimationem statuat eius rei, quæ nõ extat: non quia, vt putat Accursius, homo mortuus nullius omnino sit vtilitatis, nec precij, in eóq; differat à boue, cuius caro, & corium vendi adhuc, ac proinde æstimari potest, [idem enim est in boue, quod in Sticho, cùm aliud sit peti, aut æstimari bouem ipsum, aliud verò peti aut æstimari carnem, & corium bouis *l. mortuo boue 49. de legat. 2.*] sed quia res quæ in sua specie extare desiit, quæcunque tandem illa sit, nullam in illa specie recipit ęstimationem, & alia species est bouis alia verò carnis, & corij bouis mortui, ergo & iuris subtilitas, & facti, casúsque necessitas nos eò adigit, vel inuitos, vt quamuis ex cõtractu stricto Stichus deberetur, iusiurandũ tamen in litem deferri oporteat, ad æstimandum Stichum, qui aliter ęstimari nulla ratione potest, vt explicauimus latiùs *lib. 16. Coniect. c.* diuersum est, si Stichus post litem contestatam decesserit, vt in *l. pen. infr. de cond. tritic.* Etsi enim maximè per contestationẽ mora contrahitur *l. 3. in pr. infr. de vsur.* multóque magis quàm per simplicem, & extraiudicialem interpellationem congruo loco & tẽpore factam, quæ sufficere in eam rem potest *l. mora 32. in pr. eod. tit.* facit tamen contestatio, vt in ineũda rei petitæ æstimatione, si ex contractu stricto debebatur, inspiciendum sit præcisè tẽpus litis contestatæ, tùm quoque cùm res extat tempore condemnationis, multo magis si periecit *l. vinum 22.* vbi diximus *sup. de reb. cred. l. vlt. inf. de cond. tritic. l. 3. §. in hac Commod. d. l. hominem 37. mandat. l. fundum 28. inf. de nouat.* quia quale quid est, cùm petitur tale dari debet *d.l. 1. de vsur.* & vnaquæq; res debita æstimanda est ex eo instanti, quo nouissimo solui potest *l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* Potest autem solui res debita ad diem vsque litis contestatæ, acceptíque iudicij, non postea *l. si Titius & Seius 9. infr. de verb. oblig. l. 2. l. 3 § 1. infr. de duob. reis*, propter nouationem quæ per litis contestationem contingit, *l. delegare 14. §. 1. l. aliam 29. infr. de nouat.* nisi cùm agitur condictione triticaria: quo casu etiam post factam contestationem res ipsa tamen petitur, vt præstetur, quandiu præstari potest, vnde sicut in ea res æstimetur, non inspecto præcisè tempore litis contestatæ, vt in cæteris condictionibus strictísque actionibus, sed inspecto tempore condemnationis, si non

si nō res perierit ante sētētiā, quo casu sicuti species per mortē desinit præstari posse, ita neque æstimari vltra tēpus mortis porrigi potest, sed ex eo tempore non quidē præcisè, sed ἐν πλάτει ne alioqui res ad exiguā summā deducatur, vt eleganter scriptum est *in d.l.3. de condict.tritic.* Proinde nulla his casibus subest necessitas deferendi iusiurandū actori contra iuris rationē, cùm possit ei aliter satisfieri præstita æstimatione, quæ fuit tēpore litis cōtestatæ, vel mortis, & quam scire facile est, etiā post rē peremptam, cùm ad tempus prẹteritū, & quo res extabat, referatur, nec possit actor recusare, quominùs ea æstimatione cōtentus esse debeat, cùm legē ipse sibi dixerit, petendo eam rē dēq. ea litem contestando. Dices fortasse, in cæteris quidē cōdictionibus posse id dici, non malè quod in iis præcisè spectandum sit, in re æstimanda tēpus litis cōtestatæ, tum quoq. cùm res extat tempore sententiæ, vt diximus. At in condictione triticaria non item, in qua debetur ea præcisè æstimatio, quæ est tēpore condēnationis, ac proinde non præterita, sed præsens: quæ porrò qualis, quantáq. sit, sciri à iudice citra delationē iurisiurandi non potest: alioqui si pro æstimatione præsenti cogatur actor cōtentus esse prẹterita, nec possit amplius in litē iurare, quomodo posset si Stichus post morā extraiudicialē periisset, eueniet vt litem contestando fecerit condicionē suā deteriorē, contrà quàm regula iuris patiatur *d.l.aliā l. non solet 86. & seq.de regul.iur.* Sed respondeo, quod iā dixi, mortuo post morā extra iudicialē Sticho, qui ex contractu stricti iuris debebatur, ideo absolutè necessariū esse iusiurandū in litē, quia non alia deberi æstimatio potest, quàm quæ sit præsens: siquidem eius quæ fuit morę tēpore ratio haberi nulla potest in strictis iudiciis, cùm id ius propriū sit iudiciorū bonæ fidei *l.3.§.si per venditorem infr.de act.empt.* nec mora debitoris effectū vllū habeat in strictis cōtractibus, nisi ad perpetuandā obligationē. Quòd si quis absurdum putet, præstari actori qui moram passus est, præsentem rei peremptæ æstimationē, quæ verè nulla est, is cogitet multo absurdiùs fore, si quis putet, ex eóq. inferat, nullā ergo æstimationē à debitore moroso deberi: quomodo in alia licèt specie argumentatur Iulianus in *l.ita vulneratus 51.verf.quòd si supr.ad l.Aquil.* Inducendū igitur est hoc casu iusiurandū in litem, propter iuris subtilitatē, & casus necessitatē, vt Marcelli verbis vtar, aut potiùs Triboniani, in *l.si mulier 59.§.ex asse in fi.infr.de iur.dot.* At in cōdictione triticaria non eadē necessitas locū habet, vt neq. in cæteris condictionibus strictísque iudiciis, quia licèt non des actori præsentē Stichi, post litem contestatam, & ante sentētiam perempti æstimationē, quæ cōdemnationis tēpore nulla omnino est, non ideo tamē relinquis impunitā morā debitoris, qui litem improbè cōtestatus est, cùm teneatur præstare æstimationē, quæ fuit mortis tempore, quæ si maior sit, quàm fuerit tempore litis contestatæ, gaudeat sibi creditor, quòd triticariam elegerit, sin minor, hoc ipsum sibi imputet, cùm si triticariam non elegisset, eam hodie haberet æstimationem, quæ litis contestatæ tempore fuisset. Quod ergo in triticaria non iuratur in litem perempto Sticho post litem contestatam, non ex eo proficiscitur, quasi is litem contestando fecerit condicionem suam deteriorem, sed propter iuris ordinarij regulam, quæ non patitur, vt in stricti iuris actionibus iuretur in litem, nisi cùm aliud dici meliùs nihil potest, quod hîc non contingit, præter id quod nec admittendū est, vt ex condictione triticaria possit deberi præsens æstimatio, quæ sit tempore condemnationis, si ante condemnationem res petita perierit, quia nec in illud vsque tempus excurrere potest condictio triticaria, cuius scilicet vsus nullus est, nisi in iis rebus, quarum æstimatio variari, & vel crescere, vel minui potest, cùm non pro aliis actoribus comparata sit, quàm pro iis qui nolint ea æstimatione contenti esse, quæ fuerit tempore litis contestatæ, spe maioris superuenturæ, quæ porrò superuenire nequit, postquàm res perempta est. Meritò igitur & necessariò receptum est, vt in æstimanda re petita per triticariam, si post litem contestatam, & ante sententiam res perierit, inspicienda præcisè sit ea æstimatio, quæ mortis tempore fuit, & consequenter, vt hoc casu non magis in litem iurari necesse sit, quàm si æstimanda res esset, quanti fuisset præcisè tempore litis contestatæ. Nec enim rei peremptio facit quominùs sciri possit, quanti re vera res fuerit eo tempore quo extabat, vt cernere est in actione legis Aquiliæ, & in condictione furtiua, in quibus æstimatio fit, quanti plurimi retrorsum res fuit, etiam quæ periit *l.2.§. quæsitum infr.de priuat. delict.* Ideóque nec in illis actionibus iuratur in litem, ne ratio iuris violetur, quamuis odium furis, & occisoris ius hoc alioqui ab inuita iurisprudentia extorquere potuisset, si quo alio casu violandum ius fuisset, quomodo alia multa extorsit *§.sic itaque Instit. de action.* præsertim verò æstimationem illam, *Quātiplurimi*, quę alio prę eter ea iuris nostri casu nullo locum habet, vt sæpiùs à nobis probatum est. Et in hoc valde noster errat Accursius, existimans in condictione furtiua iurari in litem, quamuis nec arbitraria actio sit, nec bonæ fidei, idque inquit, propter odium furis, ex *l. cùm furti §.infr.* quasi intelligenda sit, non solùm de pœnali actione furti, quæ datur ad duplum, aut ad quadruplum, de qua tamen sola intelligi debet, vt ad eam dicemus, sed etiam de condictione furtiua, quod certè falsum est. Nihil enim hac parte habet speciale condictio furtiua, vel diuersum à cæteris condictionibus, nisi quod cùm fur semper moram facere intelligatur, nulla quoque interueniente interpellatione *l.in re furtiua 8.§.1.& l.vlt.infr.de condict.furt.* nunquam potest liberari fur peremptione rei furtiuæ, quomodo cæteræ obligationes, & actiones extinguuntur peremptione rei debitæ, sed salua semper manet condictio furtiua, non minùs quàm si post contestationem res furtiua periisset *l. si pro fure 7. §. vlt. eod. tit.* Hac sola differentia, quod si post litem contestatam periisset, æstimari deberet, quanti plurimi fuisset à tempore litis contestatæ *d. l. in re furtiua 8. §.1. & d.l.2.§. quæsitum de priuat. delict.* Nulla verò facta contestatione æstimari res debet, quanti tunc est, cùm petitur, cùm ab eo tempore non possit, vt in triticaria diximus, crescere æstimatio, quia verò nesciri potest, qualis quantáque sit eo instanti vera æstimatio, quæ certè nulla prorsus est rei furtiuæ ac peremptæ, necessarium est hoc quoque casu iusiurandum in litem, vt in cęteris actionibus stricti iuris: ne deterioris condicionis sit furtiua condictio, quàm cęteræ condictiones strictíq. iuris actiones, sufficit enim non esse hac parte melioris. Malè item Accursius, & post eum Bartolus, aliique negant iusiurandum hoc, quod in actionibus stricti iuris, ex mera facti necessitate præstatur, esse propriè in litem, quasi nec sit adfectionis, quomodò loquuntur, sed veritatis, tanquam quod contineat

veram, inquiunt, & communem rei æstimationem. Nam imò verò esse propriè hoc iusiurandū in litem, apparet non solum ex *l. prox. seq.* vbi scriptum est ex Paulo, alias si ex stipulatu, vel ex testamento agatur, id est extra casum dicti *versic. planè* non solere in litem iurari, vt significet hoc casu iurari verè ac propriè in litem, sed ex eo quoque quod non esset hæc bona & conueniens exceptio, &, vt aiunt, de regula, si non esset de vero in litem iureiurando. Cùm in præcedentibus tractatum sit de eo solo iureiurando quod verè ac propriè in litem fit, & quod Marcianus dixerat in actionibus in rem & ad exhibendum, & in bonæ fidei iudiciis, ad exclusionem iudiciorum stricti iuris locum habere. Tantúmque abest, vt iusiurandum hoc adfectionis dici non debeat, sed veritatis, vt è contrario nullum aliud sit iusiurandum, in quo adfectioni tantopere indulgeatur, quantum in hoc iureiurando indulgetur: cùm in aliis casibus iuretur de æstimatione, quæ verè alique est, licèt non tanta, quantam facit is cui permittitur rem æstimare vltrà quàm re vera sit, ne iusto precio rem suam vendere cogatur, vtque dolus etiam & contumacia æstimetur *leg. 1. supr. hoc tit.* In hoc autem casu iuratur de æstimatione, quæ reuera nulla est, (quodnam enim posset rei peremptæ precium præsens esse? siquidem de formali precio id est quanti res aliàs æstimata sit, conuento precio, tractari non potest cùm præsens debetur *l. in lege 62. §. 1. infr. ad leg. falcid.* sic namque is locus intelligendus est, non vt formale precium dixerit Vlp. pro eo quod seruatur communiter, aut quo vendi res possit, vt magni quidam viri interpretati sunt,) & cuius taxatio proinde non alium arbitrum habere potest, quàm adfectionem iurantis. Tantum abest vt iusiurandum hoc affectionis dici non debeat, aut vt possit dici veritatis, quod si specialiore aliquo nomine indigeret, dicendum potiùs esset falsitatis. Quamquam nec hoc quoque ferendum est, cùm non nisi deferente iudice præstetur, & ex mera necessitate, cui causam det, non tantùm æquitas iuris, vt euenit in iureiurando illo, quod in plerisque arbitrariis, & bonæ fidei iudiciis præstatur, sed etiam facti qualitas & necessitas, quæ, vt est in regula iuris pontificij, solet facere licitum id, quod alioquin esset illicitum. Nec leuior eiusdē Accursij error est, in eo quod defendit actiones arbitrarias esse strictas, ob id solùm quòd enumeratæ non sint in *d. §. actionum Instit. de action.* Quasi verò actiones omnes quæ non sunt bonæ fidei sint strictæ, nec vllum sit tertium genus actionum, quæ nec bonæ fidei sunt, nec strictæ sed arbitrariæ, de quibus tanquam diuersis tractat Iustinianus in *d. § præterea eod. tit.* & ante illum Papinianus in *d. l. 3. §. in his quoque infr. de vsur.* In strictis nulli vnquam arbitrio locus est, cui è cōtrario semper locus est in arbitrariis: vt à nobis contra hunc Accursij & interpretum errorem pluribus disputatum est *libr. 16. Coniect. cap.* & *in Error. 4. & 5. decad. 89. de error. pragmat.* Et certè ita est, minùs accedunt actiones arbitrariæ ad strictas, quàm ad illas, quæ sunt bonæ fidei, propter similitudinem quam habet arbitrium iudicis cum officio iudicis, quod in bonæ fidei actionibus locum habet, non etiam in strictis *l. quia tantumdem 7. supr. de negot. gest. l. quaro 52. infr. locat.* Nec tamen magis bonæ fidei sunt, quàm strictæ, vt ibidem ostendimus. Idémque probat omnium optimè hic locus, in quo postquàm tractatum est de arbitrariis, & bonæ fidei actionibus, tractatur etiam de strictis, tanquam diuersis omnino & separatis, adeóque diuersum in iis ius constituitur, quàm in aliis constitutum fuerit. Huic autem Accursij errori cōsequens alius ille est, quod pro singulari notat in actione rerum amotarum iurari in litem ex *l. si cùm dos 8. §. 1. infr. rer. amot.* quasi sit vnus ille ex iis casibus, quibus permittatur iurari in litem, in strictis quoque iudiciis. Quod certè non ita est, arbitraria enim est ea actio, non stricta, & per quam dominus cuius res amotæ sunt, res suas reposcit, vt proinde mirum non sit in ea iurari in litem: quomodo in arbitrariis cæteris per quas actor rem suam petit. Quod & in Fauiana obtinet *l. 5. §. 1. infr. si quid in fraud. patr.* quam tamen malè idem Accursius negat esse arbitrariam. Quod autem addit etiam in interdicto, vnde vi iurari in litem ex *leg. si quando 9. C. vnde vi*, verum quidem est, sed non tam ex ratione iuris, quàm ex illa constitutione, odio scilicet violentiæ, nec tam ad æstimandas res per vim subtractas, si quid & quantum subtractum sit appareat, quàm ad probandam earum quantitatem, eo demùm casu quo non potuerit is, qui vim sustinuit, ea quæ perdidit singula comprobare, vt habet constitutio. Quo casu non magis potest iudex citra delationem iurisiurandi æstimare res subreptas, de quarum quantitate & qualitate non apparet, quàm in specie huius *versic.* rem quæ non extat. Quid enim refert an res non extet, an non appareat? *l. cùm res 47. §. item si reo delegat. 1.* Sed extra hūc casum nunquam potest in litē iurari in interdictis, nec si vis facta sit, vt apparet ex ea ipsa lege, & ex *l. si quis in tātam 7. eod. tit.* quia in interdictis nunquam dominij quæstio vertitur, sed solius possessionis *l. 3. §. vlt. infr. vti possid.* Quæ si non restituatur, æstimatio facienda est solius possessionis non etiam ipsius rei, vnde fit, vt solam possessionem per eam litis æstimationem vendere actor videatur, nō item rē ipsam, cuius idcò saluam sēper retinet vindicationē, ob idq; cessat in iis actio, quæ in arbitrariis, & bonæ fidei actionibus plerisq; non tamen omnibus iurisiurādi huius necessitatem induxit, ne dominus re sua careret, eámq; inuitus iusto precio vendere compellatur *l. in interdicto 6. infr. vnde vi.* Neque verò in specie *d. l. si quando*, iuratur in litē in interdicto, sed in cōdictione quæ nascitur ex illa lege, non de possessione sed de proprietate. In strictis verò iudiciis nullo penitus casu iuratur in litem, nisi in eo quem hìc ponit Marcianus, & quāuis idē noster Accursius excipiat actionē in factū, quæ datur ex edicto, ne quis eū qui in ius vocab. vi eximat, & de qua *in l. pen. §. 1. ill. tit.* vbi tamē nullū de in litem iurādo penitus verbū, non possum ego exceptionē probare, malóque priorē cōiecturam meā sequi de verbis illis *ab actore æstimata* delēdis, ob rationes quas ad eū locū attuli, vbi vide: nec sanè rationē vllam specialitatis adferre potest Accursius, nisi quod ait ita placuisse *propter contēptam authoritatē iudicis, vel propter rigorē iuris seruandū*. Quod ridiculū est. Etsi enim delinquit valde, & offendit Prætorē is, qui reum in ius vocatū vi eximit, satis tamē punitur in eo, quod actori condemnatur, quanti res est etiam si actor calumniator sit, nec illud præterea inducendum fuit, vt ei iurare in litem permitteretur, in ea actione in qua nec de dominio ex parte actoris, nec contra dolosum possessorem ageretur, vt ad eum locum docuimus, nec rursum iuris rigor seruatur, cùm in litem iusiurandum actori defertur, sed ex summa æquitate contra ordinarij iuris rigorem adfectioni actoris indulgemus, vt rem suam pluris æstimet ob dolum vel contumaciam possessoris.

6. PAVLVS libro 26. ad Edictum.

ALiàs si ex stipulatu, vel ex testamento agatur,[a] non solet in litem iurari.

Ad l. Aliàs 6.

Valde laborat Accursius in hac dictione *Aliàs* interpretanda. Fatetur enim primam, & obuiam interpretationem illam esse, quam nos ad præcedentis legis finé attulimus, vt extra eum casum de quo dictum est in *vers. planè*, id est cùm Stichus promissus per stipulationem, aut ex alio contractu stricto debitus periit post moram, ita vt præsens eius æstimatio, quæ tùm debetur, nesciri possit citra iusiurandum, iurari in litem ex iudicio stricto nunquam possit, sed quia ex eo sequi videt, in illo igitur casu iurari in litem, quod tamen ipse negat, cogitur aliam interpretationem cõminisci, vt Paulus velit *aliàs*, id est, inquit, si non sit in mora debitor, contra eum non iurari in litem: quæ tamen interpretatio, pace tanti viri dixerim, prorsus inepta est. Quis enim dubitationi locus relinquitur, an iurari in litem possit contra eum qui nullomodo sit obligatus, quique per interitum speciei debitæ cõtingentem post moram fuerit ipse iure liberatus? *l. si ex legati 25. & seq. de verb. obligat.* Omne siquidem iusiurandum in litem cùm adhibeatur ad taxandam litis æstimationem præsupponit adiunctam condemnationem, quæ porrò contra eum, qui ipso iure iam liberatus est, sequi nulla potest. Quod verò idem Accursius dictionem hanc *aliàs* interpretatur pro alia re, quàm Sticho de quo Marcianus locutus fuerat, magis ridiculum est, quid enim refert an Stichus, an quælibet alia species debeatur. Nam in merce aliáve re, quæ consistat in genere aliud sanè est, quia nec perire potest *l. incendium 11. C. si cert. petat.* Probat igitur optimè lex hæc vtrumque quod nos volumus, & in strictis iudiciis regulariter in litem non iurari, ideóque nec posse arbitrarias actiones strictas dici, cùm in earum plerisque iuretur in litem: & in specie *vers. planè*, legis præcedent. iusiurandum quod necessarium esse diximus, non aliud iusiurandum esse, quàm in litem, & adfectionis non veritatis.

a *Vel ex testamento agatur.* RAT. DVB. Actio ex testamento licèt non sit à Iustiniano enumerata inter actiones bonæ fidei in §. *actionum Instit. de action.* earum tamen naturam imitatur, iisque comparatur in *l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Non debuit ergo hîc à Paulo recenseri inter eas, quæ sunt stricti iuris, sed potiùs in earum numero, quæ sunt bonæ fidei, vt in ea quoque iuretur in litem: quomodo disertè scriptum videtur in *leg. cùm pater 60. §. 1. infr. ad leg. falcid.* DEC. Actio ex testamento stricti iuris est, non bonæ fidei, quia pendet tota ex voluntate testatoris, non ex bona fide, cùm nec fides vlla data sit legatario à testatore, vel ab herede, nec in legatum aliud venire possit principaliter, quàm quod ipsis testamenti verbis disertè comprehensum est. Quemadmodum de contractu stipulationis, qui omnium strictissimus est, dici solet *l. quicquid adstringendæ 99. infr. de verb. obligat.* Ita vt cùm in verbis testamenti nulla est ambiguitas, non sit admittenda quæstio voluntatis *l. ille aut ille 25. §. 1. de legat. 3.* planè quod ad fructus vsuras, aliásve accessiones pertinet, actio ex testamento imitatur naturam actionum bonæ fidei, vt ex die moræ debeantur *d. leg. in minorum l. si quis seruo 84. leg. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2. leg. in fideicommissaria 18. ad SC. Trebell.* nempe quia voluntatem testatoris eam fuisse credendum est, ne qua per heredem legatariis mora fieret, aut si qua fieret, non esset illa impunita, cùm intersit etiam publicè conseruari defunctorum voluntates, supremáque defuncti hominis iudicia exitum habere, non circumueniri *leg. vel negare 6. infr. quemadm. testam. aper. l. si cui 92. de condic. & demonstr.* Inde est quod si heres à testatore iussus sit, certo loco aliquid dare, arbitraria actio ei necessaria est, quæ non esset, si actio ex testamento esset bonæ fidei *l. si heres 6. iunct. leg. in bonæ fidei 8. infr. de eo quod cert. loc.* Sed actionem ex testamento cùm dicimus, eam intelligere debemus, quæ in personam heredis competit, nam si cui legatum sit per vindicationem, competit legatario etiam vindicatio, quæ actio arbitraria est, non vt actio ex testamento stricti iuris, in eáque perinde, ac in cæteris in rem actionibus iurabitur in litem: quomodo accipi debet, quod scriptum est in *d. l. cùm pater 60. §. 1. ad leg. falcid.* Cùm dominium rei per vindicationem legatæ transeat rectà via à testatore in legatarium *l. à Titio 64. de furt.* iámque citò legatũ faciat hoc casu legatarij rem legatam nunquam factam heredis, quàm hereditas facit heredis cæteras res singulas *l. legatum 80. de legat. 2. l. legatum est delibatio 116. de legat. 1.* Risi, cùm legi quosdam ex meis reprehensoribus, & ex iis qui subtiliores sibi videntur, nec sanè insubtiles, quorum tamen nomini parco liberalissimè, vt parcam honori, licèt non aliam hucusque iustiorem contra nos indignationis causam habeant, quàm quòd à nobis neque in Coniecturis neque in Chiliade fuerint nominati (quasi verò ex nominatiõe nostra aliquid dignitatis accedere illis potuisset) Risi, inquam, cùm eos legi defendere tam pertinaciter actionem ex testamento dicendam esse actionem ex quasi contractu, vt ex eo inferant, æquè igitur esse ex contractu. Adeò sunt illi faciles ad confundendas actiones ex quasi contractu cum actionibus ex contractu. Quorsum verò? Nimirum vt contra nos probent non deesse exemplum, quo tueri possint errorem illum Triboniani, quem nos in Chiliade obseruauimus *Error. 5. decad. 76. in §. aliquando Instit. de perpet. & tempor. action.* vbi scripsit ille aliquando etiam ex contractu actionem non competere contra heredem, veluti cùm testator dolosè versatus est, & ad heredem nihil ex eo dolo peruenit. Adferunt enim exemplum de actione ex testamento pro legatis piis, quam Iustinianus introduxit, & pœnalem fecit mistam in duplum contra heredem, qui legata sacrosanctis Ecclesiis & venerabilibus locis relicta dare distulerit *§. item mista est actio & §. in duplum Instit. de action.* quasi possit hæc quoque dici pœnalis ex contractu, ideò quòd sit ex quasi contractu, ideo autem ex quasi contractu, quòd sit ex testamento, cùm heres ad solutionem legatorum dicatur obligatus, ex quasi contractu, si Triboniano credimus, qui ita scripsit in *§. heres quoque 5. Instit. de oblig. quæ ex quasi contr. nascunt.* Quis verò vnquam audiit pœnales vllas actiones esse ex contractu? Nam & cùm pœna aliqua in stipulationem deducta est, non tamen pœnalis est actio, sed rei persecutoria, per quam scilicet persequimur id ipsum quod stipulatione comprehensum est *leg. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. l. vlt. infr. de stipulat. Prætor.* Quis,

actiones ex quasi contractu adscribendas esse actionibus ex contractu? Quis, actionem ex testamento esse ex quasi contractu? Fateor heredem, qui adiit hereditatem defuncti, aut bonis se immiscuit, videri hoc ipso quasi contrahere cum creditoribus, & legatariis *leg. 3. §. vlt. & l. 4. infr. quib. ex caus. in possess. eat.* & ideo posse dici obligatum ex quasi contractu *d. §. heres*, (etsi non ita Vlpianus locutus est in *leg. 5. §. heres quoque de oblig. & act.* vnde is institutionum locus sumptus est,) hoc sensu scilicet, vt non possit recusare actionem ex testamento, quæ datur contra heredem ex lege 12. tabul. *leg. vlt. C. de heredit. action.* tanquam qui obligationem illam legis adprobauerit adeundo hereditatem, vel se immiscendo. Non enim lex duodecim tabularum heredem institutum legatariis obligat, quatenùs institutus est, sed quatenus ex institutione heres factus est, per acquisitionem hereditatis: hereditas illa quidem est, quæ ex lege duodecim tabularum obligat heredem *d. leg. vlt iunct. leg. siue à certis 17. infr. de duobus reis* sed acquisitio hereditatis, est condicio sine qua non obligaret, non causa formalis aut efficiens huius obligationis, alioqui non posset dici hereditaria causa legatorum, si non ab ipsa hereditate, potiùs quàm ab heredis voluntate, aut ab hereditatis acquisitione primùm proficisceretur *leg. hereditariarum 40. de oblig. & action. iunct. leg. hereditarium 7. de reb. author. iudic. possid.* In eóque nimirum differunt hereditaria debita à legatis, quod hereditaria debita fuerunt defunct. antequàm moreretur, legata verò non nisi eo mortuo hereditatis debita esse cœperunt: quæ tamen corruerent, si hereditatem nemo susciperet. Cæterùm priùs etiam quàm adeatur hereditas, obligatam eam esse ad solutionem legatorum non minùs quàm debitorum defuncti, apparet ex eo, quod nec alioquin obligaretur heres adeundo, cùm per aditionem nulla iura siue actiua, siue passiua transire possint in heredem, nisi quæ priùs fuerint hereditatis *leg. 1. §. scæuola infr. si is qui testam. lib. ess. iuss. leg. hereditas 22. de vsucap.* Ideo autem loquor generaliter de acquisitione hereditatis, quia si quo casu contingat acquiri hereditatem citra aditionem, vel immixtionem vllam, quomodo contingit in necessariis heredibus, siue suis, siue non suis, & siue ex testamento, siue ab intestato *Tit. Instit. de hered. qualit. & differ. leg. in suis 11. de liber. & posthum. leg. 1. §. qui sunt in potestate si quis omiss. caus. testam. leg. in suis 14. de suis & legit.* non eo minùs obligatur heres ad solutionem legatorum & æris alieni, cùm tamen hoc casu nullus quasi contractus præcessisse dici possit, quando neque aditio, neque immixtio vlla præcesserit. Imò verò quod magis est, si suus heres, qui nunquam se immiscuerat, abstinuerit se bonis patris, quod suo iure potest facere, ex perpetuo Prætoris edicto, etiam non adito Prætore *leg. impuberibus 11. & seq. infr. de acquir. hered.* attamen etiam post abstentionem remanet obligatus ipso iure creditoribus & legatariis, possétque ab iis conueniri, si non denegaret iis Prætor actionem, creditoribus quidem eam quæ iam contra defunctum ipsis competebat, legatariis verò actionem ex testamento *leg. necessariis 57. eod. tit.* Vnde verò dicetur actio illa ex testamento actio ex quasi contractu, cùm pro aditione vel immixtione, ex qua volunt aduersarij hanc ex quasi contractu actionem nasci, nihil nisi abstentio interuenerit? Et certè quemadmodum heres, qui per aditionem, si extraneus fuit, creditur cum defuncti creditoribus quasi contrahere, non ideo dicitur obligatus ipsis ex eo quasi contractu, sed ex illo ipso verè contractu, ex quo defunctus tenebatur (nam vt teneatur ex contractu, & ex quasi contractu simul impossibile est) ita & ratione legatariorum, cum quibus etiam quasi contrahere intelligitur, non ex illo quasi contractu obligatus esse dicendus est, sed actione ex testamento, quam lex ipsa 12. tabul. pro legatariis, & fideicommissariis induxit. Atque ita esse vti dicimus, vt heres non possit dici obligatus legatariis ex contractu, tam apertè scriptum est in *d. §. heres quoque,* quo mouentur aduersarij, & in eo Vlpiani loco vnde is sumptus est, vt nihil apertius scribi potuerit. Idque est quod idem Vlp. scribit in *l. verba 20. de verb signific.* verba *Contraxerunt, Gesserunt* non pertinere ad ius testandi. Et quod Papin. noster in *l. cùm filius 76. §. heres meus de legat. 2.* nō deberi amplius ex testamento id quod nouatione per stipulationem facta deberi, ex contractu cœpit, vt intelligamus differre ista toto genere, deberi quid ex testamento, & deberi ex contractu, nec minùs deberi ex quasi contractu, cùm causa quasi contractuum propiùs accedat ad causam contractuum, adeóque si aduersariis credimus, quasi contractus propter eundem effectum, qui cum contractibus cōmunis ei est, contractui non malè adscribatur. Hæc enim ipsorum verba sunt, ex quibus cōtra eos inferimus, Quod ergo cōtractui adscribi non potest, nec quasi contractui adscribendum esse, multo minùs quod de actionibus ex contractu scriptum est *in d. §. aliquando*, ad actionem ex testamēto pertinere potest. Neque verò existimandum est, quod dicitur in *d. l. 3. §. vlt. & l. 4. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* eum, qui hereditatē adit, aut se immiscet, videri contrahere cum creditoribus & legatariis eò pertinere, vt obligetur ex quasi contractu, qui iam satis obligatus est ex testamento, aut ex contractu defuncti: sed vt possint creditoribus & legatariis mitti in possessionem bonorum non modò defuncti, sed etiam heredis latitantis, vt solent mitti ex illa parte edicti creditores omnes in possessionem bonorum debitoris, ad constituēdum in iis pignus Prætorium, quamuis in pignore cōuentionali, quod defunctus cōtraxit, bona heredis non comprehēdantur, si non de iis quoque obligandis specialiter conuenerit *l. Paulus respondit 29. in princip. & §. 1. infr. de pignor.* Quisquis enim adit hereditatem, aut se immiscet hereditati, constituit se debitorem creditorum omnium defuncti, & legatariorū, exponitque se actionibus omnibus, sed iā natis, sicut & cæteris oneribus hereditariis, quoniam ea condicione & lege adire videtur *l. si duo 38. de acquir. hered.* Quis enim dicat nasci actionem ex testamento, aut aliam quamlibet, cui contractus defuncti causam dederit, ex quasi contractu heredis adeuntis hereditatem defuncti, aut se immiscentis? An non esset hoc omnino præposterum, vt actio ex testamento nasceretur ex aditione heredis, cùm è contrario heredis aditio illa sit, quæ ipsum obligat actioni ex testamento? Denique aditionem hereditatis non esse causam formalem, & efficientem actionis ex testamento, eo sensu quo solemus dicere in actionibus personalibus, obligationem esse matrem actionis *leg. nihil aliud 51. de obligatio. & action. leg. licet 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* vel ex eo maximè constat,

quod

quod legata relicta sub ea condicione, si heres adierit hereditatem, non ideò fiunt condicionalia *leg. aliquando 107. de condic. & demonstr.* Quoniam aditio hereditatis, sicuti non suspendit validitatem testamenti, quam potiùs præsupponit, ita neque actionem ex testamento, quæ iam nata est eo tempore, quo aditur hereditas, cùm dies legatorum cedat ex die mortis, & exinde incipiant deberi, & tanquam debita transmittantur ad heredem legatarij, quoties pura sunt, si pauca excipias, quorum dies non cedit, nisi ab adita hereditate *leg. 1. 2. & 3. & pass. Quand. dies legat. ced. leg. vnic. §. in nouissimo C. de caduc. toll.* sed suspendit tantummodò exercitium actionis, tanquam condicio, sine qua non posset conueniri heres, neque actione ex testamento, neque alia vlla hereditaria, cùm actiones hereditariæ non possint exerceri, nisi contra heredem *d. leg. vlt. C. de hered. action.* nec legata, vel fideicommissa valere, quamuis pura, si nemo hereditatem adeat *leg. si nemo 9. de testam. tutel. leg. si nemo 181. de reg. iur. leg. ea quam 14. C. de fideic.* Et quemadmodum ridiculus esset, qui diceret, instituto herede repudiante, & ita faciente locum substituto, legata à substituto relicta deberi ex repudiatione instituti, ob id solùm, quod si institutus adiisset, substitutio ipsa vulgaris, & cum substitutione legata etiam ipsa à substituto data intercidissent (obligatur enim ex testamento, & tanquam substitutus, non quia institutus repudiauerit) ita æquè ridiculus est, quisquis dicit obligari heredem institutum ad solutionem æris alieni, & legatorum, ex quasi contractu, ob id quòd hereditatem adierit, ac non potiùs actione ex testamento, quod eum testator legatis onerauerit, eique soluendi necessitatem lex 12. *tab.* iniunxerit, obligat enim primùm lex hereditatem, quæ deinde adeuntem heredem obligat *d. leg. siue à certis 17. de duob. reis.* Cúmque hereditas præcedat aditionem, quæ fit hereditatis, necesse est actionem ex testamento, quæ contra hereditatem competit, quamuis nondum possit exerceri, quia hereditatis persona ficta est, nec heredis, sed defuncti personam repræsentat, præcedere aditionem, nec proinde nasci posse ex aditione qua vetustior & antiquior est: nec quicquam vetat, actionem aliquam natam esse, & competere priusquàm vllus sit, qui conueniri possit, dummodò aliquis speretur futurus, vt euenit etiam in fictione postliminij *l. illa institutio 51. §. 1. de hered. instit.* quæ ideo suspensi iuris constitutio dicitur à Papiniano *in leg. pen. de suis & legit.* quamuis aliud sit, si quis sine herede aliòve successore decesserit *leg. 1. C. de oblig & act. leg. habere licere 57. infr. de euict. leg. 1. §. idem Pomponius in fin. infr. depos.* Parùm ergo subtiles sunt, qui hanc ex testamento pro legatis piis actionem in exemplum adferunt *ad d. §. aliquando*, vt probent aliquando actiones pœnales ex contractu non dari contra heredem, veluti si dolosè versatus sit, & nihil ad heredem peruenerit, apertè contra Vlpianum in *leg. si hominem 7. §. 1.* vbi dicemus latius *infr. depos.* Sed longè insubtilius faciunt qui quod à Triboniano scriptum est in *d. §. aliquando*, de pœnalibus ex contractu actionibus intelligunt, quasi aliquæ possint esse pœnales ex contractu, quod certè stultum est. Etsi enim possunt aliquæ esse, quæ sui natura & origine sunt ex contractu, ex postfacto autem per dolum & inficiationem rei crescunt in duplum fiuntque pœnales, tamen cùm incipiunt esse pœnales, incipiunt esse ex delicto ratione pœnæ, idcóque esse mixtæ ex contractu & delicto, sicut ex rei persecutione & pœnâ, quemadmodum euenit in actione depositi ex causa tumultus, vel incendij, vel ruinæ, vel naufragij, de qua contra eosdem disputabimus ad *leg. de eo 18. infr. depos.* Neque verò de pœnalibus ex contractu actionibus, quæ nullæ sunt, tractauit Tribonianus in *d. §. aliquando*, vt sibi fingit noua istorum iurisprudētia, sed de iis quæ merè sunt ex contractu. Statim enim sequitur apud Tribonianum *pœnales autem actiones*, vt intelligas in verbis præcedētibus, quod scriptum est de actionibus ex cōtractu aliquādo non dandis contra heredē ad eas actiones quæ pœnales sint nullomodo pertinere. lunge quæ de tota hac quæstione scripsi.n⁹ in *Error. 4. & 5. decad. 76. de error pragmat. & interpr. iur.* Cuiacius in interpretatione *libri 26. Cōmentariorū* Pauli ad Edictū, hanc legē prętermisit.

7. VLPIANVS libro 8. ad Edictum.

VVlgo præsumitur, alium in litem non debere iurare, quàm dominum litis. denique Papinianus ait, alium non posse iurare, quàm eum, qui litem suo nomine contestatus est.

Ad l. Vulgo 7.

RAT. DVB. Is iurare potest & debet, non tam qui dominus est, quàm qui rerum administrandarum ius habet *leg. iusiurandum quod ex conuentione 17. §. pupillus supr. tit prox.* cuiusmodi sunt tutores pupillorum, & curatores furiosorum, vel prodigorum *§. si tutor. eiusd. leg.* qui tamen suo nomine litem contestari non possunt, sed nomine ipsius pupilli, vel furiosi vel prodigi, quorum vice & partibus funguntur. Et verò iurare istos posse si tantam adfectionem pupillis, vel furiosis, vel prodigis adeòque minoribus, quorum curam gerunt, præstare velint, iurare in litem eorum nomine apertè scriptum est in *l. 4. vers. curatores supr. hoc tit.* Falsum igitur est, quod in hac lege ex Vlpiano scribitur, nō alium in litem iurare debere, quàm dominum litis, & quod ex Papiniano, alium iurare non posse, quàm eum qui suo nomine litem contestatus est. Alioqui quomodo consuletur pupillo, furioso, vel prodigo, si eorum nomine tutores & curatores iurare nolint, cùm nec si velint pupillus, furiosus, vel prodigus iurare tamen possint *d. leg. 4. in princip.* Hoc enim solis adolescentibus, qui neque furiosi, neque prodigi sunt, conceditur, *versic. adolescens ead. leg.* DEC. Iusiurandum in litem, vt toties diximus, non alia de causa inductum est, quàm ne alterius, quàm domini arbitrio precium statuatur eius rei, quam inuitus dominus iniusto & doloso possessori vendere cogatur *l. prox. infr. l. non enim 9. infr. rer. amot. l. si filiusfamilias 25. § maritum infr. solut. matrim.* Iustū enim est, sua cuique cōmittere, & aliena appetentes etiam supplicio coercere, inquiunt *Impp. in l. nemo exterus 9. C. de Iudæis, & cælicol.* Eius ergo qui dominus est, arbitrium & æstimatio spectari debet, non alterius puta procuratoris, aut negotiorum gestoris, qui non nisi

alieno nomine agunt, & litem contestantur, licèt per contestationem procurator fiat dominus litis *leg. nulla dubitatio est 23. cum leg. praeced. C. de procurat.* Idemque multo magis dicendum est in coniunctis personis, quibus alieno nomine agere permittitur, etiam sine mandato *leg. sed & hae 33. supr. de procur.* Sunt enim minùs quàm procuratores *leg. 3. §. sed si fortè infr. iudic. sol.* Tutoribus sanè ac curatoribus, quia legitimam personam habent standi in iudicio, hoc ipsum quoque permittitur, si velint in consequentiam cœpti iudicij, quod inchoare coacti sunt, vt etiam finem ei possint imponere: sed non coguntur si nolint propter periculum ancipitis periurij, quod quantò faciliùs incurritur per iusiurandum in litem, in quo maximè adfectioni indulgetur, tantò difficiliùs subeundum est, vt diximus ad *d. leg. 4. supr.* vbi ostendimus malè Accursium, quod hîc dicitur de domino litis sic interpretari, vt tamen idem iuris sit in quasi domino, nempe vt tutores vel curatores comprehendat, quasi & hi loco dominorum sint ex *leg. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor. leg. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt. leg. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam.* quod in tutore quidem & in curatoribus furiosi, vel prodigi verum est, qui ad exemplum tutorum dantur personae principaliter, rebus autem non nisi per consequentias: at non aequè in curatoribus minorum, qui rebus tantùm dantur, non personis, quíque ideo nullam nisi accipiendi iudicij, & authoritatis minori praestandae facultatem habent, non etiam agendi quicquam sine minore. Planè dominus, cuius nomine alius litem contestatus est, licèt ipse contestatus non sit, admittetur tamen ad iurandum, vt benè hîc notat Bart. ex *d. l. 4. vers. adolescens supr.* alioqui periniquum esset, neque eum iurare posse, qui alieno nomine litem contestatus est, quia non suo nomine, neq; dominum cuius nomine, quia non ipse contestatus sit. Ex eo autem quod haec lex ait, non esse permittendum vt alius iuret in litem, quàm qui dominus litis est, quíque litem suo nomine contestatus fuit, intelligimus quàm falsum sit, quod post Bartolum interpretes nostri volunt, etiam ante litem contestatam iurari posse in litem. È contrario autem verissimum esse, quod nos defendimus, nunquam in litem iurari nisi post sententiam; quia nec vnquam defertur à iudice, nisi per sententiam diffinitiuam, per quam tanti condemnatur reus quanti actor in litem iurauerit, *l. si culpa 61. leg. qui restituere 68. supr. de rei vindic. leg. si fundus 16. §. in vindicatione infr. de pignor.* Nec enim lis vnquā aestimatur, nisi per sententiam *l. 2. §. 1. supr. & l. prox. infr.*

8. MARCELLVS libro 18. Digestorum.

TVtor, rem adulti, quam possidet, restituere ei nō vult. Quaero, vtrum, quanti res est, an quāti in litem iuratum fuerit, cōdemnari debeat. Respondi, non est aequum, pretio (id est, quanti res est) litem aestimari: cùm & contumacia punienda sit, & arbitrio potiùs domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.

Ad l. Tutor 8.

RAT. DVB. Cum tutore mitiùs agendum videtur, quàm cum alio quolibet rei alienae iniusto possessore, non solùm quia inuitus officium publicum suscipere coactus fuit, si nullam habuit satis iustam excusationem (nec enim officium publicum cuiquam damnosum esse debet *l. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior.*) sed etiam quia possessionem rei pupillaris ab initio iustè ac lege permittente nactus est, non per rapinam, vt ille de quo in *l. nec quasi 70. supr. de rei vindic.* eiúsque rei non tantùm possessor, fuit, sed etiam veluti dominus *l. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt.* & vice domini, vt loquitur Vlp. in *l. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam.* Prima enim possidendi causa hac parte maximè spectāda est *l. si donatae 36. infr. de donat. int. vir & vxor.* vbi dicitur, in specie non valde dissimili Paulus respondet, si res à coniuge coniugi donatae extent, vindicari quidem eas posse, sed nisi reddātur, earum aestimationem faciendam esse, non quanti dominus in litem iurauerit, sed iusto precio, adeóque quod magis est, caueri debere possidenti de euictione simpli quanti ea res sit, *quia*, inquit, *causam possidendi praestitit donatio*, quamuis donatio prohibita & quae non valuit, donationis nomen non mereatur, nimirum quia non tam amarè, nec tanquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est inter coniuges, sed vt inter coniunctos maximo affectu, inquit idem Paulus in *l. si id quod 28. §. si quas eod. tit.* Quidni ergo idem dicimus in tutore nolente restituere res adulti, vt tamen non idcirco condemnetur, quanti actor in litem iurauerit, sed ad iustum earum precium, cùm & iustam possidendi causam ab initio tutela praestiterit, & maximo affectu ac propè paterno tutor pupillo suo coniungatur, siquidem tutor quilibet ferè alter pater est, sicut & tutoria potestas vicaria est patriae potestatis, vt pluribus docuimus ad *Tit. de tutel.* in nostra Iurisprudentiae Papinianeae scientia. DEC. Nemo inuitus re sua carere, eámque iusto precio vendere cogitur *l. non enim 9. infr. rer. amot.* Nec minùs contumacia tutoris hac poena iurisiurandi in litem punienda est, quàm alterius cuiuslibet iniusti possessoris *leg. 1. supr.* imò tanto magis quod coniuncta est, cum insigni perfidia, crescitque perfidiae crimen ex qualitate tutoris, cùm tutores dentur pupillis, vt eorum personas bonáque tueantur, non vt eos spolient *leg. qui fundum 7. §. si tutor. infr. pro emptor.* Et quamuis ab initio nihil dolo malo tutor fecerit, cùm rerum pupillarium possessionem nactus est, nunc tamen dolo facit, & per rapinam, cùm non vult eas reddere vt in *leg. 2. §. circa infr. de doli mali except.* nec bene comparabitur coniugi rem coniugis ex prohibita donatione possidenti, neque eam restituere volenti: de quo in *d. leg. si donatae.* Etsi enim iustam possidendi causam praebere non potest iniusta donatio, nisi in casu *leg. Pomponius Philadelphus 35. famil. ercisc.* de cuius sententia alibi scripsimus: verum tamen est, possedisse coniugem res sibi donatas, ex voluntate donantis, quod sufficit vt mitiùs cum eo agi oporteat *leg. de eo 63. in fin. de donat. int. vir. & vxor.* Quamquam valde notandus & singularis est ille casus in quo

in quo dominus re sua carere cogitur iusto precio, licet interueniat dolus possidentis, nolentis arbitrio iudicis parere, at causa donationis etiam iniustæ & prohibitæ non est similis tutelæ, quæ ipsa per se tutorem obligat, ad res omnes pupillares finita tutela restituendas. Meritò igitur condemnandus est, si non restituat, quanti adultus in litem iurauerit, nec tantùm si per dolum, sed etiam si per latam culpam tutoris ea restitutio denegetur *l. 2. & pass. C. eod. tit.* Semper enim pupilli miserendum est, qui non eligit sibi tutorem, vt minor curatorem vel maior quilibet procuratorem: sed incidit in tutorē vt eleganter Papin. loquitur in *l. vlt. infr. rem pupill. salu. for.* Malè tamen Bartolus legis huius rationem ex eo petit, quòd actio tutelæ sit bonæ fidei, quasi in omnibus bonæ fidei actionibus ita Ius sit, vt in litem iurari oporteat: quod tamen non ita est, nam neque in actione ex empto quæ maximè bonæ fidei est, iuratur in litem, neque in contrariis iudiciis, nec denique in cæteris in quibus actor suam rem non alienam reposcat, vt docuimus ad *l. in actionibus 5. supr.* Ratio igitur tota ex eo petenda est, quod de iis rebus agatur in hac lege, quæ sint ipsius adulti, & quas inuitus cogendus non sit iusto precio tutori suo vendere. Proinde si per actionem tutelæ adultus reposcat à tutore res alienas putà quæ vel depositæ fuerant penes defunctum, vel ei locatæ, vel commodatæ, vel datæ pignori, non æquè dicendum erit æstimari eas per iusiurandum in litem oportere, cùm hoc casu non habeat locum ratio quæ iurisiurandi huius necessitatem exquisitate induxit, & quam Marcellus eleganter declarat his verbis, *Cùm & contumacia punienda sit, & arbitrio potiùs domini rei precium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.* Nec enim aut iu[...] quisquam præter dominum constit[...] potest, [...] debet precium rei venditæ, cùm suæ quisque rei moderator sit, & arbiter *vulg. l. in re mandata 21. Cod. mandat. l. nemo exterus 9. C. de Iud. & cælicol.* Idque ex hac lege omnium optimè probatur, sicut & quod docuimus in superioribus, & ad finem legis præcedentis non deferri iusiurandum in litem à iudice, nisi per sententiam diffinitiuam, cùm tanti condemnat reum, quanti actor in litem iurauerit.

9. IAVOLENVS libro 15. ex Cassio.

CVm furti agitur: iurare ita oportet, tanti rem fuisse, cùm furtum factum sit [a] non adiici, *eo plurisúe* [b], quia quæ res pluris est, vtique tanti est.

Ad l. Cùm furti 9.

RATIO DVB. Furti actio pœnalis est, cùm per eam actor non rem ipsam furto subtractam, sed pœnam duntaxat persequatur *l. si pro fure 7. §. 1. infr. de condict. furt. l. qui vas 48. in princip. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* Ergo non potest in ea iurari in litem, cùm non iuretur nisi ad rem ipsam litemque æstimandam *l. 1. l. prox. supr.* Adde quòd furti actio sicuti pœnalis ita stricti iuris est, cùm actiones omnes pœnales sint strictæ, ideo quia pœnæ odiosæ sunt, & consequenter interpretatione molliendæ potiùs quàm exasperandæ *leg. penult. infr. de pœn.* Atqui in actionibus strictis nunquam iuratur in litem, nisi cùm præcisa impossibilitas impedit, ne aliter æstimari lis possit, quàm per iusiurandum in litem vt in *l in action bus 5. vers. planè* vbi diximus *sup.* & in *l. si quando 9. C. vnde vi.* Ob has nimirum causas putant plerique non de actione furti, quæ merè pœnalis est, sed de condictione furtiua, qua rem ipsam persequimur, intelligi hanc legem debere, alij verò tam de condictione furtiua quàm de actione furti, sed eo sensu vt non sit hoc iusiurandum in litem, nec adfectionis, sed quomodo vocant veritatis, quod habere locum debeat propter dolum, & inopiam aut difficultatem probationis vt in *v. planè & l. in actionibus & in d. l. si quãdo 9. C. vnde vi.* Alij denique cum Bartolo distinguunt, an furti agatur an condictione furtiua, vt priore casu non possit iurari in litem iureiurando adfectionis, quia in pœnali actione nullum possit interuenire præceptum iudicis de re restituenda, nec proinde contumacia vlla furis in non parendo iudici, ob quam contumaciam iurari contra eum in litem oporteat, possit tamen iurari iureiurando veritatis propter dolum & difficultatem probationum, si res furtiua non appareat: posteriore autem iurari possit, si reus condictione furtiua conuentus iussus sit rem restituere, contemnat iussum iudicis: quæ res iurisiurando in litem & adfectionis facere locum solet. Re autem furtiua ante sententiam perempta citra dolum iurari non possit, nisi iureiurando veritatis vt in *d. vers. planè* Quæ Bartoli distinctio certè non paucioribus abundat erroribus, quàm verbis: nam præter id quod veritatis iusiurandum nullum est, vt docuimus ad *d. l. in actionibus*, falsum etiam est in actione furti non posse iurari in litem ratione adfectionis: etsi enim actio hæc merè pœnalis est, nulla verò ex parte rei persecutoria nesciri tamen potest, ad quam vsque summam ascendat duplum vel quadruplum, quin priùs & ante omnia simpli ratio constituatur, ex cuius scilicet solius comparatione duplum aut quadruplum æstimari debet. Proinde ad æstimationem furtiui corporis actio furti necessariò referenda est, quoties iure dominij defertur, non etiam si ratione solius vtilitatis, tunc enim vtilitas illa sola duplanda est in actione furti nec manifesti, vel quadruplanda in actione furti manifesti, secundum distinctionem Papiniani in *l. si cùm vendidero 80. §. 1. de furt.* Idque est quod idem Vlp. noster scribit in *l. in furti 50. eod. tit.* in furti actione, non id quod interest duplari, vel quadruplari, sed verum rei precium, id est, merum & solum, non cū aliqua vtilitate extrinseca coniunctum, nempe quia id quod interest, plerunque egreditur verum rei precium *l. 1. de action. empt. l. in interdicto 6. vnde vi.* verum igitur precium necessariò sciendum est, nec illud præsens, id est, quod ex communi hominum arbitrio, & existimatione constituendum sit *leg precia rerum 63. ad leg. falcid. l. si seruus 33. ad leg. Aquil. supr.* sed formale, vt loquitur Vlpianus in *l. in lege 62. §. 1. ad leg falcid.* id est quale quantúmque fuerit taxatum à venditore præcisa quantitate non inspecto eo an reuera tanti res sit, vel pluris minorisve, vt iam explicauimus ad *l. in actionibus 5. vers. planè supr.* Tanti enim vnaquæque res verè & formaliter esse creditur, quanti vendi potest *l. si quis vxori 52. § pen. infr. de furt. l. 1 §. si heres ad SC. Trebell l. in causæ 16. § idem Pomponius supr. de minor.* in eóque differt verum precium à iusto *l. si donata 28 infr. de donat. int. vir. & vxor.* Porrò hoc ipsum, id est, quanti res furtiua fuerit, eo tempore quo furtum factum est (ad illud enim præcisè tempus referenda æstimatio est, vt hæc lex ait; quoniam ab illo instanti pœna deberi cœpit, quæ ex post facto, nec augeri potuit, nec minui) taxan-

ctum est per iusiurandum actoris eiusdémque domini, qui furtum passus est, non vt æstimationem illam in locum rei suæ quasi venditæ consequatur (nec enim fit æstimatio hæc ad contrahendam emptionem, vt nec in *l. æstimatis 50. infr. solut. matrim. l. si inter 21. C. de iur. dot.* Cùm etiam postquàm actor pœnam dupli vel quadrupli fuerit consecutus, saluam habiturus sit vindicationem *d. §. cùm furti*, qua proposita, si fur, aut furis heres, aliúsve possessor, quilibet iussu iudicis rem restituere volet, non sit dominus rem suam venditurus, eáve cariturus aut si nolet, tunc iterum rem suam æstimaturus sit dominus, eóque precio quod ipse dixerit, rem suam venditurus) sed vt dupli vel quadrupli ratio iniri possit. Nec enim ob id solùm quod per actionem furti nō cogatur dominus rem suam vendere, melior ipsius condicio fieri debet, vt res minoris æstimetur, cùm in actione ipsa furti non possit fur esse fauorabilior, quàm si vindicatione cuiuslibet possessoris exemplo conueniretur. Nec rursus, quod verum precium duplandum esse scriptum est in *d. l. in furti facere debet*, vt excludatur iusiurandum in litem, quasi non sit verum precium quod actoris iureiurando taxatur. Nam imò verum est etiam quod per iusiurandum taxatur, cùm res non pluris fiat per hoc, sed contumacia vel dolus possessoris aut furis æstimetur vltra rei precium *l. 1. supr. & l. prox. præced.* Fateor quod vult Bartolus, in actione furti non posse æstimari contumaciam furis, quia nullum in ea interuenit arbitrium de re restituenda, sed dico æstimari dolum debere cùm non fiat furtum sine dolo: sufficit autem alterutrum interuenire, aut contumaciam quæ sine dolo numquam est, aut saltem dolum qui absque contumacia esse potest *l. 2. in fin. supr.* Est ergo hic casus notandus, in quo iuratur in litem, non ab alio quidem quàm à vero domino, sed tamen etiam is qui iurat, maneat dominus rei suæ, nec ideò sit ea cariturus odio scilicet furis, cuius dolus non satis per actionem furti pœnalem puniretur, si in æstimanda re furtiua ad dupli vel quadrupli rationem ineundam, dolus ille non minùs æstimaretur, quàm si vindicatione ageretur. Mala ergo etiam est ratio illa, qua mouetur Bartolus, vt neget in actione furti posse iurari in litem, quòd nullam admittat actio illa contumaciam, quasi verò non sufficiat adesse dolum, ad inducendum iusiurādum in litem, qui certè sufficit, vt diximus: nam nec in bonæ fidei iudiciis arbitrium, aut præceptum vllum vnquam interuenit de re restituenda, & tamen in iis non minùs, quàm in arbitrariis iuratur in litem, quoties ratione dominij deferuntur, vt diximus ad *d. l. in actionibus supr.* Contrarius eiusdem Bartoli error in eo est, quod putat in condictione furtiua, si res non perierit, ante sententiam iurari posse in litem, si præcesserit, inquit, præceptum de re restituenda, quod reus contempserit. Nam cùm furtiua cōdictio sit stricti iuris: vt & cōdictiones omnes, non arbitraria, multo minùs in ea vllum interuenire potest arbitrium aut præceptū, vt ipse loquitur de re restituenda, quod nec in bonæ fidei actionibus interuenit. Ideóque duplex absurdum est dicere, in condictione furtiua iurari in litem, quod nusquam scriptum est, & iurari ratione illa, quod in condictione furtiua interueniat præceptum iudicis de re restituenda. E contrario enim rectè procedit iudex ad litem æstimandam, vt in cæteris omnibus tam bonæ fidei, quàm stricti iuris actionibus, neque quod odio furis ea condictio competat, & singulari quodam iure exemplo vindicationis non detur, nisi domino *l. 1. de condict. furt.* facere potest, vt in ea quoque non minùs quàm in vindicatione iurari in litem possit. Cùm non idcirco vtriusque actionis iura confundenda sint, & sufficere domino debeat, quòd electionem habeat, vtrum vindicatione agere malit an furtiua condictione, aliter enim atque aliter in vtraque lis æstimatur, in vindicatione quidem quanti actor in litem iurauerit, si arbitrio non pareatur iudicis rem restitui iubentis. In condictione verò furtiua quanti plurimi retrorsum res fuit à die sententiæ, in diem vsque litis contestatæ *l. 2. §. quæsitum infr. de priuat. delict. l. in re furtiua 8. §. 1. & l. vlt. de condict. furt.* Alioqui si eadem in vtraque actione fieret litis æstimatio per sententiam & condemnationem, parùm abesset quin vna tantum actio esse videretur: quod abhorreret à proposito legislatoris ciuilis, qui duabus istis actionibus licèt contrariis & incompatibilibus furem teneri voluit, non alia ratione quàm mero ipsius odio, vt scriptū est in *§. sic itaque Instit. de action.* Et verò tametsi is qui condictionem furtiuam exercet, sit dominus & agat quia dominus est, non tamen agit tanquam dominus nec vi dominij, vt reprehensores nostri malè loquuntur, sed potiùs tanquam non dominus, cùm ad instar aliarum condictionum omnium intendat dari sibi rem oportere, acsi non esset dominus, & acsi fur qui furando egit quantum potuit, vt dominium vero domino eriperet, sibíque acquireret, effectus dominus fuisset. Sibi ergo imputet qui pro vindicatione condictionem eligere maluit, allectus fortasse dulcedine æstimationis illius quāti plurimi, quæ extra causam legis Aquiliæ in sola cōdictione furtiua locum habet, nec causari potest per condictionem furtiuam, æquè ac per vindicationem fieri, vt cogatur inuitus re sua carere, eámque vendere pro litis æstimatione. Nam præter id quod non ita est, quia condictio non perimit vindicationem, sicut nec vindicatio condictionem, vt posteà dicemus ex *l. ei qui 9. infr. de furt.* non id agit qui ex condictionis furtiuæ causa litis æstimationem consequitur, vt rei suæ dominium amittat, quod quasi nondum habeat, in se adhuc transferri postulat, & ideo iurisiurādi in litem beneficiū implorare non potest, quod vtique probabiliter concedendum ei esset, si condictio furtiua vindicationem tolleret, eiúsque loco cederet, alius nec leuior eiusdem Bartoli error in eo est, quod ait in condictione furtiua, si res perierit ante sententiam de re restituenda latam, iurari quidem posse in litem contra furem, sed iureiurando veritatis, ob dolum inquit, & probationis difficultatem sed non affectionis. Distinguere enim debuit non an res perierit ante moram aut post moram vt in *d. l. in actionibus vers. planè* cùm fur semper moram facere intelligatur *l. in re furtiua 8. §. vlt. & l. vlt. de condict. furt.* Sed vtrum ante litem contestatam, an posteà, si ante litem contestatam iurari in litem potest, quia neque impunita furis mora esse debet, neque potest iudex sine delatione iurisiurandi æstimare rem, quæ non extat, nam & idem in quolibet alio stricti iuris iudicio contingeret re post moram perempta *dict. vers. Planè.* Si verò post litem contestatam, & ante sententiam res furtiua perierit, qui casus est, quem Bartolus tractat, falsum est quod ille vult iurari in litem hoc casu posse: cùm alia ratio supersit indemnitatis actori præstandæ, æstimata scilicet re furtiua, quan-

na, quan-

tia, quanti plurimi vnquam fuerit à die mortis in tempus vsq. retrorsus computandum litis conte-ftatæ, *d.l. in re furtiua* 8. §. 1. *&* *d.l.* 2. §. *quæsiti de priuat. delict.* Quæ æstimatio qualis & quanta fuerit sciri optimè etiam citra iusiurandum facilè potest. Sed grauissimus tam Bartoli quàm Accursij omniúmq. interpretum error ille est, quòd putant actionem furti, de qua sola hîc Iauolenus loquitur, pro furtiua condictione accipi etiam posse & debere. Differunt enim toto genere, cùm furti actio sit criminalis, condictio autem furtiua ciuilis, nô minùs quàm cæteræ. Illa merè pœnalis, hæc verò rei persecutoria. Illa nec heredi datur, nec contra heredem furis §. *omnes autem Instit. de perpet. & tempor. act.* Hæc datur & heredi & contra heredem furis *l.* 5. *de condict. furt.* Illa datur contra eum quoque cuius ope & consilio furtum factum est: hæc non datur *l. proinde* 6. *eod.* nec moueri debuerunt ex eo, quod idem noster Iauolenus scribit in *l. si is cui* 71. *in princip. infr. de furt.* si is cui commodata res erat, furtum ipsius admiserit, agi cum eo posse & furti & commodati, &, si furti actum est, commodati actionem extingui, sin commodati, actioni furti exceptionem obiiciendam, quasi actionem furti eo quoq. loco Iauolenus dixerit pro condictione furtiua, ne alioquin pugnet ex diametro illa lex cum *leg rei communis* 45. *& seqq. infr. pro socio.* vbi ex Vlpiano scriptum est per actionem pro socio, quæ concurrit cû actione furti, non tolli actionem furti, nec contra. Idémq. in omnibus bonæ fidei iudiciis dicendum esse, sed si ex causa furtiua condixero, cessare actionem pro socio, nisi si pluris mea intersit. Nam etiamsi melius aliud dici nihil posset, de quo videbimus ad *d.l. rei communis*, mallem fateri pugnasse in hac quæstione Iauolenû cum Vlpiano, quàm fœdam illam & nominum & rerum confusionem inducere, vt actionem furti dixerit Iauolenus pro furtiua condictione. Nam & dissensisse in illa quæstione veteres Iureconsultos apertè scribit Paulus in *l. qui seruum* 34. *in princip. infr. de oblig. & act.* quæ sumpta est ex libro singulari, quê ob eam causam conscripsit de concurrentib. actionibus, in quo verisimile est, illud potissimùm tractauit, pluribus de eadem re concurrentibus actionibus, an & quando altera per alteram tollatur: ait enim, si quis seruum alienû iniuriosè verberauerit, ex vno illo facto eum incidere in legem Aquiliam, & in actionem iniuriarum, quoniam iniuria ex affectu fiat, damnum verò ex culpa, & id eo non dubitari quin possit vtraq. actio competere, sed quosdam putare altera electa alteram consumi. Alios verò, in quorum numero fortasse Iauolenus fuit, per legis Aquiliæ actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum & æquum esse condemnari eum, qui iam æstimationem præstiterit, cùm iniuriarum actio tota sit ex bono & æquo, sed si iniuriarum antè actum esset, teneri eum ex lege Aquilia, cuius distinctionis partem priorem Paulus probat, sed posteriorem omnino improbat, siue Paulus, siue, quod malo, Tribonianus verbis illis sequentibus, adeò videntur mihi parum elegantia, & Triboniano quàm Paulo digniora, *Sed hæc sententia, inquit, per prætorem inhibenda est, nisi in id quod amplius ex lege Aquilia competit, agitur: rationabilius itaque est eam admitti sententiam vt liceat ei quam voluerit actionem priùs exercere, quod autem ampliùs in alia est etiam hoc exequi.* Ex quo sequitur, vt si plus sit in actione priùs proposita consumatur altera, vel ipso iure, vel saltem quod est tutius, per exceptionem, non solùm si vtraque sit pœnalis, vt in exemplo superiore, sed etiamsi vna pœnalis, altera rei persecutoria, vt in exemplis aliis de quib. in §. *nunc de colono*, ad finem vsq. legis, vbi sine dubio retinenda est vetus lectio, quæ habet negationem in illis verbis, *sed verius est non remanere.* sequitur enim ratio per negationem quoq. concepta his verbis, *quia simplo accedit & simplo subducto locum non habet.* Quam negationem qui tollunt vt præcedentium verborum lectionem quæ in *Pand. Flor.* adfirmatiua est, plus certè Pandectis Florentinis tribuunt, quàm iuris rationi. Sed de his omnibus dicendum erit latiùs ad *d. l. rei communis* 45. *& seqq. vsque ad* 51. *infr. pro socio.* Hoc tamen attingere coacti fuimus, ne quis putet Iauoleni sententiam, etiamsi cum cæteris pugnet, omnino ratione destitui: nam cùm actio commodati sit bonæ fidei, in omnibus autem bonæ fidei iudiciis condemnationem ex bono & æquo fieri oporteat, consequens esse videtur, vt per actionem furti priùs propositam finiatur & tollatur ipso iure, quia bonum & æquum non est iterum condemnari eum, qui iam duplum vel quadruplum eidem actori præstiterit, quamuis si priùs actum sit commodati, non æquè tolli possit ipso iure actio furti, quæ non vt illa ex bono & æquo est, sed ex stricto iure legis 12. tabul. Ideóque exceptionem eo casu necessariam esse Iauolenus quoque voluit. Nec aliud Pauli iudicium fuit in actione legis Aquiliæ concurrente cum actione commodati, vt apparet non tam ex *d. l. qui seruum* quam à superioribus verbis vsque ad finem legis Triboniani potiùs esse arbitror, quàm ex *l. sed nihilominus* 48. *& l. sed actione* 50. *pro socio*, vbi distinguit ille hac parte actionem legis Aquiliæ ab actione furti, vt si concurrat actio legis Aquiliæ cum actione pro socio, vel alia bonæ fidei, & priùs agatur actione bonæ fidei, non aliter condemnandus sit reus, quàm si ab actione legis Aquiliæ liberetur, quoniam vtraq. actio detur ad rei persecutionem, licèt actio legis Aquiliæ detur etiam ad pœnam propter repetitionem præcedentis temporis, quo res pluris fuit aut esse potuit. Secus si concurrat actio bonæ fidei cum actione furti, quæ tota ad pœnam dumtaxat respicit, non etiam ad rei persecutionem: quam differentiæ rationem Iauolenus non satis subtiliter percepisse videtur, vt nec alia multa quæ Paulus diligentius obseruauit, & propter quæ videas eum passim à Iauoleno dissentire. Cæterùm si priùs actum sit lege Aquilia, quàm actione pro socio, vel alia quæ sit bonæ fidei, non negat Paulus actionem bonæ fidei hoc ipso consumptam & finitam esse, quod & disertè scriptum est in *d. l. qui seruum* §. *vltim.* Ratione illa, quam attulimus, quod bonum & æquum esse desinat, adhuc teneri eum, qui æstimationem iam præstitit, nisi poneres in actione bonæ fidei, quæ posterior proponitur, amplius aliquid esse, quàm quod ex legis Aquiliæ actione actor consecutus sit. Nam fortè si pluris eius intersit, cùm eius quod interest, ratio nulla habeatur in iudiciis strictis, quomodo habetur in iudiciis bonæ fidei. Nam & eadem distinctio adhibetur, si quando actio aliqua bonæ fidei concurrat cum condictione furtiua, quamuis hæc quoque sit merè rei persecutoria, & nulla ex parte pœnalis *leg. sed si ex causa* 47. *infr. pro socio*, tametsi hanc distinctionem siue Paulus, siue Tribonianus prætermiserit, in *dict. l. qui seruum* §. 1. vbi scribit, si is cui rem commodauero eam subripuerit, teneri quidem eum & commodati actione & côdictione, sed altera actio-

ne alteram perimi, aut ipso iure, aut quod est tutius, per exceptionem, quod cùm non idem responsurus Paulus fuerit in actione furti, vt constat ex *dict. leg.* sed actione apparet eum, prudentésque cæteros, actionem furti à condictione furtiua in omnibus & per omnia distinxisse, nec minùs Iauolenum quàm cæteros, vt non magis actionem furti pro condictione furtiua vnquam dixerint, quàm condictionem furtiuam pro actione furti: quò pertinet tenditque tota hæc nostra digressio, nam quod plerique interpretum ad eundem errorem confirmandum proferunt ex *leg. ei qui 9. leg. eum qui 14. §. qualis ergo 16. eod. tit. de furt. & ex leg. 3. §. vltim. supr. naut. caupon. stabul.* ridiculum est, cùm in omnibus iis locis apertissimè separetur actio furti à condictione furtiua. Quanquam non possum dissimulare, quin mirum videri possit, quod ex Pomponio scriptum est in *dict. leg. ei qui*, si rem meam à fure subreptam vindicauero, condictionem mihi manere. Nam cùm vtraque detur ad rei persecutionem, & per vindicationem fiat, vt ego vel rem meam recipiam, si fur eam restituet, vel si nolet restituere consequar, quanti ego mea interesse in litem iurauero, atque ita rei meæ quasi hoc ipso venditæ dominium in furem transferam, quis ferat saluã mihi adhuc esse condictionem, cùm soleat dici quod & verissimum est, recepta re furtiua saluam quidem esse furti actionem, sed vindicationem & condictionem tolli *leg. si pignore 54. § cùm furti infrà de furt.* Quid enim refert, an per vindicationem, an sine vlla actione rem meam recipiam? Aut an rem meam, an pro re æstimationem, quam ego ipse taxauero? Quòd si tum quoque cùm furtiua condictio concurrit cum alia actione bonæ fidei, altera alteram consumit, aut ipso iure, aut per exceptionem, vt diximus ex *dict. leg. qui seruum 34. §. 1. de verb. oblig.* miscentúrque condictio & actio bonæ fidei, vt ibidem in §. *vltim.* scriptum est, nisi in eo quod per alteram actionem amplius consequi actor potest *dict. leg. sed si ex causa 47 pro socio.* Quanto magis dicendum est consumi furtiuam condictionem per vindicationem, quæ non nisi ad rem ipsam furtiuam persequendam datur? Præsertim cùm condemnatio quæ fit ex vindicatione, quæ arbitraria actio est, semper plenior sit, quàm quæ ex condictione, quæ stricta est, vt omnium optimè probat is ipse locus *dict. lect. ei qui.* Nisi fortè Pomponium de eo intelligere volumus, qui cœperit tantùm vindicare, necdum tamen vindicationis effectum vllum consecutus sit: neque enim putandum est, sola electione vnius ex his actionibus furem ab altera liberari, verùm interpretationem hanc vix patiuntur verba illa Pomponij, *sed si eam à fure vindicassem*, aliud enim est si quis cœperit vindicare, aliud verò si iam vindicauerit *l. naturaliter 12. §. nihil commune infr. de acquir. poss.* Et tamen suadetur hæc interpretatio ex iis quæ apud Pomponium sequuntur, si modò Pomponij sunt, ac non potiùs Triboniani, quod magis puto. Sic enim habent, *sed potest dici officio iudicis qui de proprietate cognoscit contineri, vt non aliter iubeat restitui* (nondum ergo præcesserat iussum aut arbitrium de re restituenda, nec de proprietate ipsa fuerat quicquam adhuc pronunciatum) *quàm si condictionem petitor remitteret.* Ita admittens condictionem hoc casu non tolli ipso iure, sicuti nec tollitur actio legis Aquiliæ per actionem pro socio, aut commodati, aut aliam quæ sit bonæ fidei *dict. leg. sed actione 50. pro socio.* Quod minùs certè mirandum est, si ponas nullamdum ex vindicatione secutam condemnationem, quod lex ponit. Sed quid si secuta sit condemnatio, & actor qui vindicauit, non rem ipsam receperit arbitrio iudicis, sed quanti ex ea causa in litem iurauerit? Hoc verò est quod non facilè possum mihi persuadere, vt nihilominùs salua ei sit condictio, cùm tamen post sententiam diffinitiuam, & iusiurandum præstitum supradicto remedio locus esse non possit. An non enim satis rem recepit, qui pro re consecutus est pœnæ nomine tam magnam æstimationem? *leg. vltim. de fideiuss.* Sed magis miror quod sequitur in eadem lege, *Quòd si ex condictione damnatus antè reus æstimationem sustinuerit, officio iudicis qui de proprietate cognoscit contineri, vt aut absoluat reum, aut, quod magis placet, si paratus esset petitor æstimationem restituere, nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.* Cur enim faciliùs perimat condictio vindicationem, ope saltem exceptionis, quàm vindicatio condictionem? Nisi quis ad id confugiat, quod iam attigi, furem qui ex condictione damnatus litis æstimationem soluit, non idcirco videri factum esse dominum, nec si res fuerit præsens, secundum distinctionem *leg. hac si res 47. supr. de rei vindic.* quia non videtur emisse à domino, cùm litis æstimationem soluerit ei, qui dominus quidem fuit, sed qui tamen egit tanquam non dominus: quod secus est in eo, qui vindicatione conuentus soluit æstimationem vero domino. Hic enim verè fit dominus, nec proinde veteri amplius potest condictionem furtiuam, quæ sicuti nunquam competit nisi domino, ita neque dari vnquam potest contra dominum, non magis quàm illud fieri, vt eiusdem rei dominium penes duos in solidum esse possit *leg. 5. §. si duobus infr. Commod.* Quanquam in contrarium illud facit pro Vlpiano, cuius sententia certè verissima est, quod cùm fur per æstimationem petitori vindicanti solutam factus est dominus, tanto faciliùs potest dominium illud in actorem transferre intendentem ex formula actionis, *dare illum oportere:* videtúrque sufficere actori, quod furti tempore fuerit dominus, vt condictionem furtiuam exinde sibi competentem retinere & exercere possit, cùm nec dominium illud amiserit, nisi coactus, non solùm propter contumaciam furis, qui vindicatione conuentus maluerit litis æstimationem præstare quàm rem restituere, sed etiam quia nec vindicandi necessitatem habuisset, si furtum passus non fuisset: ideóque nec debet fieri melior conditio furis, ob id quod ipsius facto, & ex mera iuris necessitate, dominus pristinus amittere dominium coactus sit: Et quandiu fur rem retinet, eáque dominus caret, ex alia causa quàm venditionis voluntariæ, tandiu condictionem saluam manere æquum est, ne aliter posito iure adimamus domino vindicationẽ, cùm damus ei condictionem, aut è contrario adimamus ei condictionem, si demus vindicationẽ: quod certè alienum esset, vt iam diximus, à mente & proposito ciuilis legislatoris, qui duas illas actiones licèt contrarias, & incompatibiles, odio furis induxit, quo pluribus ille actionibus teneretur, non vt esset in potestate & arbitrio domini, quàm eligere vellet, vt in specie *l. cùm filium 76. §. variis de legat. 2. & l. quod in heredem 9. § eligere de tribut. act.* sed vt vel alterutra actione cogi fur posset rem furtiuam reddere,

dere, vel vtriusque actionis pati condemnationem. Atque hanc Vlpiani sententiam & rationem esse arbitror, ob quam scripserit, dominum etiam qui rem suam à fure vindicauerit, nec tamen receperit, saluam habere condictionem, nec locum hîc esse temperamento, quod excogitauit Tribonianus de arbitrio in rei vindicatione ita concipiendo, vt petitor iubeatur remittere condictionem. Esset enim hoc temperamentum æquitatis, quod in actionibus quidem bonæ fidei locum habere potest, vt in *d. l. sed actione*, vnde fortassis errandi occasionem sumpsit Tribonianus, itemque in rei vindicatione quæ tanquam arbitraria æquitatis rationem admitteret *l. sumptus 48. de rei vindic.* si non aduersus furem exerceretur. Sed pro fure inauditum est, vt æquitatis ratio vlla haberi possit *l. pen. in fin. ad SC. Trebell.* cuius odio tam multa in iure comparata sunt singulari iure, præsertim verò hoc de quo nunc tractamus, vt & vindicatione, & condictione simul teneatur. Quòd si arbitrium iudicis in rei vindicatione contra eum proposita, qui dolo fecit, quominùs possideret, tale esse non debet, vt iubeatur petitor ei cauere de præstandis actionibus *l. is qui dolo 69. & seq. supr. de rei vindic. l. quòd si dolo 25. eod.* (est enim hoc ius proprium possessorum bonæ fidei *l. si à bona fide 21 & seq. l. si culpa 63. eod.*) multo minùs in vindicatione contra furem instituta, iubendus erit petitor condictionem furi remittere. Ergo è contrario, si ex condictione antè damnatus reus litis æstimationem præstiterit, multo minùs dicendum est, absolui furem debere in iudicio vindicationis, cùm alia sit causa vindicationis, alia condictionis, nec rei iudicatæ exceptio locum habere hîc possit, præsertim cùm grauior futura sit condemnatio, maiórq. litis æstimatio in vindicatione, quàm in condictione, propter iusiurandum in litem *d. l. qui restituere eod. & d. l. vltim. de fideiuss.* quod in vindicatione locum habet, in condictione non habet: Præter id quod in vindicatione dominij venit omne id quod interest petitoris *d. l. qui restituere*, vt solet venire quoties iuratur in litem *l. 2. & 3. supr. hoc tit. l. pen. inf.* At in condictione non venit *d. l. sed si ex causa 47. infr. pro socio.* Quod autem Triboniano magis placet, vt si paratus sit petitor æstimationem restituere, quam ex condictione consecutus est, nec ei homo restituetur, tanti condemnetur ei possessor, quanti in litem iurauerit, adhuc absurdius videtur. Quis enim vnquam audiit esse in arbitrio victoris, qui in aliqua actione obtinuit, & litis æstimationem consecutus est, vt quod percepit restituat, aliámque subinde actionem proponat? nam vel priorem actionem exercendo renunciauit posteriori, vel non si renunciauit nullo modo est audiendus, nec si prioris actionis fructum nullum perceperit *d. l. naturaliter 12. §. nihil commune de acquir. poss. & d. l. 9. §. eligere de tribut. act.* multo minus si iam perceperit. Quòd si non renunciauit, nec vtramque exercere prohibetur, cur iubendus sit restituere quod percepit? Scio permitti quandoque domino qui litis æstimationem percepit à bonæ fidei possessore, ob amissam eius fraude possessionem, si postea idem dominus possessor factus Publiciana conueniatur, vt audiendus sit, si pecuniam quam periculo condemnati receperat, velit restituere *d. l. si non culpa 63. in fin. de rei vindic.* quæ cùm hoc denegat domino aduersus possessorem, qui culpa non fraude possessionem amiserat, hoc ipsum concedit aduersus eũ cuius fraus aliqua in possessione amittenda interuenerit. Sed hoc pertinet ad retinendam possessionem, quam dominus rei quondam suæ ex aliqua causa nactus sit, non vt liceat domino, qui egit & obtinuit, pœnitere aliámque actionem quã sibi commodiorem, & vtiliorem fore putet, eligere. Quod sanè à iuris nostri regulis omnib. tam alienũ est, vt nec odium furis putem eousque posse pertingere. Essétque lõgè expeditius id temperamentum sequi, quod scriptum est in *d. l. qui seruum* vt quod minùs consecutus esset dominus ex condictione, id per vindicationem consequi posset, nec compensatio aut potius consumptio, confusio & immixtio fieret harum actionum, nisi ad concurrentem vsq; quãtitatem *d. l. sed si ex causa 47. infr. pro socio.* Quamquam nec hoc necesse est, cùm odio furis, quẽ placuit duabus his actionibus teneri cum effectu, non magis vindicatio tolli possit per condictionẽ, quàm condictio per vindicationem, vt benè Vlp. scripserat in *d. l. ei qui*, sufficit enim vtriusq. actionis aliam atq. aliam esse æstimationem *leg. 2. §. quæsitum infr. de priuat. delict.* nisi cùm alterutra actione dominus rẽ suã recepit. Eo namq. casu alteram quoq. tolli fatendum est, eodẽ scilicet iure, quo si dominus etiam extra iudicium rem suam recepisset, vtraque illa actio & vindicatio & condictio tolleretur *d. l. si pignore 54. §. cùm furti eod. tit. de furt.* Nimirum quia vtraque datur ad solam rei persecutionem. Inconueniens autem, & absurdum est, vt rem aliquam persequatur is, qui iam eam habeat, adeo vt dubitatum sit hoc casu, an ipsa quoque furti actio superesset, quam tamen superesse meritò placuit, quia tota pœnalis est *l. qui vas 48. in princip. eod. tit.* Sed illud notabilius est in *d. l. ei qui*, quod Tribonianus nouæ suæ iurisprudentiæ inuentor, quam ille sub Vlpiani nomine inuexit in *d. l. qui restituere*, admittit tanti damnandum esse furem eundémque possessorem hominis furtiui, si eum nolit restituere quãti actor in litem iurauerit. Quidni enim aduocat etiam contra furẽ auxilium manus militaris vt in *d. l. qui restituere* cùm tractet de fure, qui adhuc possessor sit rei furtiuæ, nolítque per contumaciam hominem quem subreptum habet restituere: an fortè fauorabiliorem facere noluit causam furis, quàm alterius cuiuslibet iniusti possessoris? Fauor enim est, si quis inuito domino etiam iniusto precio velit rem alienam retinere: quod præcipuè furi & raptori longè minùs permittendum est *l. nec quasi 70. supr. de rei vindic.* Cur non etiam addidit Tribonianus ex alia illa noua sua iurisprudentia, taxandam esse hoc etiam casu à iudice quantitatem, ad quam vsque iuretur vt in *l. 4. § iurare & l. 5. supr.* Scilicet ad eam vsque, quam credibile putasset iudex, maiorem fieri posse per condemnationem in iudicio vindicationis, quàm quæ irrogata fuisset in iudicio condictionis. Fuisset enim longè commodius, & æquius, quàm domino iniungere necessitatẽ restituẽdæ pecuniæ, quàm ex condictione percepisset, nec enim semper aut tã facilè restituenda quantitas est in numerato, sæpéque accidet, vt restituendæ eius difficultate vindicationis exercitio differatur, atq. ita ipsius cõmodũ domino eripiatur. Ex quib. intelligimus, quàm parum sibi constans Tribonianus fuerit in peruersa illa sua Iurisprudẽtia, & quã parùm felix in prudentum responsis corrigendis, aut potiùs corrũpẽdis, vt nõ sine causa Bartolus ad *l. in actionib. in fin.* difficilẽ dixerit hanc materiã. Vtinã autẽ tã verè dixisset, eam à se tùm primùm intellectã fuisse, nõ esset quod tam longos nũc à nobis haberes in hunc tractatum com-

mentarios, ex quorum lectione videbis facilè, mi lector, quàm variis Tribonianus, & post Tribonianum, interpretes omnes erroribus se inuoluerint, cùm ex vetere iurisprudentia, nulla ferè circa iusiurandum hoc in litem aut dubitandi, aut errandi occasio superesset.

a *Tanti rē fuisse cùm furtū factum est.* Relatione scilicet facta ad tempus admissi furti, nō ad tēpus quo agitur, aut quo iuratur, vnde apparet clarissimè nō de cōditione furtiua hîc tractari, vt putant interpretes, sed de ipsa furti actione, vt verba sonāt, neq. enim æstimatio rei furtiuæ in condictione furtiua egreditur, vnquā retrorsum iudicij accipiendi, & litis contestatæ tēpus *l. 2. §. quæsitū infr. de priuat. delict.* nec proinde retrotrahitur ad tēpus furti, quia odiū furis nihil aliud potest inducere, nisi vt à die furti morā fecisse, & semper moram facere fur intelligatur *l. in re furtiua 8. §. 1. l. vlt. infr. de condict. furt.* Moræ autē ratio nulla habetur in æstimāda re debita ex cōtractu stricto, sed tātùm in re debita ex cōtractu bonæ fidei *l. 3. §. si per venditorem l. si sterilis 21. §. cùm per vēditorem infr. de action. empt.* neq. rursum in cōdictione furtiua res æstimatur, habita præcisè huius vel illius tēporis ratione, quomodo in cæteris conditionib. & actionibus stricti iuris inspicitur præcisè tēpus litis cōtestatæ *l. vinū 22. supr. de reb. cred. l. vlt. infr. de condict. tritic. l. 3. §. in hac infr. cōmod. l. hominē 37. mandat. l. fundū 28. de nouat.* sed quanti plurimi res fuit à die litis cōtestatæ *d. §. quæsitū.* Sic enim accipi debet, & restringi, quod generaliùs scriptum legimus in *l. in re furtiua 8. §. 1. inf. de condict. furt.* licèt Accursius ibi malè cōtrà sentiat, vt ad eum locū dicemus. Rat. dvb. Cùm in litem iuratur, æstimat actor suo iureiurando quanti res est, itémq. contumaciā possessoris vltra rei preciū *l. 1. l. prox. supr. hoc tit.* Ergo quāti res est, & quanti actoris interest eo tempore quo iuratur, non quanti res anteà fuit, vt putà tempore furti. Dec. Multùm interest, an iuretur in litē ad æstimationē ipsam, quæ in iusiurandū deducitur cōsequendā: quo casu iusiurandū ad tēpus præsens referendū est, an verò ob id dūtaxat vt sciri possit, quid quantúmq. duplandum vel quadruplādū sit, vt in actione furti *d. l. in furti 50. & d. l. si vendidero 80. §. cùm autem infr. de furt.* Hoc enim casu non ad aliud tēpus referri iusiurandum potest, quàm ad tempus furti, cùm exinde pœna deberi cœperit, vt iam suprà attigimus, quæ tamen ex post facto, neque crescere potest, neque decrescere: cresceret autem vel decresceret, si non ad ipsum furti tempus præcisè æstimatio referretur.

b *Non adiici eo plurísve.* Rat. dvb. Tam mendax & periurus est is, qui minùs dicit, quàm sit in rei veritate, quā qui plus dicit. Veritas enim vnica est, & in puncto, ac indiuiduo semper consistit. Qui ergo iurat ne ancipitis periurij periculū subeat, vel benè certus esse debet, quanti reuera res sit, vel tēpus petere ad se certiorandum, vt in *l. iusiurandum & ad pecunias 34. versic. quid tamen supr. tit. prox.* vel si iuret tanti rem esse, illud etiam adiicere *plurísve* si rem pluris potiùs quàm minoris esse suspicetur. Dec. Non incurritur periurium, quoties non satis ex veritate iuratur, sed ita demum si adsit animus peierandi, in eo qui iurat, vt alteri noceat, & sibi prosit, falli enim aduersarium oportet à iurante, & quidem sciente *l. qui iurasse 26. supr. tit. prox.* Atquin is qui rem quæ pluris est, minoris æstimat, sibi nocet, non alteri, non quomodo is qui rem pluris æstimat, quæ minoris sit. Nullum ergo hoc casu periurij subest periculum, nec vllum in re ipsa mēdacium, licèt res pluris sit, quàm quanti eam esse iuratum est, quia, vt Iauolenus hîc scribit, quæ res pluris est, vtique tanti est: id enim est, quod Grammatici tradunt, in comparatiuo inesse positiuum, perinde atque in superlatiuo. Placet autem quod ex hac lege Bart. infert testem qui à iudice iuratus & examinatus, dixit rem de qua agitur, dignam esse centum aureis, posse iterum examinari ex causa, nec periurum esse, si testificetur dignam esse centum & quinquaginta aureis, quia nihil vetat vtrumque verum esse, nec sunt ista contraria, sed diuersa *cap. de testibus & cap. causam quæ inter extr. de testib.* quod tamen intellige, nisi testis in priore testatione adiecerit dictionem taxatiuam *tantùm* & dixerit rem esse dignam centum aureis tantùm. Dictio enim taxatiua excludit omnes casus cæteros, non minùs diuersos, quàm contrarios, nec admittit alios, nisi similes *l. 1. §. hæc actio supr. si mens. fals. mod. dixer.* Idem Bartolus notat, & rectè adiectionem hanc *& plus* in testium dictis nihil operari, nec in aliis dispositionibus in quibus id agitur, vt aliquid certum reddatur, quia hæc adiectio nihil certi habet, nisi quod res pluris est, quantitatis autem maioris, quæ in eo pluri continetur, meram incertitudinem continet: sed si nihil certum quæratur posse aliquid operari, vt in *l. etsi post tres 8. supr. si quis caution. l. cùm filius 76. §. pater de legat. 2.* Ita tamen vt ad modicum, non ad immensum quid referatur *l. hæc adiectio 192. de verb. signific.*

10. Callistratvs libro 1. Quæstionum.

In instrumentis, quæ quis non exhibet actori, permittitur in litem iurare, quanti sua interest, ea proferri: vt tanti condemnetur reus. Idémque etiam Diuus Commodus rescripsit.

Ad l. In instrumentis 10.

Rat. dvb. & decid. eadem est quæ ad *leg. 2. in princip. supr.* vbi scriptum est, in actione ad exhibendum iurari in litem. Nihil enim refert, an de specie aliqua exhibenda agatur an de instrumentis, nisi quod cùm de exhibenda specie agitur, illud omnino requirimus, vt exhibitio petatur iure dominij, & tanquam præparatoria vindicationis. Cùm autem de instrumentis, sufficit, vt ad actorem pertineant ratione iuris & vtilitatis *leg. non ignorabit 4. Cod. ad exhib. l. pen. Cod. hoc tit. leg. sicut datam 26. Cod. de liber. caus. l. plures apochæ 19. Cod. de fid. instrum.* Parum enim est, chartam in qua instrumentum scriptum est, tuam non esse, si modò instrumentum ipsum vtilitate tuum sit, & ad te pertineat: cùm tanti tua intersit, quanta est vtilitas, quam ex eo instrumento possis percipere: quamquam si instrumentum ipsum velis vindicare, non aliter tibi permittendum est, quàm si probes te dominum esse chartæ, cui scilicet literæ cedūt quamuis aureæ *§. literæ Instit. de rer. diuis. l. in rem 23. §. sed & id quod supr. de rei vindic.* vbi dixi.

11. Pavl.

II. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

DE periurio eius, quę ex necessitate iuris in litem iurauit, quæri facile non solere.

Ad l. vlt. De Periurio.

RAT. DVB. Periurium delictum est, & quidem grauissimum, cùm adnexum habeat contemptum diuini numinis, cuius veneratione sola iusiurandum præstatur, vt fidem & vim plenissimæ probationis habeat *l. quæ sub cond. 8. infr. de condit. inst. l. qui per salutē 32. supr. Tit. prox.* Ergo impunitū manere nō debet, cū intersit reipublicę, tantò grauiùs delicta puniri, quātò sunt grauiora *l. ita vulneratus 51. ad fi. supr. ad l. Aquil. l. si à reo 71. § vlt. infr. De fideiuss. l. Stichum aut Pamph. 95. in prin. De sol.* nec quòd ex iuris necessitate iuratū sit, facere potest, vt eo magis impunitū periuriū esse debeat, nec enim iurandi necessitas peierandi quoque necessitatem inducit, atqui non potest puniri periurium, nisi detegatur, nec detegi quin de eo quæri oporteat. Ergo etiam de periurio eius qui ex iuris necessitate iurauit, quæri debet. DEC. Iurisiurandi cōtempta religio tam graue crimen est, vt solum Deum vltorem habere possit, & debeat *l. 2. C. de reb. credit. & iureiur.* Cúmque iusiurandum maximum remedium sit expediendarum litium, quòd ciuili legislatori præcipuæ curæ est, *l. 1. suprà tit. prox.* inutile propemodum fieret ac longè rarioris vsus, si adnexum haberet periculum futuræ inquisitionis de periurio, quod per falsos fortasse testes, aut per falsa instrumenta probari posset, contra eum qui reuera non peierasset. Ergo vel permittendum non est iudici, vt iusiurandum cuiquam deferat, vel iniungendum ei est vt iusiurandum præstitum habeat pro veritate, certissimáque probatione. Ne alioqui possit ei obijci, quod litigatori, qui peierasse dicitur, peierandi si non causam, saltem occasionem ac propemodum necessitatem præstiterit. Iurat autem ex iuris necessitate, quisquis iurat deferente siue iudice ipso, siue etiam aduersario, cùm hic quoque vel iurare cogatur, vel referre, vel succumbere *l. manifestæ 38. suprà tit. prox.* nisi iustam causam habeat recusandi iurisiurandi, vt ibi diximus *ex l. generaliter 12. § 1. Cod. eod.* referre autem valde sit periculosum *l. iusiurandum & ad pecunias 34. eod. tit.* quia meliùs & tutiùs est, se quàm aduersarium iudicem, testémq; in sua causa constituere *l. 1. infrà quar. rer. act. non det.* sed magis ex necessitate iurat quisquis ex relatione iurat, quia non potest verum referre, etiamsi maximè velit, cùm iam detulerit, & ei relatum sit, vt diximus *ad l. manifestæ.* non magis quàm ille cui delatum est ex conuentione *l. iusiurandum quod ex conuentione 17. eod. tit.* qui proinde ex necessitate quoque iurat, licèt potuerit ab initio non ita conuenire, vt referendi iurisiurandi facultatem sibi retineret: sed iurant isti omnes, ex iuris necessitate causatiua tantùm, non præcisa. quia in eorum potestate est, non iurare, si malint succumbere, *d. l. iusiurandum & ad pecunias § ait Prætor eod.* Alia ratio est iurisiurandi in litem: defertur enim ex iuris quidem necessitate à iudice, qui non aliter potest ex æquitate indemnitati domini consulere, qui per dolum vel contumaciam aduersarij cogitur re sua carere, eámq. acceptа litis æstimatione inuitus vendere, cùm sit iniquum, iusto & communi precio rem æstimari, ac non potiùs formali, quòd ipse dominus pro arbitrio statuere velit, æstimata etiam contumacia. *l. tutor 3.* vbi dixi *suprà hoc tit.* in iis scilicet iudiciis, quæ rationem hanc æquitatis pro domino admittunt, qualia sunt arbitraria & bonæ fidei *l. in actionibus 5. eod.* Sed tamen non præstatur ex necessitate, quia is cui defertur, non cogitur iurare, nec ideo tamen succūbit, sed si malit condēnari aduersariū quanti verè res est, morē ei geri oportet. *l. quod si poss. 71. sup. de rei vend. l. semper 14. § hoc interd. & seq. infr. quod vi aut clam*, quomodo æstimari litem oporteret, si possessoris neq; contumacia, neq; dolus, neq; lata culpa, sed leuis tantùm aut leuissima interuenisset. *l. 2. § 1. l. 4. § vlt. supr. hoc tit.* Nam nec quicquam vetat perinde dolum, atq; culpā officio iudicis, & citra iusiurādū æstimari, vt euenit in actione ex empto *l. si tradit. 4. C. de act. empt. l. si cùm fundū 68. in fi. infr. de contr. empt.* Vno tamen casu hoc iusiurandū in litem omnimodo præstandū est: nempe cùm defertur, non tantùm ex iuris sed etiā ex facti necessitate, vt in specie *d. l. in act. versic. planè*, id est cùm impossibile est, iudicem aliter quàm per actoris iusiurandum æstimare rem quæ non extat. Quo tamen casu obseruandum est, actorem si iurare nolit, metu fortasse ancipitis periurij [cuius periculum hoc casu ideò maius est, quod taxanda tantùm est præsens æstimatio, quæ nulla est rei peremptæ post moram, non etiam debitoris contumacia aliqua, quæ hîc quoque nulla est] non idcirco tamen posse succumbere, vt malè putat Accurs. cùm iam obtinuerit, siquidem defertur hoc iusiurandum per sententiam iudicis, per quam tanti condemnatur reus, quanti actor de rei peremptæ æstimatione, in litem iurauerit, sed condemnationis vtilitatem sibi præripit, quasi deficiente, non tam iure, quàm probatione vt in *l. duo sunt Titij 30. De testam. tutel.* nisi malit contentus esse ea æstimatione, quæ fuerit tempore moræ, vel mortis serui vtram offerre debitor voluerit. Nam quòd præsens æstimatio debetur, in fauorem actoris constitutum est, cui adhuc homo debetur, ob eámque causam defertur ei iusiurandū in litem, ne alioqui fiat ipsi iniuria, si alia quā pręsenti æstimatione contentus esse cogatur, quæ porrò quanta sit, citra iusiurandum sciri non potest. Sed non facit ea res, vt si nec per iusiurandum ea æstimatio sciri possit, nolente scilicet actore iurare, liberandus sit morosus debitor, vt quia rem præstare nequit, nec vllam præster æstimationem. Ne aliter posito iure, creditor frustrà seruum perdat, quomodo loquitur Vlpian. *in l. si sub hac 26. supr. De inoff. testam.* id est & seruo & toto precio carere cogatur vt *in l. si pecuniam 5. § si seruum. vers. planè, si adhuc infr. tit. prox.* Alioqui quod in actoris fauorem constitutum est, vt præsens illi æstimatio debeatur, quantam in litem iurauerit, in eius odium retorqueretur, si nec præteritam ei daremus æstimationem, ob id quod præsentē habere non possit, nec quòd iurare non vult, adeò ipsi imputandū est, vt condēnationis quā retulit, emolumento priuari debeat, cùm modestiùs semper faciat, qui iusiurandū erubescit *l. illud. 25. § 1. infr. De pec. const. & d. l. quòd si poss. 71. supr. De rei vind.* satísq; fauetur debitori, non tantū moroso, sed etiam condēnato in hoc, quòd à pręsenti ęstimatione, quę per iusiurandū taxari maior poterat exoneratur, optióque ei relinquitur, vtram præstare malit, an quæ moræ, an quæ mortis tempore fuit, cùm neque alterutram præcisè petere actor possit, neque vtro tempore pluris res fuit, propter naturam actionis stricti iuris, *l. 3. § vlt. l. si sterilis 21. § cùm per venditorem infr. De action. empt.* sed potiùs vtro tempore minoris. In quo magnum debitoris commodum est, nullum damnum, nam & in condictione triticaria

quæ perinde stricta est, idem euenit, vt quamuis in ea tanti æstimanda lis sit, quanti res est inspecto præcisè tempore condemnationis, si tamen præsens illa æstimatio in condemnationem deduci idcò non possit, quòd homo debitus & petitus perierit, post litem contestatam, & ante sententiam, præstanda est ea æstimatio, quæ fuerit mortis tempore *l.3.infr. De condiction.tritic.* non tamen quæ tempore moræ, aut litis contestatæ, propter repugnantem naturam triticariæ, quæ incrementum & decrementum recipit, ad condemnationem vsque, aut saltē quousque res perierit: quod incrementum aut decrementum aliæ actiones strictæ non admittunt *l.2. infr. De vsur.l. vbi exigitur 8.in fin.* secundum emendationem quam nos ad eum locum attulimus *supr. De edend.* Est ergo hæc lex intelligenda de quolibet iureiurando quod in litem est, quia numquam defertur nisi à iudice *l.4.§. deferre supr.* nec rursum à iudice, nisi ex mera iuris necessitate, i. cùm meliùs facere aut pronunciare nihil potest. Idémque in iureiurando purgatiuo, vt vocant, iuris est, quia nec ab alio quàm iudice deferri potest, idque in dubiis tantùm causis *l. admonendi 31. supr. tit. prox. l. generaliter 12.C.eod.* At in iureiurando decisorio, quod ab aduersario defertur, siue ex conuentione extra iudicium, siue in iudicio, generaliùs dicendum est, de eo quæri nunquam oportere *d.l.1. & l.1.eod.tit.* extra casum *l. vltim.eod.* propter illam Iustiniani constitutionem, quæ specialem rationem habet, ne quid in vltimis voluntatibus contra defuncti voluntatem fiat. Numquam enim defertur ex iuris necessitate, sed semper ex voluntate deferentis, qui proinde sibi debet imputare, cur detulerit: quamuis cùm delatum est, præstandum sit ex iuris necessitate, si is cui delatum est, neque referre voluerit, neque recusare potuerit, vt diximus. Et idcirco hæc lex de solo iureiurando in litem loquitur, cum ait, de periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iurauit, quæri facilè non solere: vt significet Paulus, quæri tamen aliquo casu posse. Sed quonam casu? Nostri vnicum illum adferunt, qui proponitur *in dict.l.4.§. iurare in fin. supr.* in illis verbis *ex magna causa & repertis postea probationibus*, vbi videntur nostri accipere *&* pro *id est* vt alibi sæpe. Quasi magna causa nulla esse possit, nisi quæ ex postea repertis probationibus nasci potest. De quo vide quæ ibi diximus. Malo ego casum illum significari quo actor, cui iudex permiserit in infinitum iurare, arrepta inde occasione in immensum iurauerit: nec enim tam immoderatæ adfectioni indulgendum est, vt supra diximus *ex l. ex damni 40. infr. De damn. infect.* sed honestus modus seruari debet, siue ex iuris tantum, siue ex facti etiam necessitate iuratum sit. Nec cui permittitur iurare in infinitum, permittitur etiam iurare in immensum *d.§. iurare.* Quamquam obseruandum est, nullo penitus casu de periurio quæri, vt puniatur, sed tantum vt iuriiurando immenso aliqua moderatio adferatur. Non etiam vt iusiurandum totum infirmetur, ne quidem prætextu repertarum postea aliarum probationum, nisi per viam & auxilium appellationis, aut ciuilis supplicationis, vt docuimus *ad d.§. iurare.* Noli ergo cum Bartolo, & aliis distinguere iusiurandum in litem adfectionis à iureiurando veritatis, nec rursus hoc iusiurandum in litem posse vsurpari in iudiciis criminalibus, ad probationem faciendam criminis, siue plenam, siue semiplenam, vt faciat iudicium saltem ad torturam [aliis enim probationibus certioribus probari oportet, quàm quæ ex actoris ore, ac domo proficiscantur *l. vlt. C. de probat. l. qui accusare 4.C. de edend.* sed tantùm ad probandam, aut quantitatem, aut æstimationem rerum subtractarum, si modò aliunde constet de crimine, vt in specie *l. si quando 9.C. vnde vi.*

DE

DE CONDICTIONE CAVSA DATA, CAVSA NON SECVTA.

TIT. IIII.

VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

SI ob rem non inhonestam data sit pecunia, puta vt filius emanciparetur, vel seruus manumitteretur, vel à lite discederetur: causa secuta, repetitio cessat.

Ad l. 1.

RAT. DVB. Is qui dedit tibi centum, vt filium tuum emancipes, vel vt seruum tuum manumittas, nullam huius pecuniæ dandæ causam habuisse videtur, cùm ex illa emancipatione, vel manumissione nulla ad eum vtilitas perueniat, sed ad te potiùs, qui emancipando filium sis patronus eius cùm remaneas tamen etiam pater *l. 1. §. vltim. infr. si à parent. quis manumis.* & manumittendo seruum acquiras libertum, qui ea ratione quodammodo tuus remanet *l. talem institutionem 51. §. 1. in fin. infr. De hered. instit.* Et quamuis dici soleat, non esse factum locupletiorem eum qui libertum acquisiit *l. nemo prædo est 126. §. 1. De regul. iur.* Nemo tamen nescit quàm magna multáque sint iura patronatus, propter operas quas naturaliter libertus debet patrono *l. si non sortem 26. § libertus infr. De cond. indeb.* & successionem libertorum tam ex testamento, quàm ab intestato *Tot. tit. infr. De bon. libert. & Instit. De success. libert.* Videtur ergo his casibus data esse pecunia sine causa, & consequenter locus esse repetitioni *l. 1. & tot. tit. De condict. sin. caus. infr.* Quòd si quis pecuniam dederit, vt à lite inter alios mota discedatur, eadem occurrit ratio dubitandi. Quid enim dantis interest? Sed si vt discedatur à lite, quæ contra ipsum dãtem mota sit, licèt maior difficultas subesse videatur, adhuc tamen dici potest, non satis iustam esse hanc dandæ pecuniæ causam, cùm non minùs accipientis quàm dantis intersit, vt à lite discedatur, adeóque quod magis est, vt si litigandum sit, quã primùm lis finiatur *l. 1. C. de admin. tutor.* etiam pro parte si tam citò finiri tota non possit *l. quidam existimauerunt 21. supr. De reb. credit.* DEC. Quoties datur tibi pecunia, vt filium tuum emancipes, vel seruum tuum manumittas, vel à lite discedas, aut quid aliud facias, contrahitur συνάλλαγμα inter te & dantem, nõ tam quòd aliquid promiseris te facturum, quàm quia illo dante acceperis, & accipiendo te obligaueris ad faciendum id, quod vt faceres pecuniam accepisti *l. iuris gentium 7. §. 1. supr. De pact.* dicitúrque hic contractus innominatus, Do vt facias, ex quo sicuti datur, & repetitio eius quod datum est, & actio præscriptis verbis si non fiat quod conuenit *l. naturalis 5. § at cùm do infr. De præscript. verb.* Ita si impleatur quòd promissum est, & causa sequatur ob quam datum fuit, cessat repetitio de qua in hoc Tit. id est condictio ob causam dati causa non secuta. Nec est quod quis dicat, esse hoc nudum pactum, quo promiseras te aliquid facturum, ex nudo autem pacto nullam dari actionem, neque vllam nasci obligationem ciuilem, quæ contractum possit inducere, ex parte illius qui accepit, nec proinde æquum esse obligari dantẽ, ne possit repetere quod dedit, vt in contractu vltro citróque obligatorio eadem sit ratio vtriusque contrahentis, nec magis obligetur vnus quã alius: quomodo solemus dicere in omnib. mutuis conuentionibus, &, vt vocant, correspectiuis *l. cùm te 6. C. de pact. int. empt. vend.* Non enim pacti nudi nomine, aut iure censeri potest ea conuentio, quæ traditione ex vna parte munita est *l si dominus 8. in fin. De præscr. verb. l. vlt. C. de rer. permut.* In traditionibus autem rerum quodcunque pactũ interpositum sit, id valere certum est *l in traditionibus 48 supr. De pact. l. venditor 13. supr. Commun. præd. l. ei fundo 19. supr. De seruit.* Et quemadmodũ non est decipiendus, qui certa aliqua lege rem suam tradidit, non alioqui traditurus *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* ita nec ille qui pecuniam accepit, vt aliquid faceret, quod posteà fecerit, non facturus, si non ob eã causam pecuniam accepisset: deciperetur autem si pecuniam quam accepit, restituere cogeretur, sicut & si conuentio non à dando inciperet, sed in faciẽdo, vt in contractu, facio vt des, si postea quàm feci cessas dare, cùm facta condici non possint, placet dandam mihi esse contra te actionem de dolo, in id quod mea interest *d. l. naturalis §. quòd si faciam De præscr. verb. l. act. 4. C. de transa. l. cùm proponas 4. C. de dolo.* Negari porrò non potest, quin valde intersit, eius qui accepta ab alio pecunia, filium suum emancipauit, quem non aliter fuerat emancipaturus, cũ patria potestas sit res inæstimabilis *l. filiusfamilias 14. §. sed si liberos De legat. 1. l. si cui 92. De condit. & demonstr.* & is qui filium emancipat eum quodammodo amittat: facit enim emancipatio filium penè extraneum patri *l. quinetiam 55. in fin. De rit. nupt.* & amittit præterea pater omnia quæ per filium acquirere sibi potuisset si filius in potestate mansisset *d. l. 1. inf. si à parent. quis manum. sit l. placet 79. de acquir. hered.* Nec minùs interest dominij, retinere in pote-

state seruum, per quem acquiritur domino etiam inuito penè ex omnibus causis *l. etiam 32. de acquir. rer. domin.* & quem amittit dominus per manumissionem, cùm manumissio, non minùs quàm mors, extinguat dominicam potestatem, idcóque morti comparetur *l. si mihi 92. inf. de solut. l. inter omnes 46. inf. de furt. l. 1. §. 1. quand. de pec. act. est annal. l. Iulianus 6. Qui & à quib. manu.* Neque alia veriore ratione possumus dicere, non fieri locupletiorem eum, qui libertum acquirit, quàm quia fiat verè pauperiore amittendo seruum: cámque maximè ob causam inducta sunt iura patronatus, vt essent patrono in solatium, & vicem amissi dominij. Quod autem à lite disceditur, cùm vtrique litigatori prosit, non nisi iustã causam præbere potest dandæ & accipiendæ pecuniæ, nisi cùm dicis & calumniæ causa lis fuit instituta *l. in summa 65. §. 1. inf. de cond. indeb.* Sed maximè locum hoc habet, ex parte illius qui pecuniam dedit, vt à lite discederetur, qui scilicet tanti habuit, pecunia illa carere, ne diutiùs litigaret, vt in *l. 4. §. 1. supr. de alien. iudi. mut. caus. fact.* Ergo neque hoc casu datæ pecuniæ repetitio potest competere, cùm causa sit secuta, quia postquàm liti renunciatum est, causam finitam restaurari nulla iuris ratio permittit *l. postquàm liti 4. C. de pact.* Rectè verò Vlp. noster *si ob rem non inhonestam* quia quod ob rem turpem & inhonestam datum est, licèt causa secuta sit, repeti potest, si turpitudo sit ex parte vel accipientis solius, vel vtriusque *l. 1. 2. & 4. inf. tit. prox. l. 2. & pass. & eod.* Accursius ad verba illa *si ob rem* notat *furtiuam, vt in exemplo subiicit* ego quale sit certè non intelligo, cùm neque hic, neque in sequentibus exemplum vllum subiiciatur de re furtiua. Notandum autem est, inhiberi repetitionem pecuniæ ob causam datæ non solùm si causa secuta sit, sed & interim quandiu sequi potest, oportet enim esse certum nec secutam esse causam, nec sequi amplius posse, vt huic condictioni locus esse possit *l. 3. in pr. & §. 1. inf.*

1 ¶ Si, parendi conditioni causa, tibi dedero decem, & mox repudiauero hereditatem, vel legatum: possum condicere.

Ad §. 1. Si parendi.

RAT. DVB. Id quod implendæ condicionis causa datur, licèt non capiatur iure testamenti *l. Mæuius 55. in fi. inf. de cond. & demonstr.* neque tam ex voluntate testatoris, quàm eius qui dat *l. si quis sub condicione 8. si quis omiss. caus. testam.* mortis tamen causa capitur *l. id autem 76. ad leg. falcid. l. qui precio 8. l. inter mortis 38. inf. de mort. caus. donat.* támque iustus est hic capiendi titulus, atque si quid per legatum, aut fideicommissum relictum esset *l. mortis causa 31. eod.* Heres igitur institutus sub ea condicione, *si decem Titio dederit* si parendi condicioni causa, eiúsque implendę gratia, decem illa dederit, vt impleta condicione posit adire hereditatem, non potest repetere, tametsi repudiet posteà hereditatem, cùm iusta causa & dandi fuerit, & accipiẽdi, nec potest negari quin causa secuta sit, propter quam data est pecunia, siquidem non aliam ob causam data est, quàm vt fieri heres possit impleta demum condicione, ante cuius implementũ, nec si voluisset, heres tamen fieri potuisset *l. facta 63. §. si sub condicione ad SC. Trebel. l. si heredi plures 5. & pass. inf. de cond. inst.* Quòd si quis velit defendere causam dandæ pecuniæ fuisse aditionem hereditatis, quæ causa secuta nõ est, cùm ponamus repudiatam esse hereditatem, adhuc replicari potest, stare per eum ipsum qui dedit, quominùs hereditatem adeat, cùm is demum repudiare posit hereditatem, qui eam adire posset, si vellet *l. nolle 4. l. is potest 18. inf. de acquir. hered.* & ideo, quod ad ipsum pertinet habendam esse causam pro secuta, ex regula *l. in iure ciuili 161. de reg. iur. l. iure ciuili 24. de cond. & demonstr.* alioqui erit in potestate dantis vt repetat, si volet, quod absurdum videtur, cùm dationi pecuniæ nullam condicionem adiecerit repetendi, vt in *l. si repetendi 7. C. hoc tit.* vbi dicitur videri hoc ipso donatam pecuniam, tanquam quæ non per errorẽ, sed consulto & nullo iure cogente data sit *l. cuius per errorem 53. l. donari 81. de reg. iur.* Debuerat enim priusquàm daret, secum pensare, & perpendere, an expediret hereditatem adire, an repudiare, vt si dare expediret, daret, sin minùs, nec daret: quòd si cùm dedit, eo animo fuit, vt adire hereditatem vellet, quòd in dubio tanquam probabilius ponẽdum est, postea verò mutato consilio, suspectas habẽs facultates hereditarias, repudiare illam maluit: occurrit statim alia iuris regula quæ negat posse, quemquam mutare consilium in alterius iniuriam *l. nemo potest 75. eod. tit.* Eadémq; dubitandi ratio est in legato sub dandi condicione relicto, de quo in hac lege etiam agitur. DEC. Ei cui hereditas relicta est sub ea condicione *si decem Titio dederit* non aliter hereditas acquiri potest, quàm si post impletam condicionẽ id egerit, scriptus heres per quod hereditas acquiri solet, i. quàm si adierit hereditatem *l. ei qui 13. inf. de cõd. inst.* nihil enim aliud facit implementũ condicionis, nisi vt institutionem puram faciat, quæ erat condicionalis, atque ita impedimentum & obstaculum amoueat, per quod fiebat, ne interim adiri hereditas posset *d. l. facta 63. §. si sub condicione ad SC. Treb.* atqui purè institutus heres, non ideo statim heres fit, sed ita demum si adeat: nemo enim fit heres per solam institutionem, quamuis puram, sed per solam aditionem delatæ hereditatis *l. delata 151. de verb. sign. l. precia 63. ad leg. falcid.* Ergo neq; per institutionẽ condicionalẽ, cuius condicio sit impleta, cùm inter puram & purificatam institutionẽ nihil intersit *l. vlt. §. 1. de vulg. & pupill. subst.* Vtriusq; enim effectus idẽ ille est, vt inducat delationẽ hereditatis, quæ nec poterat adiri ante delationẽ, nec deferri ex institutione condicionali ante impletam condicionem. Consequens igitur est, vt si hereditas cuius adeũdę gratia fuerat data pecunia, non adita sit, sed repudiata, repetitioni locus sit, quasi causa non secuta, quotus enim quisque est, qui pecuniam det, aut accipiat, implendæ cõdicionis causa, nisi spe, & cogitatione futuri emolumenti, quod post condicionẽ impletam potest accedere, & quod alioquin sperari non posset? Datur enim ex necessitate, non quidem præcisa, sed causatiua, si is cui aliquid sub ea cõdicione datum fuit, velit id quod sibi relictum est, consequi, & ideo donationis, instar ea datio habere non potest, quia quòd ex necessitate fit, nunquam ex volũtate, ac mera liberalitate fieri intelligitur *l. rem legatam 28. inf. de adim. legat.* Habétque hęc datio tacitam condicionem, si hereditas acquiretur, nec minùs habet ex parte accipiẽtis, quàm ex parte dantis, alioqui si haberet tantùm ex parte dantis, non posset eius defectus parere condictionẽ si non expressa fuisset condicio *d. l. si repetendi 7. Cod. hoc tit. & l. 3. §. si quis quasi in fin. infrà eod.* sibi námque imputet, qui dedit spe alicuius rei consequendæ, & opinione falsa

deceptus

deceptus est, vt ex Celso Vlpianus ibidem scribit. At non similiter imputare quicquam possis ei, qui decem Titio dedit, implendæ conditionis causa, spe acquirendæ hæreditatis, quàm postea vltrò repudiauerit, cùm variæ possint causæ emergere, quibus moueri prudenter hæres possit, vt hæreditatem repudiet, quam adire priùs destinauerat, siue ob emergens ex postfacto æs alienum, quod antè latebat, siue ob hoc solùm ne se implicet negotiis vel oneribus hæreditariis, adeò vt nec aliam consilij sui rationem reddere debeat is, qui hæreditatem repudiat, quam quod adire eam noluerit *l. quia poterat 4. infrà ad S. C. Trebell.* dummodò sine fraude id faciat, *l. quia autem 6. § si patronus in fine l. si in testamento 21. §. vlt. in fine si quis omiss. caus. testam.* Quænam verò fraus esse potest, eius qui repudiat hæreditatem, cuius adeundæ animum antea testatus fuerat, dando pecuniam, quam condicionis implendæ causa dari oportuerat? Quis credat voluisse illum hereditatis acquirendæ commodum sibi vltrò præripere ob hoc solùm, vt pecuniæ quam dederit, côdicendæ ius sibi acquirat? Aut quam iniuriam pati videtur ex mutatione consilij is qui pecuniam acceperat, cùm per hanc condictionem non damnum aliquod ei infligatur, sed lucrum duntaxat eripiatur? Denique quod condicionis implendæ causa datur, fit in ordine ad futuram acquisitioné, quæ si quacunque tandem ex causa non sequatur, condictioni locum fieri dicendum est. Quod enim fit ex ordine, ad causam illam referendum est, cuius gratia fiat *l. cùm minus 12. infr. De reb. author. iudic. possid.* Ex eo autem quod Vlpianus hîc ponit, repudiatam esse hereditatem, cuius adeundæ spe data fuerat pecunia, loqui eum de extraneo instituto, non de suo herede, vt bene Accursius, & meliùs quàm Bartolus interpretatur, extraneorum enim est, hereditatem adire & repudiare, suorum verò se immiscere & abstinere *§. vlt. Instit. De hered. qualit. & differ.* & in suo herede scripto sub illa condicione *si Titio decem dederit* aliud certè est, quàm in extraneo. Is enim si condicionem impleat, & statim atque impleuit, heres fit ipso iure ex testamento, nec minus citra immixtionem, & ignorans quoque *l. apud hostes 8. C. de suis & legit.* quàm citra aditionem *l. in suis 14. infr. eod. ill. tit.* Idque non tam vi condicionis expletæ, quàm iure potestatis, vt eleganter Paulus loquitur in *l. condicionibus 5. infr. De condic. & demonstrat. iunct. l. 1. §. qui sunt in potestate infr. Si quis omiss. caus. testam.* adeò vt hoc casu amittat beneficium abstinédi, quod alioquin à Prætore haberet *d. §. qui sunt l. ei qui 12. cum præced. & l. necessarius 57. De acquiren. hered.* nempe quia implendo condicionem animum suû declarauit, quòd nollet se abstinere, cùm alioqui nec abstentione indigeret, nec implemento vllo condicionis, si nolebat heres esse: quandoquidem sola iniectio condicionis appositæ à testatore sufficiebat, vt ex necessario herede fieret voluntarius *l. verba hæc 12. infr. De condic. instit. l. iam dubitari 86. §. vlt. in fin. De hered. instit.* In eóque grauiter errat Bartolus reprehendens Accursium, quasi inter suum heredem & extraneum, nulla differentia sit, quantum ad ius prætorium, sed duntaxat quantum ad ius ciuile, propter beneficium abstentionis, contrà quàm apertè scriptum sit in legibus supradictis, maximè verò in *d. §. qui sunt in potestate & in l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus. De fideic. libert.* & aliis plerisque iuris nostri locis, quos congessimus ad *l. si filius 12. supr. De interrog. in iur. faciend.* vbi ostendimus perpetuum hunc errorem fuisse Bartoli, & à palatiis non minùs, quã à scholis profligandum, idémque est si condicio non sit impleta, dummodo per filium non stet, quominùs impleatur *l. si quis testamento 11. De condict. instit.* Nec minùs falsum est, quod idem Bart. hîc distinguit, an adeundi animo impleatur côdicio, necne. Nam neque fieri potest vt quis impleat condicionem adeundæ hereditatis animo aut vt implêdo condicionem hoc ipso hereditatem adire intelligatur, quantumuis eam voluntatem gerat hereditatis acquirendæ, cùm impossibile sit adiri hereditatem, priusquàm sit delata *d. l. delata 151 De verb. sig. d. l. 1. 2. & 3. supr. De hered. petit.* aut delatam esse à lege, antequàm impleta sit condicio, quæ institutioni apposita fuerit à testatore *d. l. facta 63. §. si sub condicione infr. ad SC. Treb. d. l. verba hæc & d. l. ei qui & pass. De cond. instit.* quæ porrò dici non potest impleta eo instanti quo impletur, aliud enim est impleri condicionem, aliud verò impletam esse, & aliud instans vtriusque, vt subtiliter docuimus *lib 19 Coniect. cap. 1. & 2* nisi ponas institutum quem esse sub ea condicione *si iurauerit se heredem esse* de qua intelligo quod scriptum est in *l. Antistius 61 De acq. hered* Et cuius nô erat vsus olim inutilis cùm fieri posset, vt quis fallês & citra animum acquirêdæ hereditatis eam adiret, & verba cretionis solemnia proferret, quo tamen casu non acquirebatur hereditas *l. qui in aliena 6 §. vlt. aliàs l. cum qui eod. titul.* Etsi enim dici potest, quod Labeo putabat, hunc iurando voluntaté magis suã declarasse, quòd velit heres esse, quàm pro herede gessisse, satis tamen videtur pro herede gessisse si vt heres iurauerit. Illa enim condicio *si iurauerit* quæ simpliciter concepta non alium sensum habere potest, quã hunc quê diximus *si iurauerit se heredem esse,* non suspendit neque impedit delatioré hereditatis vt illa *si dederit decem Titio.* Quamquam potest illa lex generaliore habere rationem ex eo sumptam, quòd iurandi condiciones omnes à Prætore improbâtur, tanquam turpes, & pro non adiectis habentur *l. 8. De cond. inst.* Et hoc magis probo. Idq; est quod suprà diximus ex *d. l. ei qui,* Ei qui condicionem impleuit, sub qua fuerat heres institutus, non ideo acquiri hereditatem, nisi post impletam condicioné id faciat, per quod hereditas acquiritur, quod fit per aditionem: imò quod magis est, in legato quoq; idem iuris esse lex ait, quamuis in eo maximè differat legatum ab hereditate quod legatum si per vindicationem relictum sit, transit rectà via in legatarium *l à Titio 64. De furt.* quasi nunquam factum heredis *l. legatum 80. De legat. 2.* ideoq; acquiritur ignoranti *l. filiusfam. 16. vers. Marcellus infr. qui testam facer. poss. l. cùm pater 77. §. surdo eod. tit.* quod in hereditate secus est, quia hereditas damnosa esse potest, legatû nunquã *l. si hereditatem 32. infr. mand.* Sed de legati acquisitione irreuocabili loquitur Iurec. *in d. l. ei qui.* quæ nascitur ex agnitione legatarij voluntaria, non de ea quę fit sola legis potestate. Legatum namque sibi ignoranti acquisitum repudiare legatarius potest, quod post agnitionem voluntariam non posset. Quemadmodum enim legatum acquiritur quidem ignorãti sed non inuito *l. 4. 5. & 6 De legat. 2* ita legati per agnitionem acquisiti sera repudiatio est *l. Titia cùm testamento 34. §. Lucia Titia eod. l. §. decretalis infr. De success. edict.* Itaque non est quod ad secundam Accursij responsionem confugiamus, ex qua Bartolus suam distinctionem sumpsit, & quæ falsa est.

2. HERMOGENIANVS libro 2. iuris Epitomarum.

SEd & si falsum testamentum sine scelere eius, qui decem dedit, vel inofficiosum pronuntietur: veluti causa non secuta, decem repetentur.

Ad l. Sed etsi 2.

RAT. DVB. Quæstio falsi testamenti vel inofficiosi non impedit aditionem & acquisitionem hereditatis, scilicet quod ad falsi accusationem pertinet, si heres ipse institutus falsum fecisse dicatur, cùm certus esse debeat se non fecisse *l. cùm falsum 46. infr. De acquirend. hered.* Quod autem spectat ad querelam inofficiosi testamenti, quia certum est eam non competere, nisi post aditam hereditatem *l. Papinianus 8. § si condicioni supr. De inoffic. testam. l. scimus 36. §. illud C. eod.* Atqui causa dandæ pecuniæ ad implendam condicionem institutionis, non alia fuit, quàm acquisitio hereditatis, vt ad legem præcedentem diximus. Ergo etiamsi testamentum falsum posteà vel inofficiosum pronuncietur, condictioni tamen locus esse non potest, quasi causa nõ secuta, cùm secuta sit. DEC. Non videtur causa secuta, quæ non durat secuta, sicuti solemus dicere, non videri versum, quod non durat versum *l. si pro patre 10. §. versum infr. De in rem vers.* nec quicquam interest, an quid datum sit sine causa, aut non ex iusta causa, an verò redeat ad non causam, vel saltẽ ad non iustam causam *l. 1. §. pen. & vlt. infr. De condict. sin. caus.* Atqui aditio facta ex testamento, quod posteà falsum, vel inofficiosum pronunciatum est, redit ad non aditionem. Perinde namque, acsi hereditas numquam adita fuisset succeditur ab intestato, cùm ex postfacto falsum quidem testamentum nullum ab initio fuisse appareat. Inofficiosum autem euertatur saltem, pro qua parte inofficiosi querela instituta est, & obtinuit *l. posthumus 6. § 1. l. circa 19. iunct. l. 2. & pass. supr. De inoffic. testam.* Neque his casibus locum habet, quod ait Papinianus in *l. si patroni 55. §. qui fideicommissam ad SC. Trebell.* semel adita hereditate, omnem defuncti voluntatem ratam constitui, nec quod iam sæpe iactari solet, cum qui semel heres fuit, semper heredem perseuerare *l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus supr. De minor. l. ei qui soluendo 88. infr. De hered. instit. §. restituta Instit. de fideic. hered.* Et facta pro infectis haberi non posse *l. in bello 12. §. facti autem infr. De capt. & postlim.* in quorum numero aditio est *l. actus legitimi 77. De regul. iur. l. aditio 45. De acquir. hered.* Habent enim locum hæc omnia, quoties aditio iure facta est, & eius hereditatis, quæ fuerit verè per legem delata *l. delata 151. De verb. sign. l. 1. 2. & 3. supr. De hered. petit.* Atqui non potuit iure facta esse aditio ex testamento, quod ab initio falsum fuit, neque ex eo quod post aditionẽ inofficiosum pronunciatum fuit, cùm ex ea pronũciatione fiat paterfamilias intestatus eo colore, quasi furiosus, nec sanæ mentis fuerit, cùm suprema ordinaret *d. l. 2 l. Titia 13. De inoff. testam.* Testamenti enim validitatem præcedere oportet, vt ex eo deferri possit hæreditas per legem, & adiri per heredẽ *§. posteriore Instit. quib. mod. testam. infirm.* Estque res hęc ex earũ numero, in quibus apparet ex euentu, quid antè fuerit vt in *l. qui res 98. §. 1. infr. De solut. l. quadam 15. De reb. dub.* Ergo siue falsum, siue inofficiosum testamentum pronuncietur, cõdictioni locus est pecuniæ datæ ad condicionem implendam, quæ impleri omnino debuit, vt hereditas acquireretur, quasi non secuta causa, cùm acquisitio nulla fieri potuerit, aut facta videri possit, ex ea aditione quæ in irritum recidit, nam quæ expostfacto emergunt nouo indigent auxilio, vt bene hîc Accursius notat, ex *l. de ætate 11. § ex causa supr. De interrog. in iur. fac. l. si sub hac 26. supr. De inoffi. test.* vbi species non valdè dissimilis proponitur, de eo qui sub hac condicione heres institutus *si Stichum manumiserit*, illum manumisit, atque ita hereditatem ex eo testamento obtinuit, quod posteà inofficiosum, vel iniustum pronunciatũ fuit: nisi quod eo casu non potest cõdici libertas per manumissionem data, quoniam facta non condicuntur, nec libertas quæ semel competiit, reuocari vnquam potest *§. si ii qui Instit. De eo cui libert. caus. bon. addic.* Sed ei qui manumisit aliter succurritur, vt serui precium à manumisso accipiat, ne frustra seruum perdat. Cæterùm benè addit Hermogenianus, *Si falsum testamentum sine scelere eius qui pecuniam dedit pronuncietur.* Nam si probetur falsò confictum fuisse ab eo ipso herede, qui pecuniam dedit, non debet habere repetitionem tanquam qui eam pecuniam facto & dolo suo amiserit, eámque turpiter dederit, vt fieri heres ex falso testamento posset, quamuis ille qui accepit, nõ turpiter acceperit. Cùm tamen etiamsi turpitudo vtriusque versaretur, melior condicio eius esse deberet, qui accepisset *l. 3. infr. tit. prox. l. vlt. De condict. sin. caus.* Potest autem fieri, vt tum quoque cùm heres ipse adiit, ex eo testamento quod falsò confictum ab eo dicebatur, tanquam de sua certus innocẽtia, probetur tamen siue per veros, siue per falsos testes falsum ipse commisisse. Atq; ita in huius legis specie euenisse necessariò ponendum est, vt possit ratio dubitandi ex eo peti, quòd secuta sit aditio. Nam ex eo testamento, quod ab alio quàm ab herede ipso factum esse dicatur, non potest fieri, vt heres adeat hereditatem, cùm nec fieri queat, quin de viribus testamenti dubitet, quod sufficit ad impediendam aditionem *dict. l. cùm falsum l. is qui putat 15. cum seqq. l. in repudianda 23. eod. tit.* Hinc verò sumpta occasione quærit Accursius, si mulier sciens matrimonium nullum, dederit pecuniam in dotem, an possit eam repetere. Et putat non posse, contrà quã vetus interpres Petrus senserit. Mihi placet ea distinctio, vt si sine scelere dantis matrimonium nullũ sit, non eo minùs repetitioni locus esse possit ex *l. 1. C. hoc tit. l. vlt. infr. De condict. sin. caus.* Si verò cum scelere mulieris, quæ dotem dedit, aliud dicendũ sit, ex hac lege: non videtur autem scelus mulieris interuenisse, si vel in iure, vel in facto errauerit. Nũquam enim iuris error dolo & sceleri adscribitur *l. sed etsi 25. § scire supr. De hered. petit.* multo minùs error facti, etiam qui alioquin sit intolerabilis.

3. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

DEdi tibi pecuniam, ne ad iudicẽ iretur: qua quasi decidi, an possim condicere, si mihi non caueatur, ad iudicẽ non iri? & est verum, multum interesse

esse, vtrum ob hoc solum dedi, ne eatur, an vt & mihi repromittatur non iri. si ob hoc vt & repromittatur: condici poterit, si non repromittatur. si, vt ne eatur: condictio cessat, quamdiu non itur.

Ad l. Dedi tibi 3.

Rat. dvb. In contractibus innominatis, qualis est hic de quo tractamus, cùm dedi tibi pecuniam ne ad iudicem iretur, locus est pœnitentiæ quamdiu ex parte altera satisfactum non est, contractui §. *prox. infr.* dummodò res sit integra, nec in damno vllo moretur is qui pecuniam accepit *l. si pecuniam 5. infr.* Ergo indistinctè dicendum est, condictioni locum esse posse, siue ob hoc solùm dederim pecuniam, ne ad iudicem eatur, siue ob id, vt & mihi repromittatur non iri. Aut si quis contractum hunc pro transactione accipiat, quæ Accursij Bartoli, & aliorum interpretum sententia est ex illis verbis huius legis *quasi decidi* vbi Accursius notat dictionem *quasi* esse expressiuam veritatis, indistinctè quoque contra hanc legem dicendum est, condictioni locum non esse, sed exceptioni, quæ ex iusta transactione semper competit. Numquam enim iusta & perfecta transactio admittit pœnitentiam *l. quamuis 39. C. de transact.* Neque potest vtrumque locum habere & repetitio & exceptio, *l. eleganter 13. §. penult. infr. de condict. indeb.* Nullo igitur casu locus esse potest distinctioni, quam hîc Vlpianus probat. Dec. Multùm interest, an dederim tibi pecuniam, vt aliquid faceres, an vt ne faceres, priore casu non videris impleuisse ex tua parte quousque feceris, & ideo locus est pœnitentiæ ex mea parte, & ex pœnitentia condictioni. Posteriore autem casu imples, cùm nihil facis, & quandiu nihil facis, contrà quàm promiseris, licèt possis adhuc facere si velis, & ideo condictioni locus esse non potest, quia contractus ex vtraque parte implementum & effectum suum habuit, debétque mihi sufficere, quod quádocunque ibis ad iudicem habiturus sum condictionem, cùm imputare mihi debeam, cur non melius rebus meis prospexerim, & me pecuniam dare dixerim, vt repromitteres te ad iudicem non iturum. Quid? An non transactio ista est, cùm dedi tibi pecuniam, ne ad iudicem iretur? Quòd si transactio est, qua ratione fieri potest, vt locus sit pœnitentiæ? Hoc enim est quod Accursium, Bartolum, cæterósque interpretes fefellit. Respondeo non esse transactionem quia transactio nihil nisi pactum nudum est, sed vtriusque consensu perfectum, & nominatum, & ex quo proinde nasci exceptionem, vt ex cæteris quoque pactis quantumlibet nudis, mirum non est, quamuis Bartolus passim hoc malè referat ad odium minuendarum litium in *l. 5. in princip. num. 11. inf.* At contractus innominatus, licèt plus quàm pactum esse videatur, qua parte contractus est, reuera tamen minùs est, quàm pactum perfectum, quia imperfectus est, quousque impletus sit ex vtroque latere: siquidem implementum quod ex vna tantùm parte fit, initium duntaxat obligationi præbet, non etiam finem & perfectionem contractui *l. 1. infr. de rer. permut.* Et quemadmodum solemus dicere acceptilationem inutilem non semper vim pacti habere *l. an inutilis 8. De acceptil.* quamuis interdum habeat *l. si accepto latum 19. eod. l. si vnus 27. §. pen. supr. de pact.* quia conuentionem ex vtraque parte perfectam continet, licèt inutilem *l. cùm emptor 5. infr. de resc ind. vendit.* Ita nec absurdum videri debet, vt in contractu innominato, qui ante secutum ex vtraque parte implementum perfectus dici non potest, non contineatur pactum siue transactionis, siue aliud quodlibet, quippe quod perfectum esse semper debeat, nec à datione incipere, sed à nudo consensu. Ergo non potest pactum hoc parere exceptionem pacti ad inhibendam repetitionem ex parte illius qui non impleuit, multo minùs exceptionem transactionis, inspecta etiam ratione ineundi contractus, quæ semper inspicienda est in contractibus nominatis *l. si procuratorem 8. infr. mandat.* & inspecta quoque voluntate contrahentium, quæ non illa præcisè fuit, vt tu hoc vel illud faceres, cùm nihil p omiseris, nisi quod pecuniam meam certa lege tibi datam accepisti, ed vt ni faceres condicere possem ego quod dedissem, quia nec dederim nec fuerim daturus nisi vt causa sequeretur propter quam dedi. Illud igitur duntaxat, inspici debet an causa secuta sit, necne, secuta autem non est, si quid faciendum fuit, quandiu id factum non est: secuta verò intelligitur, si faciendum aliquid non fuit hoc ipso quod factum non est. Nec quod illud ipsum fieri adhuc possit inducere potest necessitatem cauendi de eo non faciendo quasi non priùs videri possit implementum benè secutum *arg. l. vlt §. pen. infr. ad SC. Velleian. d. l. si pecuniam 5. §. si seruum versicul. planè repromittere & versic. planè cauebit infr hoc tit.* sicut euenit in cæteris omnibus non faciendi condicionibus, ob quas ideo introduci necesse fuit remedium cautionis Mucianæ *l. Muciane 7. l. is cui 18. infr. de condic. & demonstr.* Nam quod ad cautionem Mucianam pertinet, certum est, quod & Accursius docet, non habere illam locum in contractibus, siue nominatis, siue innominatis, sed in vltimis tantum voluntatibus, vt docuimus *lib. Coniect. c.* nec exigi eam ab inuito, sed præstari à volente, vt habeat vim condicionis expletæ, vt ad Accursium benè addit Bartolus. Quod ad alias verò cautiones, quæ officio iudicis præstari solent in omnibus bonæ fidei iudiciis, de quibus in *l. in omnibus 40. supr. de iudic.* certum est non esse iis locum in contractibus innominatis, qui omnes sunt stricti iuris, quod enim ob certam aliquam causam datum est, ad illam præcisè causam restringi debet, non ad aliam extendi, quæ contractus implementum difficilius facere possit, ne iniuria fiat ei qui certa illa lege pecuniam accepit, non aliter nec duriore lege accepturus. Et quamuis defendat Bartolus, etiam in stricti iuris actionibus, interdum ex causa onus satisdationis iniungi ex *l. si creditores 31. inf. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 16. de priuileg. credit.* Etiam ante diem vel condicionem *l. in possessionem 6. in prin. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Errat tamen, cùm in earum legũ specie non de iudicio aliquo stricto tractetur, in quo nullus officio iudicis locus relinqui solet, sed de cognitione Pretoris, ex cuius authoritate fit missio in possessionem bonorum debitoris, ad constituendum pignus prætorium ex illa parte edicti *l. non est mirum 26. §. 1. infr. de pignor. act. & dict. tot. tit. Quib. ex caus. in poss. eat.* nimirum si debitor latitet, neque defenda-

turnam si non latitet, cùm se defendat, aut inuitus possit vocari, & rapi in ius *Tot. titul. In ius vocat. vt eant.* *Et Tit. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* numquam onerandus est satisdatione, nisi proponas heredem esse debitoris, & heredis huius esse suspectas facultates: nam licèt hic personam defuncti repræsentet, eiúsque hereditatem adeundo ipse se debitorem constituerit, cùm tamen suspectus ipse est, incipitque labi facultatibus, habent creditores hereditarij ius petendæ separationis bonorum *l. 1. & tot.tit.de separat.* indéque fit, vt cùm vult defunctum defendere, non tam seipsum, quàm alium defendere videatur, ideóque onerandus sit satisdatione, sed causa cognita per Prætorem, cui incumbit prouidere, ne quid damni creditores patiantur. Reliquum est, vt ex contractu innominato, in quo nihil de præstanda cautione dictum sit, cautionis præstandæ onus nunquam iniungi debeat, nisi eo solo casu, quo condictioni sit locus: restitui autem impræsentiarum nequeat id, quod restituendum est, vt si seruus restituendus fugerit, sine culpa accipientis vt in *d. §. si seruum vers. planè repromittere, & vers. planè cauebit. inf.* Cautio enim illa vel repromissio pro restitutione est, etiam in actionibus arbitrariis, in quibus agitur ad restitutionem *l. si bona fidei 21 supr. de rei vindic. l. item si cùm 14. § quatenus sup quod met. caus.* Et ita conciliandi sunt loci illi cum hac lege. non quomodo conciliantur ab Accursio & Bartolo, vt hîc non sit cauendum de non eundo ad iudicem, quòd iam sit satis cautum per exceptionem, quæ ex transactione nascitur, vt & in *l. 1. §. si debitori inf. vt in poss. legat.* Quasi in hac lege transactio facta sit in rei veritate, vt Accursius loquitur, quod nos falsum esse ostendimus: & aliud est, dari quid ob causam transactionis præcedentis, & iam perfectæ, vt in *l. In summa 65 §. 1. infr. de condict. indeb.* aut vt à lite discedatur, vt in *l. 1. supr.* si à lite posteà discessum sit, vt ea lex ait, aliud verò dari pecuniam, ne ad iudicem eatur, hoc etiam addito, vt is qui accipit, repromittat se non iturum. Est enim hæc imperfecta conuentio, non transactio, aut si transactio aliquo modo dici potest, imperfecta certè transactio est, quæ nec parit exceptionem, nec impedit repetitionem *d. l. in summa §. 1. inf.* Nam si cùm pecuniam tibi dedi, vt à lite discedatur, transactio tamen non est, ideóque nec aliter impeditur repetitio, quàm si causa sequatur, id est, discessio à lite per formalem, vt ita dixerim, transactionem, aut per renunciationem liti factam, vt in *l. 4. C. de pact. d. l. 1.* in postremis illis verbis *causa secuta cessat repetitio sup. hoc tit.* Quanto minùs transactio dicenda est, si dederim tibi pecuniam, ne ad iudicem eas, aut vt repromittas te non iturum: Verum igitur est quod diximus, in tota hac quæstione distinguendum esse, an causa ob quam data fuit pecunia secuta sit, necne, idque solùm inspici oportere, nec minus falsum quod Bartolus hîc defendit, transactionem esse contractum innominatum, nam imò contractus non est [nisi cùm stipulatio interuenit, quæ transactionibus subiici passim solet, quomodo debet accipi, quod scriptum est in *l. contractus 17. Cod. de fid. instrum.* quo tamen casu stipulationis contractus est, proinde nominatus non transactionis *l. cùm enim 6. inf. de nouat.*] sed pactum & quidem nominatum adeóque perfectum, cùm tamen omnes contractus innominati sint imperfecti, quandiu ex vtraque parte non sunt impleti, quæ sola ratio est, propter quam in iis locus est interim pœnitentiæ: quomodo & in ipsa quoque transactione, cùm imperfecta est, vt in *dict. l. in summa §. 1. aut aliter inutilis vt in l. eleganter 23. §. si quis post infr. de condict. indeb.* Sanè non potest recusare is qui contrahit, siue nominato contractu, siue innominato, vt de ea re instrumentum conscribatur, ad testandam rei gestæ veritatem, vt Bartolus hîc notat ex *l. sicut datam 26. C. de liber. caus. l. plures apochis 19. C. de fid. instrum.*

1 ¶Idem erit, & si tibi dedero, ne Stichum manumittas. nam secundum distinctionem supra scriptam, aut admittenda erit repetitio, aut inhibenda.

Ad §. 1. Idem erit.

Hic §. malè ab Accursio, Bartolo, cæterisque interpretibus acceptus est, propter vitium vulgatæ lectionis, quæ sic habet, *idem est etsi tibi dedero, vt Stichum manumittas*, cùm tamen legendum sit, vt in *Pand. Florent. Idem erit etsi tibi dedero ne Stichum manumittas*, vt causa ob quam data fuit pecunia negatiuè concepta fuerit, non affirmatiuè, vt in casu præcedente, itaque si quæratur, an admittenda sit, aut inhibenda repetitio, eadem locum habebit distinctio, quæ proximè allata est, vtrum dederim tibi pecuniam, ob hoc solùm ne manumittas, an & vt mihi repromittas, te non manumissurum, si ob hoc vt & repromittatur condici poterit, si non repromittatur, sin vt ne manumittatur condictio cessat, quandiu non manumittitur. Eadem igitur dubitandi & decidendi ratio est, ad hanc speciem, quæ ad superiorem, delendáque sunt omnia, quæ ad hunc § Accursius & Azo scribunt, de admittenda repetitione, si non manumiseris, aut de inhibenda, si manumiseris: aut de pecunia quam tibi sic dederim, vt manumittas ad diem, si priùs velim agere, quàm dies venerit manumittendi. Hic enim casus est, qui tractatur in *§. seq.* vbi tamen de cautione præstanda verbum nullum. Item quæ Bartolus de suo adstruit, vt errores erroribus cumulet.

2 ¶Sed si tibi dedero, vt Stichum manumittas: si non facis[a], possum condicere: aut si me pœniteat[b], condicere possum. Quid, si ita dedi[c] vt intra certum tempus manumittas: si nondum tempus præteriit, inhibenda erit repetitio, nisi pœniteat[d], quòd si præteriit[e], condici poterit[f]. Sed si Stichus decesserit[g] an repeti, quod datum est, possit: Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: si minùs, cessare. Quinimmo & si nihil tibi dedi[h],

dedi [h], vt manumitteres, placuerat tamen, vt darem: vltro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est condictionem, defuncto quoque eo.

Ad §. 2. Sed si tibi dedero.

Alius hic & nouus casus est de pecunia, quam tibi sic dedi, vt Stichum manumittas, & eadem quæstio, an possim condicere, si non manumittas, at non vt in superiore specie, an condicere possim, si mihi non caueas de manumittendo, quia de iis quæ in faciendo consistunt, cautio nec postulatur vnquam, nec præstatur, quia faciendum est, quod fieri potest & debet, non de eo faciendo cauendum, at cùm de non faciendo agitur, tum demum tractari solet, an cautio aliqua siue Muciana, siue alia præstanda sit, quasi non aliter impleri condicio negatiua possit, quàm si de non faciendo caueatur. Distinguit autem Vlpianus in hac specie, an tibi pecuniam sic dederim, vt Stichum manumittas, nullo præfinito tempore, an verò vt intra certum tempus manumittas: priore casu ait posse me condicere, si non manumittis, id est, statim & cùm primùm potes, aut si me pœniteat: posteriore autem casu, si tempus nondum præteriit inhibendam esse repetitionem, nisi pœniteat, quòd si præterierit condici posse. Perpendamus singulas huius distinctionis partes.

a *Si non facis.* RAT. DVB. Quod quis facere debet, nullo ad id faciendum præfinito tempore, fieri quandocunque potest, & satisfacit qui quandoque facit: sola enim temporis limitatio illa est, quæ impedit, ne post tempus fieri possit, quod antè fieri debuit *l. Imperator 8. supr. de postul. l. Thais 41. §. intra certa tempora de fideic. libert.* Ergo si tibi dedero, vt Stichum manumittas, non possum condicere, ob id solùm quòd non statim manumittas. DEC. Quemadmodum in omnibus obligationibus, in quibus dies non apponitur, præsenti die debetur *l. in omnibus 14. de regul. iur.* Ita in omnibus quæ facienda sunt, nullo adiecto tempore, si statim non fiat, quod fieri statim potest, iustam condicendi causam habet is, cuius gratia faciendum statim fuit, quod fieri debuit, si modò potuit *l. nihil peti potest 186. eod. tit.* non quasi mora ipso iure contracta, ob non secutam statim manumissionem [nec enim mora vlla contrahi intelligitur, vbi nulla petitio & interpellatio est *l. si pupillus 127 de verb. oblig. l. nulla intelligitur 88. de reg. iur.*] sed quasi manente contractu imperfecto, quandiu ex tua parte impletus non est, quod sufficit, vt mihi competat repetitio: debueras enim esse diligentior in manumittendo, ac teipsum interpellare, vt contractum hunc innominatum & imperfectum ex parte tua impleres, atque ita condicendi, aut pœnitendi facultatem mihi præriperes, vt in *l. laudo 5. C de contr. & committ. stipulat.* Itaque si per multos fortè menses, aut etiam annos steteris, nec Stichum manumiseris, quandiu non condico pecuniam quam dedi, permittitur tibi Stichum manumittere, & contractum ex parte tua implere, ac perficere: sed è conuerso similiter quandiu contractum non imples, permittitur mihi condicere, quia tamdiu verum est, te contractum non impleuisse, neque ex quo cœperim condicere, implere amplius posse. Finis enim implendi est, quando pecunia condiceretur, & eo nomine iudicium acciperetur *arg. l. si Titius 9. inf. de verb. oblig.*

b *Aut si me pœniteat.* RAT. DVB. Contractus qui ab initio sunt voluntatis, ex postfacto sunt necessitatis *vulg. l. sicut 5. C. de oblig. & action.* Atqui contractus innominati perinde contractuum nomine ac iure censentur, atque illi qui nominati sunt, cùm in iis contrahatur συνάλλαγμα *l. iuris gentium 7. §. 1. sup. de pact.* Non magis ergo in contractibus innominatis, quàm in cæteris nominatis potest locus esse pœnitentiæ *l. 3. 4. 6. & pass. C. de rescind. vendit. l. 3. l. velles necne 6. & pass. C. de reuoc. donat.* DEC. Differentia illa est, inter contractus nominatos & innominatos, quòd nominati omnes perfecti sunt, nec priùs contractuum nomen merentur, quàm perfecti sint aut re, aut consensu, aut verbis, aut literis, re quidem interueniente ex vna tantùm parte, sed post consensum formalem ab vtraque parte præstitum. Dicuntur enim re perfici, itémque verbis, aut literis, non quasi in iis solus rei interuentus aut verborum aut literarum contractum faciat sine consensu, sed quia præter mutuum consensum, vel rei traditionem exigunt, vel verba, vel literas: at contractus innominati non perficiuntur, nisi implemento ex vtraque parte secuto, & ideo quandiu secutum non est, ex parte tua, cùm dedi tibi decem, vt Stichum manumittas, potest me pœnitere, quia contractus nondum perfectus est, nec vllam in eo videri possum facere tibi iniuriam, cùm imputare tibi debeas, cur non citiùs ex parte tua impleueris, quàm primum implere potuisti, ne pœnitentię locus fieri vnquam posset. Quod vulgò nostri non intelligunt, qui contractus innominatos, etiam ante secutum ex altera parte implementum perfectos esse putant, quòd si ita esset, vtique locus pœnitentiæ in iis esse non posset.

c *Quòd si ita dedi.* RAT. DVB. Cùm tibi decem dedi, vt intra certum tempus Stichum manumittas, etiamsi nondum tempus præterierit, eadem tamen ratio dandæ condictionis locum habere videtur, quæ à nobis allata est ad versiculum præcedentem, quòd verum sit, contractum nondum ex tua parte impletum esse, idcóque imperfectum manere, & consequenter repetitioni locum esse posse, non minùs quàm si certum tempus manumittendo Sticho præstitutum non esset. DEC. Quod quis intra certum tempus facere potest & debet, inculpatum est, si non fiat ante illud tempus, dummodò fiat vltima etiam hora illius temporis *d. l. nihil peti potest 186. de regul. iur. l. qui hoc anno 42. de verb. oblig. l. quod certa 70. de solut.* quia totum illud medium tempus promissori ad soluendum datum esse intelligitur, vt quamuis interim possit soluere, peti tamen ab eo non possit *l. stipulatio ista 38. §. alteri l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* adeò vt si ante diem soluat, plus præstare dicatur, quàm debeat *l. eum qui 15. aliàs l. Lauolenus inf. de ann. legat.* Proinde cùm dedi tibi decem, vt Stichum seruum tuum manumittas, etiamsi non statim manumiseris, nihil tibi potest imputari, quandiu tempora largiuntur, vt manumissionem in longius tempus differre possis, nec videris cessare in contractu ex tua parte implendo, cùm sufficiat si

impleas intra tempus præstitutum, interim igitur non potest mihi competere condictio prætextu implementi non secuti, quomodo competeret, si nullum tempus faciendæ manumissioni præfixum, aut si quod præfixum fuerat, elapsum esset, vt sequitur in textu.

d *Nisi pœniteat.* RAT. DVB. Satis inducitur probatúrque pœnitentia ex eo solo, quod pecuniam, quam tibi dedi, condico, sicuti solemus dicere videri eum renunciare societati, qui agit pro socio *l. actione 65. in princip. infr. Pro socio.* Stare igitur non potest, quod Vlpianus hîc scribit, inhiberdam esse mihi repetitionem, nisi me pœniteat, cùm implicet contradictionem, vt velim condicere, nec me pœniteat. DEC. Multùm refert, qua ex causa velim condicere, an quasi causa non secuta, quod tu ex parte tua nondũ impleueris, an quia ne pœniteat, diuersa enim sunt media concludendi, cúmque medium per quod actor concludit, probari ab eo debeat, ne alioqui succumbere illum sit necesse. Succumbam proculdubio, si condicam quasi causa non secuta, non etiam si dicam me pœnitere, expressa igitur voluntatis declaratione & pœnitentia opus est, nec sufficit tacita, cùm aliud concludendi medium specialiter expressum est, & certè multi sunt, qui ne inconstantiæ ac leuitatis notam & reprehensionem incurrant, malint condicere prætextu causæ non secutæ, quàm ex pœnitentia, licèt eos maximè pœniteat. Idque est quod pragmatici nostri iactitant, & ex hoc loco probatur omnium optimè, in omni libello inspiciendum maximè esse medium concludendi, magis quàm illud ipsum quod concluditur, & ita bene hîc, post Accursium Bartolus, non insubtiliter, sed apertiùs quàm Accursius.

e *Quod si præterierit, condici poterit.* Intellige, etiam citra pœnitentiam, & ob id solùm quia causa secuta non est RAT. DVB. Etiamsi tempus præterierit, adhuc tamen sequi manumissio, & impleri contractus potest. Multò enim magis hodie faciendum est, quod iam olim fieri oportuit *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem in fin. infr. de action. empt.* nec quisquam solo lapsu temporis liberatur à dando, vel faciendo eo, quod intra certum tempus dari, vel fieri debuit, non solùm quia tempus non est modus legitimus tollendæ, vt nec inducendæ obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet de obligat. & act.* sed etiam quia tempus breuius in longiore continetur, non contrà, vt dicemus ad *l. quòd si Ephesi 3. infr. de eo quod cert. loc.* Non igitur potest mihi condictio statim competere, ob id solùm quod tu Stichum intra constitutum tempus non manumiseris. DEC. Quòd intra certum tempus fieri debuit, post illud tempus fieri amplius non potest inuito aduersario, cuius iam cœperit interesse: idque non tam per argumentum, à contrario sensu, quàm vi & potestate temporis limitati, vt Baldus loqui solet ex *d. l. Thais 41. §. intra certum tempus infr. de fideic. libert. l. si ita quis 135. §. Seia infr. de verb. oblig. l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* Verum igitur est, te qui Stichum intra præstitutum tempus non manumisisti, neque impleuisse contractum, neque implere amplius posse, licèt eum paratus sis manumittere, priùs etiam quàm eum condicere cœperim, nisi ego condicionem deferam, & manumissionem tardiorem admittam, vt moram purgare tibi liceat, quod inuito me facere non posses. In ea re præsertim quæ ex mei solius voluntate pendeat, & in qua pœnitere mihi satis sit, & satis esse potuerit, etiam antequàm tempus præteriisset, neque verò perinde haberi debes, acsi per stipulationem, aut quo alio modo ad Stichum intra certam diem manumittendum obligatus esses, quo casu non liberateris, quominùs etiam post tempus Stichum manumittere & posses & deberes: quemadmodum si centum soluere intra Calendas Ianuarias promisisses, nec soluisses, cùm enim accepisti à me decem vt Stichum manumitteres, non ideo promisisti te manumissurum, nec te ad manumissionem præcisè obligasti, sed causatiuè tantùm, nisi contractum adhuc imperfectum malles deserere, quàm ex parte tua implere, proinde si intra constitutum tempus non manumiseris, voluntatem tuam satis declarasti, quod contractum implere nolis. Quomodo enim melius probari voluntas potest, quàm ex non facto eo quod facere debueris, & quod facere, si voluisses, potuisses? Hoc enim omnino requiritur, vt manumittere seruum potueris *l. naturalis 5. §. at cùm do infr. de præscript. verb.* Quidni ergo competat mihi condictio? Nam quod Accursius obiicit, nec diluere potuit, ex constitutione diuorum Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, haberi debere seruum hunc pro libero, ex quo instanti debuit manumitti, nec manumissus est, ex *l. si is qui 4. Cod. si mancip. ita fuer. alien. l. si pecuniam 5. §. 1. in fin. hoc tit.* ad hunc certè casum non pertinet, in quo non idcirco possum videri seruum tuum emisse, quòd pecuniam tibi dederim, vt eum manumitteres, pecuniam enim non simpliciter, sed precij nomine datam esse oporteret ad hoc, vt contracta emptio dici posset, quo casu contractus nominatus esset & perfectus, non innominatus, & imperfectus, in quo contractuum genere ideo non potest locus esse constitutioni, quoniam, vt diximus, is qui pecuniam accipit, vt seruum suum manumittat, non obligatur præcisè ad manumittendum, constitutio autem in necessarium antecedens præsupponit obligationem manumittendi, nec repræsentat factum eius qui manumittere debuit, vt loquitur *l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* nisi eius demum qui præcisè obligatus fuerit, vt manumitteret. Aliud est si seruum meum tibi tradidero in hoc, vt eum intra certum tempus manumittas: nam si non manumiseris, nec ego voluntatem mutauero, fiet liber *d. l. 5. §. 1. infr.* quia licèt hoc quoque casu contractus innominatus & imperfectus sit, ex quo proinde non potest dici, te præcisè obligatum fuisse ad eum seruum manumittendum, qui per traditionem factus est tuus, esséque meus desiit, quæ sola ad illum locum dubitandi ratio fuit, ego tamen legi meæ rem dixi non tuæ, neque decipi à te debeo, qui non aliter fui eum tibi traditurus, sed eum potius manumissurus, cùm in potestate mea esset id facere *l. vlt. C. de pact. int. emp. & vendit. l. in traditionibus 48. supr. de pact.* nam & condicere adhuc possem seruum hunc si vellem quasi causa non secuta, & condictum manumittere si lex factum tuum non repræsentaret, vt proinde nulla tibi fieri iniuria videri possit, etiamsi inducatur hoc casu potestas constitutionis, tametsi seruus tibi ea ratione eripiatur, qui tuus factus erat, cùm non nisi ea lege tuus factus esset. Quid verò tua interest, an eum amittas inuitus per potestatem constitutionis, an quia eum condicam? Meritò igitur placuit, etiam hoc casu succedere, constitutionem, non item in specie huius §. vbi non seruum tuum condico, sed pecuniam quam tibi dederam, vt eum manumitteres. Bartolus noster longioribus & pluribus, vt solet, distinctionibus totam rem hanc

hanc tractat, sed non sine erroribus, in eo primùm quod putat, non esse locum constitutioni, si fuerit cogitatum de certo actu manumittendi ex *l. qui Romæ 122. §. Flauius de verbor. oblig.* quasi intersit, an dederim tibi Stichum, vt eum manumittas, an vt vindicta manumittas, quòd non ita est, nec animaduertit Bart. responsum quod est in *d. §. Flauius*, & cui opponitur *dict. l. si pecuniam 5. §. 1. esse Scæuolæ*, qui non peruenit ad ætatem vsque Imperatorum Marci, & Commodi, & eorum proinde cõstitutionem ignorauit, vt scripsimus ad *l. verum 11. §. 1. supr. de minor. & lib. 14. Coniect. cap. 4.* in eo rursum quod ait, si dederim tibi pecuniam non in sacculo, sed in numerato, vt Stichum seruum tuum manumittas, nec emendi animus bene probetur, sed in dubio sit, an contractum nominatum id est, emptionis facere voluerim, an innominatum, præsumendam esse emptionem, si quantitas pecuniæ quantitati precij respondeat ex *d. l. si is qui.* Hoc enim quoque falsum est, neque probatur ex *d. l. si is qui*, vbi proponebatur expressè facta emptio, cùm expressim precij pro seruo dati & accepti mentio facta esset: nec possit interuenire precium, nisi in emptione *l. 1. de contr. empt. l. 1. de rer. permut. § precium Instit. de empt. & vendit* sicque accipi debet, quod scriptum est in *d. l. naturalis 5. §. 1. de præscr. verb.* emptionem & venditionem esse, si pecuniam dem, vt rem accipiam, scilicet si dem pecuniam iure precij, aut si de emendo & vendendo antè conuenerit, vt constat ex *l. vlt. infr. hoc tit.* Longè verò difficiliùs est, vt emptio & venditio sit, si tibi dem pecuniam, vt Stichum seruum tuum manumittas, licèt precio par sit ea pecuniæ quantitas, nec enim vnquam auditum est, sic emptionem contrahi, cùm à me tibi datur pecunia, vt aliquid facias, sed vt rem accipiam *d. l. naturalis §. at cùm do*, vbi indistinctè scriptum est, vt & in hoc §. contractum illum esse innominatum, neque in ea specie constitutioni locum esse posse, alioqui repetitio locum non haberet, sicuti nec petitione pœnæ in eum casum promissæ, quo seruus intra certum tempus non manumitteretur, quia pro facto habetur id, propter quod ni fieret pœna promissa fuerat *d. l. vlt. C. si mãcip. ita fuer. alien.* Illud certè ad hunc locum benè Accursius notat, non ex mora induci hanc condictionem, vt veteres quidam putauerunt, sed solam causæ cessationem, vt ipse loquitur, id est, quod causa quæ fuit dandi secuta, & impleta non sit, nam vt iam attigimus ex iuris regula, nulla intelligitur mora contrahi, vbi nulla petitio est *l. nulla 88. de reg. iur. l. si pupillus 127. de verb. obl.* nulla autem potuit mihi competere petitio aut interpellatio contra te, vt Stichum seruum tuum manumitteres, cùm nihil tale promiseris verbis præcisis contractus. Cessare tamen potes in manumittendo, cessas enim hoc ipso quòd non manumittis, & cessatio hæc cùm nihil aliud sit quàm non manumissio simplex abnutiuum est, vt Paulus noster loquitur in *l. inter stipulantẽ 83. in prin. de verb. oblig* omnis mora cessatio est, sed non omnis cessatio è contrario mora est *d. l. naturalis 5. §. quòd si faciam de præscr. verb. l. 1. sup. & pass. hoc tit. l. 1. §. ob rem inf. tit. prox.*

f *Condici poterit.* RAT. DVB. Naturalis obligatio impedit condictionem & repetitionem *l. naturaliter 13. & pass. inf. de condict. indeb. l. naturales 10. infr. de oblig. & action.* Atqui ex contractibus innominatis, etiamsi nulla nasceretur ciuilis obligatio, ante implementum ex vtraque parte secutum, quæ Bartoli & aliorum sententia est ad *l. si pecuniam 5. infr.* Nascitur tamen saltem naturalis, quæ ex nudo quoque pacto nasceretur *l. iuris gentium 7. §. igitur nuda supr. de pact. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Ergo non potest ex his contractibus, etiam non secuta causa, nasci condictio eius quod datum est. DEC. Datio non est modus inducendæ obligationis naturalis, aut ciuilis, sed potiùs tollendæ ex parte illius, qui dat, si qua vel ciuilis, vel naturalis obligatio præcessisset, multo magis cùm nulla præcessit: sed ex parte tantùm illius, qui accipit, obligatio & naturalis & ciuilis contrahitur ad implendum id, non quidem quod promiserit, [nihil enim promisit, vt diximus] sed propter quod dandum vel faciendum datum est, quod accepit, nam & ex accipientis tantùm parte συνάλλαγμα contrahitur, & ciuilis illa obligatio cum naturali coniuncta, de qua in *d. l. iuris gentium §. 1. supr. de pact.* Ideóque errat Bartolus quod putat contractus istos innominatos antequam compleantur, non producere ciuilem obligationem ex *l. ex placit. 3. Cod. de rer. permut.* quæ tamen non loquitur de contractu aliquo innominato sed de nudo placito permutationis, quod certè nullam actionem potest producere, cùm ex vtraque parte stet in finibus nudæ conuentionis, sed ex contractu innominato, qui à datione, aut à facto aliquo cœperit nasci obligationem, & actionem ciuilem tam apertè scriptum est in *d. l. iuris gentium §. 1. & in d. l. naturalis §. 1. & §. at cùm do inf. de præscrip. verb. l. 4. 5. 6. 7. & vlt. C. de rer. permut.* vt nihil dici possit apertius, quomodo enim ei qui prior dedit, vel fecit, competere posset actio, præscriptis verbis contra eum qui cessat dare vel facere, si nulla ciuilis obligatio ex datione illa esset nata? at quia contra eum qui certa lege quid dedit vel fecit, nulla nasci potuit siue ciuilis siue naturalis obligatio, mirum non est cessante altero dari huic condictionem, & permitti, vt per solam pœnitentiam ab eo contractu posit discedere, ex quo nunquam fuit obligatus. Fefellit Bartolum, vt puto, & cæteros, quod putant, in his contractibus innominatis præcedere semper pactum aliquod de sic contrahendo, quomodo in omni permutatione diximus, præcedere pactum debere de permutando *d. l. ex placito & seq.* in quo maximè differt contractus permutationis, à contractu, do vt des, vt docuimus *lib. 6. Coniect. cap. 9.* Nec videt Bartolus, cæteros contractus innominatos præter permutationem, incipere à datione aut à facto non à conuentione, ideóque nec vllam obligationem præcedere siue naturalem siue ciuilem, quam agnoscere videatur is, qui dat prior, & propter quam inhibenda ei sit repetitio. Is enim demum non repetit qui id dedit, quod antequàm det, iam debuit naturaliter. Itaque non est, quod cum Bartolo dicas, in huiusmodi contractibus innominatis locum esse quidem pœnitentiæ ex parte eius qui dedit, sed non ratione eius quod dedit, at ratione eius quod ab aduersario dandum vel faciendum fuit *arg. l. qui pecuniam 30. supr. de reb. credit.* nam imò verò locus est pœnitentiæ, ex parte dantis ratione eius, quod datum fuit, cùm nullomodo esset obligatus, vt daret: incipit namque obligari, non vt det quod iam dedit, sed ne possit repetere, quemadmodum donator qui rem donatam legatario tradidit, obligatus dicitur ex donatione, ne donationem reuocare possit *l. velles necne 6. C. de reuoc. donat.* cùm is qui accepit implet ex sua parte: neque expectamus vt impleuerit, quia implementum æstimatur ex eo instanti, quo fit non quo factum est,

ſicuti nec ſufficit, quod implere paratus ſit, ſi priuſquàm impleat, cœperit eum pœnitere qui dedit, quomodo aliàs ſolemus dicere non prodeſſe debitori, quod velit ſatisfacere, ſed prodeſſe tantùm quòd ſatisfecerit *l. item liberatur 6. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Quandiu enim non impletur contractus ex parte illius qui accepit, verùm eſt dicere, nullomodo eſſe adhuc obligatum eum qui dedit: qua ſola ratione contractæ iam obligationis prohiberi, poſſet condicere. Ideóque obſeruandum eſt multũ intereſſe, an pœniteat eum qui dedit, an nõ pœniteat, ſi pœniteat habet ſolam condictionem ex pœnitentia, & quidem eam de qua in hoc tit. agitur, id eſt, ob rem & cauſam dati, re & cauſa non ſecuta, non enim poſſet habere actionem ſiue præſcriptis verbis, ſiue aliam quamlibet ex contractu, cuius eum pœnitet, ſi verò non pœniteat, habet actionem ciuilem præſcriptis verbis per quam conſequitur actor, vtrum ipſe elegerit, vt vel præſtet aduerſarius, quanti actoris interſit, datum vel factum fuiſſe id, quod dari fierive oportuit, aut vt reddatur quod datum eſt *dict. l. naturalis §. 1. & §. at cùm do*, niſi malit ille placitis ſtare, & ex parte ſua implere, hoc enim contra eum qui ex contractu innominato agit, ſemper permittitur *dict. l. quoniam 5. & ſeq. Cod. de rer. permut.* de quo tamen videnda ſunt quæ pluribus ſcripſimus *dict. libr. 6. Coniect. c. 9. & 10.* & iungenda quæ dicemus *ad l. 5. & vlt. infr.*

g *Sed ſi Stichus deceſſerit.* RAT. DVB. Mora condictionem hanc non parit, ſed ſola ceſſatio in cauſa implenda, ob quam datum fuerat, vt diximus, in ſuperioribus. Atqui quoties nulla moræ ratio habetur, certum eſt naturali interitu ſpeciei debitæ contingere, ipſo iure liberationem debitori, etiam qui ſpeciem illam expreſſim promiſerat *l. ſi ex legati 23. & ſeq. inf. de verb. oblig. l. ſi fideiuſſor 19. ſupr. de dolo.* Ergo multo magis in propoſita ſpecie, in qua neque promiſſus aut debitus Stichus fuit, neque conuentio vlla expreſſa de eo per te manumittendo, niſi quod à me pecuniam accepiſti, vt eum manumitteres, dicendum eſt ſi Stichus deceſſerit, etiamſi poſt id temporis quo manumitti potuit, ceſſare repetitionem, neque diſtinctionem illam Proculi, quam Vlpianus hic refert, & probat admittendam eſſe. DEC. Ea demum ceſſatio quæ culpam habet, & quę imputari ceſſanti poteſt, parit hanc condictionem, atqui non cares culpa, ſi non manumiſeris Stichum intra id tempus, quod pręſtitutum à me fuerat, vt eum manumitteres, neque enim debueras à me pecuniam accipere ſi t manumitteres, ſi iam id propoſitum tibi erat, vt non manumitteres, magiſque ad dolum quàm ad culpam accedit hæc ceſſatio, vt ex eo conſtat quod vindicatur etiam actione de dolo, ſi qua de cauſa ciuilis actio alia, vel prætoria competere non poſſit *dict. l. naturalis §. quòd ſi faciam de praſcrip. verb.* At cùm Stichus ante id tempus deceſſit quo manumittere potueras & debueras, inculpata eſt tua ceſſatio, cùm totum illud tempus liberum tibi fuerit ad manumittendum, vt ſuprà oſtendimus, debuiſti enim te ipſum interpellare, vt intra illud tempus manumitteres, at non etiam vt primo quoque die. Optima igitur, & æquiſſima Proculi diſtinctio eſt, cùm tota hæc actio non detur, niſi in pœnam non ſecuti implementi: planè ſi me pœniteat, dummodo rebus integris, & ante mortem ſerui, dubitandum non eſt, licèt Accurſius neget, habiturum me ex pœnitentia condictionem: eſt enim hîc quoque repetenda eadem exceptio, quæ poſita eſt in caſu & diſtinctione præcedente *niſi pœniteat*, quoniam alia eſt condictio, quæ naſcitur ex pœnitentia, vt diximus, alia quæ naſcitur ob rem & cauſam non ſecutam, hæc diſtinctiones quaſdam recipit, illa nullas, quicquid in contrarium Bartolus hîc ſentiat, ſed nõnne tum quoque cùm Stichus ante tempus deceſſit, intra quod manumitti debuerat, adhibendæ ſunt diſtinctiones quæ ex eodem Vlpiano noſtro ponuntur in *dict. l. ſi pecuniam 5. §. vltim. infrà hoc tit.* Ita putat quoque Accurſius, Bartolus autem ita demum, ſi condictio ex pœnitentia proponatur, non tanquam re non ſecuta, ego non puto, qui vel ex hoc maximè loco moueor, vt coniiciam & ſuſpicer non modò diſtinctionem illam totam eſſe Triboniani, ſed etiam quicquid in eadem lege ſcriptum eſt maximè ab illis verbis *ſed ſi acceperit pecuniam* à quibus meo iudicio inchoandus eſſet §. *vlt.* vt ibi dicemus.

h *Quinimo etſi nihil tibi dedi.* Non exiſtimo poſſe defendi ſententiam huius verſiculi, nam ſi nihil tibi dederim, vt Stichum ſeruum tuum manumitteres, ſed promiſerim tamen decem, vt eum intra menſem manumitteres, & Stichus intra id tempus deceſſerit antequàm manumitteretur, certum eſt nullum hîc eſſe contractum ſiue nominatum, ſiue innominatum, nullúmque συνάλλαγμα, ſed nudi pacti iure conuentionem hanc cenſendam eſſe, quia contractibus innominatis omnibus commune illud eſt, vt à datione vel à facto ſemper incipiant, nunquam à conuentione: quod & ipſa cõtractuum horum nomina demonſtrant, nam cùm ſint quatuor duntaxat eorum ſumma genera, do vt des, do vt facias, facio vt des, & facio vt facias *d. l. naturalis 5. in prin. infr. de praſcr. verb.* apparet nullum eſſe contractum *dabo vt facias*, id eſt, qui à promiſſione incipiat. Initium enim obligationi præbere debet traditio & implementum ex vna parte, non conuentio, *l. 1. infr. de rer. permut.* Alioqui ex parte promittentis, citra ſtipulationem & citra traditionem nihil niſi nudum pactum eſt *l. 4. & vlt. C. eod.* pactum inquam de dando, ex parte verò illius cui promittitur, quíque nihil ipſe promittit, aut pactum nullum eſt, aut certè contractus ſaltem non eſt, nam & in eo contractuum nominatorum genere, qui conſenſu ſolo perficiuntur, cuiuſmodi ſunt venditiones, locationes & ſimiles, conſtat pactum de vendendo non eſſe venditionem, nec pactum de locando locationem, vt dicemus, fortaſſe ad *l. vlt. inf. hoc tit.* Solúmque excipitur pactum de donando, quod pro donatione haberi voluiſſe videtur Iuſtinianus in *l. ſi quis argentum 35. §. vlt. C. de don.* licèt de pacto donationis, id eſt, de donatione per nudum pactũ in pręſenti facta, potius quàm de pacto in futurum donandi eam legem accipi nõnulli velint, quibus ego aſſentior. Cùm igitur contractus ita initus, *Dabo vt facias*, non poſſit referri ad contractum *do vt facias*, nihilque habeat ſimile, quouſque ſaltem ſecuta ſit datio, quam tamen ponimus ſecutam non eſſe, neceſſe eſt, vel manere conuentionẽ hanc in puris terminis ſimplicis conuentionis, vel vt tranſeat in cõtractum ſequi implementum faciendi ex parte tua, vt prior id facias, nec pecunia mea expectata, quod vt faceres, pecuniam daturum me tibi promiſeram. Iam verò eueniente eo caſu, vt tu prior manumitteres, antequàm ego pecuniam tibi dediſſem, inciperet quidem eſſe contractus innominatus, at cui nomen eſſe deberet non *do vt facias* ſed è cõtrario *facio vt des*.

vt des, quia initio cōtractus inspecto, quod à primo implemento æstimādum est non à modo ineundæ conuentionis, vt contra Accursium pro Vltramontanis nostris disputat Bart. ad *l. naturalis 5. §. sed si facio infr. de prescr. verb.* prius implementum à facto & manumissione, non à datione incepisset. Porrò ex contractu *Facio vt des* nemo vnquam dixit nasci condictionem, cùm facta non condicantur, quandoquidem id quod factum, est pro infecto haberi non potest, *l. in bello 12. §. facta autem res infr. de captiu. & postlim.* multo minùs autem libertates datæ reuocētur. Ideóque ex eo contractu non aliam, quàm de dolo actionem nasci scriptum est in *dict. l. naturalis §. quòd si faciam.* Sed quonam demùm casu, si posteaquàm feci, inquit Paulus, cessas dare? Factum ergo præcessisse necesse est. At nos eum casum tractamus quo non magis ex tua parte factum interuenerit, quàm ex parte mea datio vlla pecuniæ. Quis verò tale contractus innominati genus vnquam audiit, ex quo nullum neque ex mea neque ex tua parte secutum sit implementum? Sed quis præterea sibi persuadeat ex cōtractu tam ridiculo nasci posse actionem in gratiam & fauorem eius qui non solùm ex parte sua nihil dum impleuerit, sed nec implere amplius quicquam possit? An non absurdissimum & iniquissimum fuerit, cogi me pecuniam tibi dare quam nudo pacto promiseram vt Stichum seruum tuum intra mensem manumitteres, quamuis ante manumissionem decesserit, & ob id solùm quod adhuc hodie si viueret, manumittere illum posses, quódque tibi nihil imputari possit cur eum non manumiseris, cùm tempora largirentur, vt manumitti intra constitutum tempus posset? An non verissimum est hoc casu secundum hanc sententiam nasci actionem ex pacto nudo contra iuris regulas? *l. iuris gentium 7. §. quinimo supr. de pact. l. legem quam dixisti 10. C. eod.* Aut quis vnquam dixit iustam causam esse dandæ tibi actionis solam illam quòd imputari nihil tibi possit? Iustam quidem defensionem & exceptionē præbere tibi ea res posset si conuenieris. Sed vt actionem quoque dare tibi debeat vt me conuenias, & à me pecuniam exigas, quam nudo pacto me daturum promiseram, nulla certè iuris actio permittit. Quotus enim quisque est, qui si hoc sufficeret vt nihil imputari ei posset, non esset æquè habiturus contra me de qualibet re actionem? Causam nimirum aliquam affirmatiuam, positiuam, vt ita loquar, & legitimam semper præcedere necesse est quæ obligationem, & actionem ex obligatione parere possit, non enim nisi certis & legitimis modis nascuntur obligationes & actiones *l. 1. l. obligationum ferè 44. §. placet & pass. de oblig. & action.* inter quos sicuti non est pactum nudum, ita neque simplex illud abnutiuum: vt nihil tibi possit imputari, cùm ex propositione negatiua inferri nihil possit, sed & finge me tibi promisisse decem etiam per stipulationem si voles sub illa condicione si intra mensem Stichum seruum tuum manumiseris, quis credat dandam tibi contra me actionem ex stipulatu ad petenda decem etiamsi Stichus ante manumissionem dummodo intra mensem decesserit? An ideo pro manumisso habendus est quod etiam hodie manumitti posset, si viueret? Imò implicant ista contradictionem. Non enim posset hodie manumitti si habendus esset pro iam manumisso: Nec rursum potest haberi condicio pro impleta, quin potestatem inducas constitutionis Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, de qua in præcedentibus diximus, quæ tamen hoc casu locum habere non potest, non ob id solùm, quod nihil adhuc à me acceperis vt seruum tuum manumitteres, *l. si is qui 4. C. si mancip. ita fuer. alien. l. qui Romæ 122. §. Flauius de verb. oblig.* Sed etiam quia non habet locum ea constitutio nisi post elapsum tempus manumissioni faciendæ præstitutum, quo tamen tempore ponimus iam decessisse Stichum, nec proinde manumitti amplius posse, non magis per constitutionem quàm per te, cuius factum potestate constitutionis repræsentatur *l. vlt. C. si mancip ita fuer. alien.* Sed neque verum est imputari tibi nihil posse, cùm potueris primo quoque die manumittere si id ageras vt conuentionem illam nostram ita conceptam *Dabo vt facias* conuerteres in contractum *Facio vt des*, debueras enim prospicere hoc posse eueniri e, vt Stichus si non statim manumitteretur, ante manumissionem & intra mensem ipsum tamen moreretur, atque ita manumittendi eius facultas, petendorúmque decem ratio omnis tibi præriperetur *arg. l. si quis domum 9. §. 1. infr. locat.* debueras igitur festinare ad eum manumittendum, vt hoc ipso me obligatum haberes ad præstanda tibi decem quæ ob eam causam, licèt nudo pacto promisissem. Quòd si ex placito permutationis nulla actio nasci potest, nisi rei traditio ex alterutra parte secuta sit *l. ex placito 3. C. de rer. permut.* sicut neque ex placito diuisionis *l. diuisionis placitum 45. supr. de pact.* cur potiùs ex hoc pacto *Dabo vt facias* concedetur tibi actio priusquàm feceris, & eo tempore quo facere nihil amplius possis, cùm anteà & citiùs potuisses? Cùm igitur hæc omnia verissimè disputentur, non possum ferre quod lex ait, vltro tibi competere actionem *quæ ex hoc* inquit *contractu nascitur*. Quisnam enim obsecro hic contractus est? Si eum intelligis de quo hucusque tractatū est, contractus est *Do vt facias*. At ponimus conuentionem ita factam esse *Dabo vt facias*, id est *vt manumittas* quæ nihil simile aut commune habet cum illa *Do vt facias* nec speciē vllam cōstituere potest cōtractus innominati, vt probauimus. Quòd si conuentionē hanc degenerare velis in cōtractum innominatū, vel dationē ex mea parte interuenire necessē est, vt incipiat hic esse cōtractus *Do vt facias* vel factum manumissionis ex tua parte, vt incipiat esse *Facio vt des*. Atqui priore casu non poterit locus esse quæstioni propositæ, an decem dare tibi debeam, quæ iam dederim, nec rursus competere tibi condictio manumissionis & libertatis. Multo minùs autem ferre illud possum, quòd *actionem quæ ex hoc contractu nascitur* lex interpretatur *condictionem*, quis enim nescit condictionem, quæ nascitur ex contractu *Do vt des* vel ex contractu *Do vt facias*, non competere nisi vt id quod datum est reddatur, at non etiam vt quod dari fieríve ab altera parte promissum est, detur fiátve. Est enim necessaria in eam rē actio Præscriptis verbis, quę nec cōceditur ad hoc precisè, vt detur vel fiat ꝙ aduersarius dare vel facere debuerit, vt cōtractū ex parte sua impleret, sed ad id quod interest illius qui ex parte sua satisfecit, ni alter ex sua quoq. satisfaciat *d. l. 1. in fin. de rer. permut. d. l. naturalis §. 1. & seq. de præscr. verb. l. 4. 5. & 6. C. de rer. permut.* Neq. ab hac propositione, quā interpretes ōnes admittūt, excipiēdi sūt duo illi casus, quos iidē post Accursiū excipiunt ex *l. si pecuniam 5. §. item si quis & §. sed si acceperit*, vt ad eos locos dicemus. Quare valde se torquēt nostri, vt explicēt quænā sit hæc cōdictio, quā lex tibi dat cōtra me, vt soluā tibi decē. Alij volūt esse cōdictionē certi generalē, quæ possit

concurrere cum alia qualibet actione speciali, per quam certum petatur ex *l.certi condictio 9. supr. de reb. credit.* adeoque cum actione de dolo si contractus à facto incepisset, & esset contractus *Facio vt des* vt in *l. cùm proponas 4. C. de dolo.* quasi sit illa genus, hæc species quæ per genus suum, nunquam excluditur, sed parùm subtiliter, nam neq. certi cōdictio generalis vlla est quæ in iudiciū & exercitium deduci possit, vt probauimus ad *d.l.certi condictio*: neq. fieri potest, vt cum ea cōcurrat actio de dolo, non magis quàm cum alia vlla actione, quæ non nisi subsidiaria est, & omnibus aliis deficientibus datur *l.1.§. ait Prætor & pass. supr. de dolo.* sed tanto minus cum condictione certi, quod per actionem de dolo semper petitur incertum, cùm non detur nisi ad id quod interest *l. arbitrio 18. eod.* condictio autem quæ hîc datur, non possit esse nisi certi quippe quæ detur ad certam quantitatem, id est ad pecuniam promissam. Ideóq. nec sibi satisfaciūt in hac explicatione interpretes, sed ad aliam confugere coguntur multo ineptiorem, vt hîc condictionē dixerit Vlpianus pro actione Præscriptis verbis, quæ scilicet ex contractibus innominatis dari solet, vt vel placiti fides præstetur, vel id quod interest agentis, vel vt, si actor hoc elegerit, quod datum est restituatur, *d.l. naturalis §.1. & seq. d.l.4.5. & 6. C. de rer. permut.* Hoc verò quàm ridiculum sit, nemo non videt, actionem enim Præscriptis verbis à condictione, prudentes nostri, perpetuò separant, sed in hoc maximè tractatu, in quo condictionis nomine nihil nisi repetitionem dari significant: Præscriptis autem verbis actionem referunt ad id quod vicissim dare vel facere debuit, is qui ea lege datum accepit, quod verò erroris huius tuendi gratia adferunt, omnes actiones personales posse dici condictiones, æquè erroneum & falsum est. Nec enim alias personales actiones appellamus condictiones, quàm per quas intendit actor, dari sibi & dominium in se transferri oportere *§. appellamus Instit. de action. l. si quis infitiatus 13. §. 1. depos.* quòd per actionem Præscriptis verbis nūquam fit, datur enim semper ad id quod interest, & ob id plerunque *incerti ciuilis* appellatur, tum verò maximè cùm datur ex contractu innominato etiam contra eum, qui alioquin obligatus est ad dandum, vt Accursius quoque fatetur, nec Bartolus repugnat, *ex l. ob eam causam 9. infr. de præscr. verb.* Falsum igitur est quod in hoc versiculo scriptum est, si nihil tibi dedi, vt manumitteres, placuerat tamen vt darem vltro tibi cōpetere actionē, quæ ex hoc contractu nascitur, id est condictionē defuncto quoque eo, nec possis veram facere hanc sententiam, etiamsi adhibeas distinctionem Accursij, an distracturus fueras Stichum, si hæc conuentio non obstitisset, necne ex *d. l. si pecuniam 5. §. sed vbi infr.* nam præter id quod tota illius §. distinctio Triboniani est, vt iam attigimus ad aliū casum, quàm ad hunc illa pertinet, nihilque referre potest an Stichū distracturus fueris, an non vt detur tibi actio ad pecuniam cōtra me, defuncto quoque ante manumissionē eo quem manumittere debueras, quém quę si prohibitus fueras distrahere, quòd eum manumittere voles, tanto citiùs debueras manumittere, cùm posses, ne ante manumissionem moreretur. Satisque est si ea distinctio recipi possit, cùm de inhibenda repetitione tractatur, vt in *d. §. sed vbi.* Est igitur, ni fallor, tota hæc clausula Triboniani, qui cùm videret æquum esse, vt esset repetitio, si Stichus qui manumitti debuit, decesserit intra tēpus præstitutū, putauit eandem æquitatem posse facere, & eo vsq. porrigi, vt quemadmodum quòd ego tibi dedi, nō possum repetere, ita & quod nō dedi, possis à me petere, quasi verò eiusdē æquitatis sit, vt cuius dati repetitio non est, eius non dati petitio sit, quod tamen falsum esse ostendimus ad *tit. de aleator.* Facilius enim est vt possidenti detur retentio, quàm vt non possidenti actio *l.1. infr. de pignor. l. si in area 33. infr. de condict. indeb.* Sic autem facere solent, qui cerebrinam istam, &, vt quidam facetè vocant, vertiginosam æquitatem, cuius præcipuus dux & antesignanus Tribonianus noster fuit, producunt quàm latissimè fieri potest, vt veræ æquitatis prætextu negligant veram iuris rationem, & legibus impunè illudant.

3 ¶ Si liber homo, qui bona fide seruiebat, mihi pecuniam dederit, vt eum manumittā: & fecero, posteà liber probatus, an mihi condicere possit, quæritur? Et Iulianus libro vndecimo digestorū scribit, cōpetere manumisso repetitionē.

Ad §. 3. Si liber homo 26.

RAT. DVB. Liber homo, qui cùm bona fide mihi seruiret, dedit mihi pecuniā, vt eum manumitterem, si à me fuerit manumissus, non potest conqueri se deceptum esse à me, aut non esse secutū ex parte mea implementum, cùm dandæ pecuniæ causa non alia fuerit, quàm manumissio, quæ verè secuta est, si non de iure, vt loquuntur, quia iam liber homo manumitti iure non potuit: de facto tamen, quia manumissio facta est, & condiciones quoque ipsas quæ dispositionem afficere magis solent, quàm afficiat modus (nec enim modus suspendit dispositionem, vt condicio *l. cùm ab eo 41. infr. de contr. empt.*) dicimus tamen sufficere de facto impleri, licèt implemētum illud nullū effectum iuris habeat, nisi quòd condicioni satisfactum esse creditur *l. Meuius 55. de condic. & demonstr. l. heredibus 77. §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* Ergo non potest hoc casu locus esse repetitioni, ob rem dati, quasi re non secuta. DEC. Semper in stipulationibus, cæterisque contractibus sequimur id quod actum est *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Cùm autem pecuniam aliquis dat, vt manumittatur non tam de actu solo manumittendi cogitat, quàm de libertate per manumissionem consequenda. Cur enim daret pecuniam ob manumissionem, ex qua nullam ipse vtilitatem esset consecuturus? Quam porrò aliam vtilitatem ex manumissione consequi potuit, præter libertatem? Nec aliam bonæ fidei possessoris mentem fuisse dici potest, qui pecuniā accepit ad manumittendū eum, quem seruum esse falsò existimabat vt in *l. cùm ancillā 6. C. hoc tit.* Atqui liber homo, licèt bona fide seruiat, & seruum se existimet, nō eo minùs tamen liber est, nec magis liber fieri per manumissionem potest, cùm ex iusta seruitute manumissum quē esse oporteat, vt manumissio effectum aliquem habere possit, vnde est quod solemus dicere, natalibus & ingenuitati non officere manumissionem *§. vlt. Instit. de ingen.* Ergo cùm pecunia data est ab homine libero, qui seruum se putabat, vt manumitteretur, licèt posteà manumissus sit, verum tamen est dicere, causam ob

quam

quam data fuit pecunia, secutam non esse, quia nec sequi potuit. Manumissi enim esse nulla videri potest, vbi nulla est datio libertatis: effectus enim rei magis considerandus est, quàm verba *l. pen. §. docere ne quis eu qui in ius vocab vi exim. l. 1. §. 1. quod quisq. iuris l. debitor 59. vers. videamus de effectu rei infr. ad SC. Trebell.* Consequens igitur est, vt hoc casu locus sit condictioni ob causam dati, causa non secuta, cur non verò condictioni sine causa? Nulla enim videtur hîc causa fuisse dandæ pecuniæ ob libertatem, cùm nulla subesset seruitus: nimirum quia ab initio iusta fuit causa & dandæ & accipiendæ pecuniæ ob manumissionem eius, qui seruus credebatur, causa tamen nec secuta fuit, nec sequi potuit, quia nec libertas homini iam libero dari potuit: longéque aliud est dicere, causam nullam dandi fuisse, aliud verò causam nec secutam esse nec sequi potuisse. Difficilius illud est, cur non ex iuris regula bona fides eius qui pecuniam accepit, non præstet tantundem possidenti, quantum præstaret veritas ad inhibendam repetitionem *l. bona fides 136. de regul. iur.* Sed ex eadem regula respondendum est, quia lex impedimento est, nec patitur, vt quòd ob causam datũ est, retineatur causa non secuta, non magis quàm si vel sine causa, vel ex aliqua quidem sed iniusta & turpi datum esset *l. 1. & tot. tit. infr. de condict. sin caus. l. perpetuo 6. infr. tit. prox.* nec ipsa quoque ratio æquitatis hoc pateretur. Omnes enim condictiones licèt stricti iuris sint, naturalem tamen habent æquitatem, & ab æquitate originem sumpsisse videntur *l. indebiti 15. l. hac condictio 66. infr. de condict. indeb. l. rerum quidem 25. infr. rer amot.* Nec sanè vnquam æquum est, locupletari quem sine causa ex alterius damno & iactura *l. nam hoc natura 14. eod. l. iure natura 206. de regul. iur.* Condicionum alia ratio est. Sunt enim omnes facti, ideóque implendæ in forma specifica *l. qui heredi 44. & d. l. Mauius 55. de condic. & demonstr. d. l. heredibus 77. §. vlt. ad Trebell.* nec aliunde recipiunt interpretationem, quàm à voluntate testatoris *leg. in condicionibus 19. l. pater Seuerianam 101. de condic. & demonstr.* Testator autem in dubio condicionem ad factum magis quàm ad ius retulisse credendus est, sicut & vltima ipsa voluntas tota facti est *l. voluntatis 7. C. de fideic.* Denique sufficit non circumueniri voluntatem testatoris *l. si cui 92. de condic. & demonstr.* non circumuenitur autem, cùm facto ipso impletur condictio, & eo modo quo impleri potest ab eo cui adscripta est. Quod tamen in hoc §. Vlpianus scribit, dari iã esse repetitionẽ pecuniæ ab eo datam, qui cùm liber esset, seruus tamen putabatur, intellige cum Accursio, si non sit ea pecunia ex peculio, quod ad ipsum bonæ fidei possessorem pertinebat. Eo nàque casu nulla posset esse repetitio ab eo qui suam pecuniã acceperisset, secundũ distinctionem ab eodẽ Vlpiano nostro traditã in *l. si procuratorẽ 8. §. si liber homo infr. mandat* & à Scæuola in *l vlt. in princip. infr. de condict indeb.* iũge *l. si liber 9. C. hoc tit.* Extra hũc casum placet, quod ex hoc §. notat Bart. & ex *seq.* si causa ob quã datũ est, aliquid sequatur de facto tantũ, nõ etiã de iure cõpetere repetitionẽ, nec distingui an sciens an ignorãs quis acceperit, vt subiicitur in *§. seq.* nisi quòd minorẽ dubitationẽ res habet, in eo qui nõ bona fide pecuniã accepit, sed sciẽs liberũ eũ à quo accipit, vt ipsum manumittat, id enim nõ potest facere sine dolo malo. Placet etiã quod addit Accursius, nihil referre an nihil fiat, an de iure non fiat, aut etiam, non videri factũ quod iure factũ non est ex *§ prox. infr. & ex l. 5. C. si mancip. ita fuer. alien.*

4 ¶ Neratius etiam libris membranarum refert, Paridem pantomimum à Domitia Neronis filia decem, quæ ei pro libertate dederat, repetisse per iudicem: nec fuisse quæsitum, an Domitia sciens liberum accepisset.

Ad §. 4 Neratius.

RAT. DVB. & DECID. ad hũc §. eadẽ est quæ ad præcedentẽ. Eadẽ enim vtriusque sententia est, nisi quod hîc additur distinguendum non esse, an is qui tanquã à seruo pecuniã accepit, vt eum manumitteret, liberũ sciuerit, an ignorauerit, cum vtroq. casu eadem iuris ratio locũ habeat, quia causa dandi non videtur secuta, quãuis secuta sit manumissio, ex qua libertas nec obtigit, nec obtingere potuerit. Nequẽ verò semper necesse est, meliorẽ esse condicionem ignorãtis, p̃pter bonã fidẽ, quàm scientis propter dolum, quẽ adnexum semper habet sciẽtia, sed sufficit vt nunquam melior sit condicio scientis, quàm ignorantis, malæ fidei possessoris quàm bonæ fidei *l. non solùm 13. supr. de noxal. action.* stulti quàm prudentis, imperiti denique quàm periti *l. 4. infr. quod vi aut clam* vbi ergo lex non distinguit, nec nos distinguemus, inquit Accursius, ex *l 3 supr. de offic. Præsid. l. de precio 8. supr. de Public in rem act.* Quod tamen intellige si distinguendi ratio nulla subsit, quomodo hîc certè nulla suberat.

5 ¶ Si quis, quasi statuliber, mihi decẽ dederit, cùm dare iussus non esset: condicere eum decẽ, Celsus scribit. Sed & si seruus, qui testamento heredi iussus erat decẽ dare, & liber esse, codicillis purè libertatem acceperit, &, id ignorans, dederit heredi decem: an repetere possit? & refert, patrem suum Celsum existimasse, repetere eum non posse. sed ipse Celsus naturali æquitate motus, putat repeti posse. quæ sententia verior est. quanquam constet, (vt & ipse ait[a], eum, qui dedit ea spe, quòd se ab eo, qui accepit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse, opinione falsa deceptum.

Ad §. 5. Si quis quasi statuliber.

Superiores §§. fuerunt de pecunia ab eo data, qui seruus putabatur, cùm liber esset. Hic verò §. de pecunia perinde quidẽ data ab homine iã facto libero, sed qui tamen statuliber credebatur. RAT. DVB. Seruus qui testamento heredi decem dare, & ita liber esse iussus erat, quamuis domini sui codicillis libertatem purè acceperit, non potest tamen dicere secutam non esse causam, ob quam dedit

pecuniam, cùm directam libertatem nactus sit quæ data ei fuerat non minùs in testamẽto, quàm in codicillis, nec quicquã eius interesse videatur, ex qua voluntate habeat libertatẽ, dũmodò eandẽ habeat id est directã, & ex eiusdẽ domini iudicio ac liberalitate *l. cùm seruus* 104. *infr. de verb. oblig.* vbi dicitur quod difficilius est, etiam in libertate quæ per manumissionẽ danda est, non esse quærendũ à quo seruus manumittatur, sed vt manumittatur. Et quãuis seruus hic opinione sua deceptus sit, cùm habuerit libertatẽ ex codicillis, quã putabat se habere ex testamento, non solet tamen hæc cõdictio dari, ob id solùm quod falsa opinione sua quis deceptus sit, dum ne ab eo qui pecuniam dedit deceptus fuerit, puta si dederit ea spe, quòd se ab eo qui accepit, remuneratum iri existimaret, vel amiciorem eum sibi fore crederet: huic enim certum est non dari repetitionem, nec si remuneratio nulla, neque maior amicitia secuta sit: sibi namque imputet qui se ipsum falsa illa opinione decepit. Sufficitque vt nihil imputare possis ei, qui pecuniam iusta de causa, nulláque vicissim promissione facta acceperit. Quid verò imputare possis domino qui hæc decem à seruo quasi à statulibero accepit, cùm eo ipso testamento ex quo hereditatem adiit, cuius aditione libertas ipsa confirmata est, cœpítque deberi (nec enim dies libertatis siue directæ, siue fideicommissariæ cedit, nisi ab adita hereditate *leg. heredis aditio* 7. §. *vlt.* & *l. seq. infr. quand. dies legat. ced. leg. vnic.* §. *libertatibus* C. *de caduc. tollend.*) libertatem datam videt et sub ea condicione, *si seruus ei decem daret*? An non satis iusta causa est, iustúsque titulus possidendi, si quid mortis causa acceperis? *leg.* 1. §. *si parendi supr. leg. mortis causa capimus* 18. & *leg. mortis causa capitur* 31. *infr. de mort. cons. donat.* Præsertim si ponas ignorasse illum codicillos postea factos, & ita pecuniam à seruo quasi à statulibero accepisse bona fide: quod & in dubio præsumendum est. Ignorare enim testamentum ex quo heres est, probabiliter certè non potest *leg.* 2. *supr. de edend.* at codicillos potest *leg. non est ferendus* 12. *supr. de transact.* Quamquam nec valde decipitur is, qui se liberum putat ex testamento, cùm tamen liber sit ex codicillis: quandoquidem singulare illud ius est codicillorum testamento confirmatorum, vt quæcunque in iis scripta sunt, perinde haberi debeant, ac si in testamento scripta essent *l.* 2. §. 1. *infr. de iur. codicill.* Ergo dicendum videtur, quod Celsus pater existimabat, non posse seruum hunc repetere decem quæ dedit, neque condictione sine causa, neque ea de qua in hoc tit. agitur, id est condictione ob causam dati causa non secuta. Estque longè dissimilis hic casus, qui in huius §. principio ex eodem Celso proponitur, si quis quasi statuliber decem mihi dederit, cùm dare iussus non esset, at purè libertatem accepisset. Huic enim condictionem dandam esse nec Celsus ipse pater dubitabat nec dubitandi ratio certè vlla fuit, nisi fortè illam quis comminiscatur, quòd perinde hic liber sit, ac si condicionem impleuisset, cùm nulla fuisset causa dandorum decem gratia implendæ condicionis, quæ nulla fuerat adscripta, & quamuis sufficeret causam illam in sola statuliberi opinione fuisse ad hoc, vt non videretur data pecunia sine causa; fatendum tamen esset secutam causam non esse, nec sequi potuisse, cùm data fuerit pecunia implendæ condicionis gratia, quæ impleri non potuit, quia nulla fuit: at in alia specie in qua Celsus filius à Celso patre dissentiit, adscripta verè fuerat condicio dandorum decem in testamento, quo & directa libertas data erat, quamuis sublata in codicillis posteà factis, relicta ei purè libertate: & hæc sunt, quæ pro Celsi patris opinione tuenda disputari contra Celsum filium meo iudicio possunt. Sed pro Celso filio qui naturali æquitate motus patris opinionem in hac specie reprehendit, ratio illa decidendi afferri potest, quod cùm libertas in testamento data est, sub condicione dandorum decem, in codicillis verò purè obtingit statim ex die aditæ hereditatis, & quidem non tam ex codicillis, in quibus purè data est, quàm ex testamento, in quo scripta videntur omnia, vt diximus, quæcunque in codicillis scribuntur, & ideo datio libertatis facta in testamento sub condicione, *si Stichus heredi decem dederit*, nullius momenti & effectus esse potest, ad suspendendam libertatem, nec proinde vllo condicionis implemento Stichus indiget, vt liber fiat, cùm sit liber ipso iure. Id enim est quod dici solet, in libertatibus directis non nouissimam scripturam, vt in fideicommissariis, & in pecuniariis legatis, sed leuissimam spectandam esse, & per quam citiùs perueniat seruus ad libertatem *l.* 1. *l. in libertatibus* 5. *l. quod vulgo* 45. *infr. de manum. testam. l. leuissima* 35. *l. quod traditum* 87. & *seq. de condic. & demonstr.* Citius autem & commodiùs peruenitur ad libertatem directam, ex pura datione, quàm ex condicionali. Tanto magis autem in proposita specie id dicendum est, quod scriptura quæ puram dat libertatem, non tantùm leuissima, sed etiã nouissima est, cuius proinde dubitari non debet, quin maior ratio quàm prioris & durioris habenda sit: nec simile est, quod obiici posset ex *l. si quis seruo* 46. *de manum. testam.* Si quis seruo dederit testamento libertatem, & directò & per fideicommissum, in potestate serui esse vtrum velit directò, an ex fideicommisso ad libertatem peruenire. Potest enim fieri vt valde intersit serui, vt heredis potiùs quàm orcinus, id est defuncti libertus sit, maximè verò si fideicommissariam libertatem meruerit purè, nulla scilicet adscripta, siue dandi, siue faciendi condicione. Sed quis dicat similiter posse eius interesse, vt ex condicionali potiùs, quàm ex pura libertatis datione sit liber, præsertim si condicio dandi ab eo, vel faciendi aliquid adscripta sit, quam impleri ante omnia necesse sit, vt libertatem consequatur? Est enim hæc res ex earum genere, inter quas non cadit electio, quòd nulla inter eas sit proportio *l.* 1. *infr. de reb. dub.* Quamquam etsi tam stultus quis esset, vt mallet sub condicione dandorum decem, quàm purè libertatem accepisse, non posset tamen illa species ad hunc §. accommodari, in quo tractamus de Sticho, qui decem dederit, vt libertatem sub ea condicione sibi ex testamento datam consequeretur, antequàm resciret datam sibi libertatẽ in codicillis purè, qui proinde condicionalem libertatẽ videri non potest elegisse: quíque nunc manifestè puram eligit, cùm decem à se data condicit, siue cõdictione sine causa, vt Ioannes credidit, quia nullã causam habuit dandorũ decem ad obtinendam libertatem, cùm iam & ignorans & inuitus liber esset ipso iure, siue condictione ob causam dati causa non secuta, quia tametsi libertatẽ obtinuerit, cuius obtinendæ gratia decem dedit, vt sibi adscriptam condicionem impleret, non tamen ex illa condicionali datione liber est, sed ex pura, vt ex eo constat, quòd priùs etiam quàm decem daret heredi, liber fuit nec per condi-

condicionis detractæ implementũ magis liber fieri potuit, itaq. quamuis summo iure nihil videatur Celsi patris sententia, ne condictione vlla heres teneatur, cùm nihil ex parte sua dare vel facere debuerit, ne libertatem quidem præstare, quæ hoc casu à defuncto accipitur, non ab herede, nec recusare potuerit, quominùs oblata sibi decẽ acciperet: quod etiamsi fecisset, adhuc tamen vi condicionis expletæ libertatem nactus esset *§. vlt.* huius legis, vt proinde non possit videri heres statuliberum decepisse, maximè si codicillos eo tempore ignorauit (quidni enim potuit impunè accipere, quod vt acciperet cogi poterat? *l. quod autem 6. § apud Labeonem infr. quæ in fraud. credit.* Summa tamen æquitas facit pro Celso filio, vt danda sit Sticho repetitio, cùm is nullam dandi causam habuerit, vt ex postfacto apparuit, quamuis heres habuerit accipiendi: nec replicari potest, ad impediendam condictionem sufficere, vt id quod fieri debuit factum sit, quocunque modo siue à lege siue ab homine *d. l. si pecuniam 5. §. 1. infr. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. d. l. cùm seruus 104. de verb. oblig.* Nam, vt benè obseruat Bartolus *ad d. §. 1.* data hîc fuerat pecunia ad purificandam condicionem libertatis, quæ non nisi sub condicione dandorum decem data credebatur: condicio autem illa non fuit purificata neque à lege, neque ab homine, quia nec vlla re vera fuit, cùm per codicillos prior datio libertatis, quæ condicionalis fuerat conuersa esset in puram. Et aliud præterea est, tractare de petitione pœnæ vt in *d. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* Aliud verò de repetitione datæ pecuniæ, quæ dari nullo iure debuit: nec sanè difficultas huius §. tam in eo posita mihi videtur, vt sciamus quam iuris & æquitatis rationem habeat Celsi filij sententia, quàm in hoc, cur contraria Celsi patris opinio summo iure verior, & Vlpiano, & ipsi etiam filio visa sit, qui non nisi æquitatis ratione motus dissentit à patre iustiore certè ac tolerabiliore dissensione, quàm si filius patrem in iure errasse diceret, cùm rationes æquitatis, quæ à summi iuris ratione abhorrent facilè suspectæ sint, & esse debeant bono Iureconsulto quem stricti iuris religiosum esse decet, quales olim inter prudentes nostros Scæuola & Africanus fuerunt: quamquam in his quæstionibus quæ sunt ex bono & æquo, cuiusmodi esse diximus condictiones omnes, boni etiam & prudẽtis Iureconsulti est cauere, ne quod plerumque fit sub authoritate iuris scientiæ perniciosè errent, vt idẽ Celsus filius dicere solebat *l. si seruum 91. §. sequitur inf. de verb. oblig.* neque tamen valde mirandum esset reprehendi patrem à filio, in ipsa etiam iuris ratione, cùm publicè intersit, licere cuilibet ius nostrum quotidie in melius producere, dummodo sit modesta reprehensio, nec sine magna ratione, absitque semper ab æmulatione & inuidia, non minùs quàm ab iniuria *l. potioris 5. C. de offic. rector. prouinc.* aliud esset, si patris mores culpare ac reprehendere filius vellet, aut patris administrationem improbare. Hoc enim esset indecens, & contra obseruantiam ac reuerentiam à filio patri debitam *§. sed quod sancitum Nouell. 22. de nupt. l. cùm oportet 6. § non autem C. de bon. quæ liber.* nisi poneres patrem tam euidenter prodigum, & bonorum quoque filij, aut quæ ad filium peruenire quandoque deberent tam improbum profligatorem, vt remedio magis quàm patientia vel dissimulatione opus esset, vt in specie *l. vlt. C. de sent. pass. & restit. l. Imperator 50. infr. ad SC. Trebell.* Etsi his quoque casibus ita cum patre tractandum est, vt semper salua sit reuerentia, quomodo loquuntur *Impp. in l. si liber 9. Cod. hoc tit.* Obseruandum autem est, loqui Vlpianum in hoc §. de libertate directa, non de fideicommissaria, nam si poneres datam Sticho libertatem fideicommissariam in testamento sub condicione, *si decem heredi daret*, deinde in codicillis eidem datam esse libertatem, æquè fideicommissariam, sed purè, non putarem dandam ei condictionem, neque ob causam dati causa non secuta, vt contra Accursium Bartolus disputat, neque sine causa, vt Accursius sentit, quia causa dandi fuit, vt manumitteretur Stichus, qui necante manumissionem liber fuit, nec esset hodie si manumissus non esset, ad rem pertinet quòd ex fideicommissaria libertate pura manumitti hodie deberet, nulla etiam data pecunia. Nam non quemadmodum in libertate directa, primùm sub condicione, deinde purè data euenit, vt qui ex libertate pura iam ipso iure liber est, non possit ex condicionali magis fieri liber, nec si millies impleat condicionem, ita in fideicommissaria perinde potest contingere, vt datio condicionalis per puram impediatur, cùm non magis hæc quàm illa competat ipso iure, sed vtraque præstanda sit per manumissionem, fieri autem nequeat, vt qui manumissus est, fausúsque liber datis decem, quasi ex libertatis fideicommissariæ datione condicionali, iterum magisque fiat liber, ex libertatis fideicommisso puro: adeò vt neque in ipsius electione esse possit, ex vtra datione libertatem fideicommissariam consecutus esse velit, cùm non potuerit consequi ex posteriore libertatem, quam acceperit iã ex priore: non magis quàm permittendum ei est, vt pœniteat datæ pecuniæ, ad cõsequendam ex datione condicionali libertatem, sicuti nec acceptæ libertatis pœnitere illum potest, etiamsi seruus manere mallet, quia quod dici solet libertatem, quæ semel competiit, retractari & reuocari amplius nunquam posse, non minùs ad eum qui accepit, quàm ad eum qui dedit pertinet, cùm nec volens quisquam ex libero seruus fieri possit *l nec si volens 6. C. de liber. caus.* Et sicuti libertas ex fideicommisso cõdicionali post implementum cõdicionis, præstita reuocari nequit, ita neq. implementum condicionis, quod libertati illi fideicommissariæ quæ relicta sub condicione fuerat, causam dedit. Vnicum dumtaxat casum excipio. Si heres qui accepit decem, vt Stichum manumitteret ex libertatis fideicõmisso condicionali, iam tum sciebat rogatum se purè in codicillis, vt eundem Stichum manumitteret. Quo casu nõ putarem equidem illi condictioni locum esse, siue sine causa, siue ob causam non secutam, sed cùm heres hic non careat dolo, qui libertatem quam à se gratis præstari debere sciebat, nõnisi accepta pecunia præstare voluit, non dubito quin cõtra eum danda sit actio de dolo, per quã cogatur heres soluere quanti actoris interit *l. arbitrio 18. §. 1. supr. de dolo*, in quo saltem ea quantitas, quæ implendæ condicionis causa data fuit continebitur, quia nec minoris potest interesse *l. 1. infr. de act. empt l. in interdicto 6. infr. Vnde vi.* Extra hunc casum ferre nõ possũ vt pecunia data manumissionis causa reddi debeat vlla actione, at cõdictione multo minùs, cui nec puto posse vllo casu locũ esse, nisi quo etiam pœnitentiæ locus esse possit. Facilius siquidem est vt in hoc negotiorum genere locũ habeat pœnitentia, quã vt cõdictio citra

pœnitentiam. §. *idem erit supr.* Tantum abest, vt probare possim, quod contra Accursium vult Bartolus, in fideicommissaria quoque libertate condictioni huic ob causam locum esse posse, quòd causa proxima dandæ pecuniæ fuerit, vt libertatis relictum purificetur, quod, inquit, non est secutũ. Nã imò, inquã, secutum est, cùm, à quo instãti data fuit pecunia, cœperit libertas deberi purè ex testamento, non minùs quàm ex codicillis, quamuis priùs debita fuerit purè ex codicillis quàm ex testamento non enim quæ debita est, competit, sed quæ præstita, & ideo quæ priùs fuit præstita ex testamento: propter impletam condicionem, desiit esse debita ex codicillis: quod in directa libertate secus esse diximus, quia competit ipso iure, nec ab herede aut debetur, aut præstatur, sed à defuncto ipso præstita esse intelligitur. Denique nihil est quod impediat, quominùs ex condicionali datione libertatis fideicommissariæ manumittatur post impletam condicionem is, qui ex alia quoque sed pura datione manumitti statim debuit. Generale autem est, cùm sæpius datur seruo libertas siue directa siue fideicõmissaria eam scripturam præualere, ex qua seruus peruenit ad libertatem *d. l. 1. de manum. testam.* Præsertim cùm in fideicommissariis libertatibus non leuissima scriptura spectanda sit, vt in directis, sed nouissima *leg. in libertatibus 5. eod. leg. per fideicommissum 90. de condic. & demonstr.* Replicabis, in proposita specie nouissimam scriptutam eam fuisse quæ in codicillis post testamentum factis libertatem dedit purè, non autem eam quæ in testamento sub condicione. Hoc verò fateor, sed dico non potuisse hîc spectari scripturam nouissimam, quæ ignorabatur, & quæ cùm factum heredis exigeret, non potuit effectum vllum habere antequàm proferretur, & idcirco non ob id minùs præstari libertatem fideicommissariam potuisse ex datione condicionali post impletam condicionem, cùm Stichus non aliter se ad libertatem peruenire posse crederet, quòd si sciuit datam sibi posteriore scriptura puram libertatem æquè fideicommissariam, adhuc potuit, si tam stultus fuit, eligere dationem condicionalem omissa pura fortassis, vt amiciorem patronum experiretur, vt sequitur in hoc §. & se gratiorem ei præberet, *vt in leg. cùm quidam 17. §. Diuus Pius infr. de vsur.* Nec ideò indebitam pecuniam dedisse videri potest, cuius beneficio debitam sibi libertatem consecutus est, tametsi nulla etiam data pecunia eadem libertas ipsi deberetur. In eóque errat Accursius si existimat, quomodo interpretatur Bartolus, ideo competere in fideicommissaria libertate condictionem sine causa, quòd dandi causa fuerit iniusta: quod certè falsissimum est. Non enim potuit iustior esse causa dandi quàm ob libertatem, nec accipiendi, si heres purè datam libertatem fideicommissariam ignorabat, nec illud quoque placere potest, quod in libertate directa Bartolus distinguit, an data sit pecunia implendæ condicionis causa ante aditam hereditatem, an post: nã cùm illa condicio adscripta est, *si heredi decem dederit*, non magis ante aditam hereditatem quàm viuo testatore impleri condicio potest *leg. 2. leg. si iam facta 11. §. 1. leg. multùm 21. de condic. & demonstr.* Non ob id solùm, quòd libertas testamento data, siue directo siue per fideicommissum non cedat, nisi ab adita hereditate, vt suprà diximus, sed etiã quia nec potest videri data pecunia heredi, quę data est instituto ante aditã hereditatẽ, quãdo nec heres est, nisi post aditionem *l. qui heredi 44. §. vlt. & l. seq. eod. tit.* Malè etiam Accursius negat condictionem indebiti locum habere in hac specie, quòd data sit pecunia ab eo qui sciebat se non esse obligatum ex *l. quod quis sciens 50. infr. de condict. indeb.* Quomodo enim scire poterat se non esse obligatum, cùm ignoraret codicillos, quibus purè data ei libertas fuerat, testamentum autem sciret quo libertatem acceperat sub ea condicione, *si decem heredi daret*? Verum tamen est quod ille ait, cessare hoc casu etiam condictionem indebiti, perinde ac cæteras, sed alia ratione, quoniam pecunia quæ condicionis implendæ causa datur, licèt indebita fuerit antequàm daretur, quia non poterat peti ab eo qui dedit, neque cogi poterat ille vt daret, vbi tamen dedit, debitam dedisse credendus est, vt consequi posset libertatem sibi relictam sub ea condicione, nec sine titulo habet eam heres qui accepit, cùm mortis causa acceperit. Perinde igitur habet ius retinendæ pecuniæ, acsi ex mortis causa donatione accepisset, quia tam iustã retinẽdi causam præbet mortis causa capio, quàm mortis causa donatio, quę & ipsa generali mortis causa capionis nomine continetur. *d. l. mortis causa capimus 18. l. 31. l. 38. de mort. caus. donat.* Illud verò longè minùs ferri potest quod idem Accurs. addit, vindicationi nummorum posse hoc casu locum esse, quasi non sint facti accipientis, ex *§. prox. seq.* cuius tamen longè diuersa species & quæstio est.

a *Quanquam constet, vt & ipse ait*, argumentum est à simili, quo Celsus filius putabat posse patris sui sententiam defendi, sed quod tamen à dissimili potiùs sumptum est. Nam is equidem qui dedit aliquid ea spe, quòd se ab eo qui accepit, remuneratum iri existimaret, aut amiciorem eum sibi futurum, repetere non potest tanquam qui non ab eo cui dedit, sed à seipso potiùs, propter falsam suam opinionem deceptus fuerit. Sicut & interdum quis propter suam scientiam à seipso deceptus dicitur in *l. nam si actor 26. supr. de rei vindic.* præter id quod dignus est decipi, qui beneficium ideò dat vt recipiat, quemadmodum ex Seneca diximus ad *l. sed etsi 25. §. consuluit supr. de hered. petit.* nec propositum in mente retentum quicquam operatur ad dandam huiusmodi condictionem. *l. si repetendi 7. C. hoc tit. l. si maiores 25. C. de transact.* Donandi que animo talis pecunia data intelligitur, sicuti quoties darem tibi, vt aliquid pro te faceres quod alioqui facturus non esses, inquit Accursius ex *l. sed si mors 13. §. vlt. de donat. int. vir. & vxor. l. Titio centum 71. in princip. infr. de condic. & demonstr.* nisi cùm ab vtraque parte idem tacitè actum intelligeretur vt in *l. si quasi 3. infr. de pignor. act.* Quomodo illa etiam vsura donata creditur, quam quis per longum tempus petere destitit vt debitori suo gratior esset *l. cùm quidam 17. §. Diuus Pius de vsur. l. vir vsuras 54. de donat. int. vir. & vxor.* At in ea specie, quæ Celsum filium à Celso patre dissentientem habuit, falsa quidem fuit opinio eius, qui iam liber ex pura datione libertatis pecuniam dedit, quasi statuliber, vt libertatem quam sibi sub ea condicione relictam putabat, nancisceretur, sed non nisi ab ignorantia sua deceptus videri potest eáque tolerabili, quam proinde non vsque adeò damnosam ei esse oportet vt impediat condictionem naturali æquitate ita suadente, tametsi summa iuris ratio repugnaret, faceretque pro Celso patre vt suprà disputauimus.

6 § Subtiliùs

6 ¶ Subtiliùs quoque illud tractat, an ille, qui se statuliberum putauerit, nec fecerit nummos accipientis, quoniam heredi dedit, quasi ipsius heredis nummos daturus, non quasi suos, qui vtique ipsius fuerunt, adquisiti scilicet post libertatem ei ex testamento competentem. & puto, si hoc animo dedit, non fieri ipsius: nam & cùm tibi nummos meos, quasi tuos, do, non facio tuos. Quid ergo, si hic non heredi [a], sed alij dedit; cui putabat se iussum dare? si quidem peculiares dedit, nec fecit accipientis. Si autem alius pro eo dedit, aut ipse dedit iam liber factus: fient accipientis.

Ad §. 6. Subtilius.

RAT. DVB. Quamquam permissum est statulibero, etiam de peculio dare implendæ condicionis causa, vt scriptum est *in §. seq.* non ideo tamē prohibetur statuliber de suo dare, si quos fortè nummos post libertatem sibi ex testamento competentem acquisierit. Non enim permissio illa statulibero data est in heredis iniuriam, & vt omnimodo damno adficiatur, cui alioquin fauendum potiùs, & in dubio parcendum esset *l. Sempronius* 47. *de legat.* 2. sed in fauorem statuliberi quò faciliùs peruenire ad libertatem possit, implendo condicionem, quam aliter posito iure implere fortassis nunquam posset. Ergo si is qui se statuliberum putabat, cùm re vera iam liber esset, ex directa libertate in codicillis ei data, nummos heredi dederit implendæ condicionis causa, qui reuera sui erant, quos tamen putabat esse heredis quasi peculiares, non eo minùs videri debent facti heredis, at eo magis, quòd in cæteris omnibus iuris partibus, non aliter solutio parere liberationem potest, quàm si quod soluitur, fiat accipientis *leg. si alieni* 78. *iunct. leg. qui sic soluit* 55. *infr. de solut.* Pecunia autem quæ iam accipientis est, non magis fieri eius potest *§. sic itaque Instit. de action.* Ergo dicendum est hoc etiam casu, sicut & in specie §. superioris, vel condicendos esse nummos, secundum Celsi filij sententiam, non vindicandos, vel ne quidem condici posse ex Celsi patris opinione, tantum abest, vt vel vindicari possint si extent, vel condici si consumpti fuerint, quæ tamen Vlpiani & Celsi filij in hoc §. sententia est, vt benè Accursius interpretatur. Augetur verò dubitatio ex eo quod vix audiendus sit, hic qui suos nummos quasi heredis essent, heredi dedit, si dicat se non fuisse daturum eos nummos si suos esse sciuisset: quid non enim daturus fuit, & dare debuit, vt tanti momenti rem quanti libertas est, consequeretur? DEC. Cùm tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos, quia nec transferendi dominij animus in me est, qui sat scio vel scire debeo rem quæ iam sit tua, magis tuam fieri non posse *d. §. sic itaque.* Et quoties de transferendo dominio agitur, concurrat oportet animus & affectus ex vtraque parte, & eius qui dat, & eius qui accipit *l. in omnibus rebus* 55. *infrà de oblig. & action.* nec enim actus potest operari vltra intentionem agentis *l. non omnis* 19. *cum praced. sup. de reb. cred. & l. cùm fund.* 31. *§. seruū tuū*, vbi dixi *eod. tit.* Atquin is qui putabat se statuliberū, necdū liberum esse non poterat, suspicari alterius esse nūmos, quos post cōpetentē sibi libertatē acquisiuerat, quā heredis, quia sciebat nec esse se acquisitionis capacē, quādiu seruus maneret: nec ergo potuit animū habere trāsferendi dominij, & cōsequēter quærēdum non est an condicere illos possit, nécne: quia omnis de condictione quæstio translationem dominij præsupponit, nisi cùm de furtiua condictione tractatur *l. vlt. suprà vsufr. quem. caueat & d. §. sic itaque* Vindicatio igitur nummorum competet, si extent aut condictio si consumpti sint, tanquam extincto per consumptionem dominio, quod in id vsque tempus manserat soluentis. In eoque proculdubio Celsus pater cum Celso filio consentiret. Nemo enim errans rem suam amittit. *l. si procurator* 35. *infr. de acquir. rer. domin.* quamuis error ille, qui in dante fuit, non impediat quominus is qui eos bona fide accepit quasi soluentis essent, possit vsucapere, vt Accursius noster bene notat ex *l. si per errorem* 17. *infr. de vsucap. l. Pomponius* 13. *§. si iussu de acq. poss.* Quamuis malè à quibusdam reprehendatur ex *l. clauib.* 74. *de contr. empt.* vbi regula constitui videtur vt eo demùm casu traditio transferat in accipientem vsucapiendi condicionem, quo posset transferre dominium, si tradens esset dominus, quasi è contrario cùm traditio ab ipso domino facta dominium transferre non potest, nec vsucapiendi causam transferat. In quo certè falluntur. Absurdissimum enim esset eum qui soluentis nummos accepit, nec tamen propter dantis errorem dominus eorum fieri potuit, ob id minus posse illos vsucapere, quòd fuerint tradentis, quos, si alterius fuissent, vsucapere haud dubiè posset *arg. l. in bello* 12. *§. siquis seruum infr. de capt. & postlim. l. si finita* 15. *§. Iulianus* 16. *infr. de damn. infect.* Est nimirum faciliùs, vt vsucapiendi conditio in accipientem transferatur, quàm vt dominium, tum quoque cùm traditio à domino facta est. Nec quæ causa impedit translationem dominij, id est error facti in persona tradentis, impedit etiam vsucapionem, quæ non à voluntate domini, vt translatio dominij, sed à legis solius authoritate vim habet, eripitque dominium suum domino etiam inuito propter publicam vtilitatem, *leg. prima infrà de vsucap.* Et generaliter probandum est, traditionem siue à domino siue à non domino factam, quæ ex aliqua causa dominium transferre non potest, transferre tamen vsucapiendi condicionem, si nec eadem nec alia ratio vsucapioni obstet.

a *Quid ergo si hîc non heredi.* RAT. DVB. Persequitur hîc Vlp. eandem speciē de eo qui testamēto iussus erat dare decem, sed alij quàm heredi, & ita liber esse. Posteà verò in codicillis libertatem æquè directam, sed purè, ac sine cōdicione vlla acceperat. Ac proinde qui codicillos ignorās, nec se iam liberum esse, sed statuliberū putans, ei pecuniam dederit, cui dare iussū se putabat, & cui dare reuera iussus erat, sed cui tamen nihil debebat, propter adscriptā purè in codicillis libertatem. Quærit ergo Vlp. an nummos fecerit accipientis, an non fecerit, non vt quærat an possit repetere (nec enim dubitat, quin omni

casu possit repetere, secundū Celsi filij sententiam) sed vt inuestiget, an per vindicationem repetere debeat, an per condictionem: nam si nummi accipientis facti non sint, competit vindicatio, sin accipientis facti sint, necessaria est cōdictio. Distinguit autem an peculiares nummos Stichus hic dederit an alios, vt si peculiares non fecerit illos accipientis, ideóque vindicare illos possit, si verò non peculiares fecerit accipientis, & idcirco indigeat condictione ad eos reposcendos. Ratio dubitandi ad primam distinctionis partē illa est, quod etiā ex peculiaribus nūmis permissum sit seruo dare pecuniam implendæ condicionis causa, ad consequendam libertatem, vt proximè diximus ex *§. seq.* sed decidendi ratio est, quia in statulibero tantùm id receptum est, non in homine iam libero, qui nec pecunia, nec alio vllo auxilio indiget, vt libertatem consequatur. Atqui tractamus de Sticho iam facto libero per purā dationē libertatis in codicillis adscriptæ, ac proinde qui in nūmis peculiaribus nullū ius administrationis amplius habebat, cùm liber homo & sui iuris effectus, peculiū habere amplius nō possit *l. certum 13. C. famil. ercisc. l. frater à fratre infr. de condict. indeb.* Ergo de eo, qui & alienos nūmos dedit, & quorum alienandorū ius nullū habuit, neque tanquā dominus, neque tanquā statuliber, cùm neutrum fuerit, vindicandorū igitur nūmorū ius saluū est, non Sticho qui eorum dominus nec est, nec vnquā fuit, sed heredi ad quē peculiū redit, quod serui fuerat viuo testatore, sed conniuentibus oculis, at re vera domini, magis quàm serui, sicut & patris magis, quàm filij familias *l. patri 27. in princip. supr. de minor.* at si nūmi peculiares non fuerūt, quos seruus alij quàm heredi dedit, aut alius eius nomine cōdicionis implendæ causa (est enim hæc condicio ex earū numero, quæ per aliū impleri possunt, vnde est, quòd dicuntur etiā in vltimo ipso vitæ momento impleri posse *l. vlt. infr. de condic. instit.*) facti erunt proculdubio accipientis, ideóq. de ipsorū vindicatione tractandum non erit, sed de condictione, vt cōpetat ex illa æquitate, qua motū fuisse Celsum filium suprà diximus, vt contra patrem sentiret, dabitur autem condictio non ei qui soluit, & cuius nūmi fuerunt, sed Sticho, cuius nomine solutum est, & cui vt solutio proficeret agebatur. Semper enim inspiciendum est, non tam quis soluerit, aut cui legatum sit, quàm cuius gratia quoties quæritur, cui actio dāda sit, *l. fideicommissa 11. §. plerunque de legat. 3. l. seruo legato 69. §. si testator de legat. 1.* quamuis condictione indebiti è contrario solus ille teneatur, cui naturaliter solutū est, non cui solutio proficit *l. his solis 49. infr. de condict. indeb.* quòd tamen in actione de euictione secus est *l. si ob causam 13. C. de euict.* Cæterùm, si debitor huius pecuniæ Stichus fuisset, implendæ scilicet condicionis causa, quod euenisset, si non in codicillis data ei purè libertas fuisset, vtique ex nūmis etiam peculiaribus soluere bona fide potuisset, eorúmq. dominium transferre ad se liberandum, non etiam ad obligandum alium, vt Accursius noster, post Ioannem & Azonem, hîc notat ex *leg. eius qui 41. vers. quas verò supr. de reb. cred.* In eo sanè reprehenditur benè à plerisque, quod ait, videri peculium tacitè legatum statulibero, id enim falsum est, & in eo solo qui inter viuos manumittitur, singulari iure receptum est, vt peculium, si ei ademptum non fuerit, tacitè concessum intelligatur *leg. vnic. C. de pecul. eius qui libert. mer.* Iunge *leg. dominus testamento 53. infr. de condict. indeb.*

7 ¶ Quamquam permissum sit statulibero, etiam de peculio dare implendæ condicionis causa, si tamen vult heres nummos saluos facere, potest eum vetare dare. Sic enim fiet, vt & statuliber perueniat ad libertatem, quasi impleta condicione, cui parere prohibitus est: & nummi non peribunt, sed is, quem testator accipere voluit, aduersus heredem in factum actione agere potest, vt testatori pareatur.

Ad §. vlt. Quamquam.

RAT. DVB. Condicio illa statulibero adscripta *si decem heredi dederit*, non nisi heredis fauorem respicit, vt non amittat seruum, nisi condicione priùs impleta, & amittendo seruum, cùm obtinget ei libertas, in vicem serui habeat saltem pecuniam, quam seruus dederit, atqui si permittatur statulibero implere condicionem ex nummis peculiaribus, siue heredi ipsi, siue alij dandi sint, aut duplici damno heres afficietur, si in alterius, quàm heredis persona condicio implenda sit, aut saltem priuabitur commodo implendæ condicionis, si non ex aliis nummis, quàm ex peculiaribus ei soluatur: quod vtrumque fuerit contra voluntatem testatoris, adeóque contra rationem iuris, cùm absurdum & iniquum sit, debitorem liberari soluentem siue ex creditoris ipsius nummis, siue ex alienis inuito domino *l. si mandauero 22. §. si mandauerim infr. mandat. l. si alieni 78. l. qui sic 55. & pass. infr. de solut.* non ergo permitti debuit statulibero, etiam de peculio dare implendæ condicionis causa. DEC. Multa in libris nostris fauore libertatis, contra iuris rationem, recepta sunt, ne vel impediatur libertas omnino, vel longior ei mora fiat *leg. generaliter 24. §. si quis seruo infr. de fideic. hered. §. vlt. Instit. de donat.* inter cætera hoc vnum est, vt siue heredi, siue alij ex peculio dare possit, implendæ condicionis gratia *l. 3. in princip. inf. de statulib. l. si filia 20. §. vlt. supr. Famil. ercisc.* ne alioqui vel nunquam, vel multo tardiùs ad libertatem perueniat, si cùm ipse proprium nihil habere possit, cogatur expectare, vt alius ingentem fortassis pecuniæ quantitatem pro eo dare velit, nec inutile tamen heredi hoc esse videtur, cùm ipsi pecunia danda est: vt hac spe inuitentur serui ad peculia dominorum benè atque ex fide administranda, vt habeant saltem vnde libertatem sibi comparent, si quando merebuntur eam accipere sub condicione dandæ certæ quantitatis. Itaque parùm distat hæc condicio, *si decem heredi dederit* ab illa, quæ dationi libertatis inseri plerumque solebat *si rationes reddiderit*, nisi quòd nostra heredi commodior est, cùm rationum redditio, & reliquorum exactio plerumque magnis facti difficultatibus implicita sit, & fraudibus ac nequitia seruilis ingenij ad exiguam summam deducatur *leg. cùm seruus 82. de condic. & demonstr.* illa verò condicio *si decem heredi dederit*, seruum obliget, vt à seipso rationum & redditionem & reliqua exigat, ad eam saltem vsque summam, quam heredi condicionis implendæ causa dare

ſo dare iuſſus eſt, ſi libertatem conſequi velit. Cùm verò in alterius, quàm heredis perſona condicio implenda eſt, inuenta fuit ratio, per quam nummi ſalui ſint heredi, nec tamen impediatur libertas, aut differatur: nimirum, vt heres prohibeat ſtatulibero, ne ſoluat ex nummis peculiaribus, ita namque fit, vt non poſſit ex illis ſoluere, inuito herede, adeò vt ſi ſoluerit, verum ſit eum qui nummos accepit, poſſidere illos pro poſſeſſore *leg. ſi inuitis aliàs leg. etiamſi inuitis* 110. *eod. tit. de condic. & demonſtr.* niſi cùm peculium ei prælegatum eſt vt in *leg. ſi peculium* 20. *§. de illo infr. de ſtatulib.* & tamen non eo minùs peruenit ad libertatem, quaſi impleta condicione, cùm per ipſum heredem ſtet, ne impleatur, cuius incommodo cederet, ſi ex nummis etiam alienis, nedum peculiaribus impleretur *leg. iure ciuili* 24. *de cond. & demonſtr. leg. in iure ciuili* 161. *de regul. iur.* propter iacturam ſerui, qui factus liber, mortuo comparatur *leg. ſi mihi* 91. *infr. de ſolut. leg. inter omnes* 46. *de furt.* Sequitur tamen apud Vlpianum, *ſed is quem teſtator accipere voluit, aduerſus heredem in factum actione agere poteſt, vt teſtatori pareatur.* Hæc verò clauſula eſt, quæ & Accurſium, & cæteros interpretes torſit ſummopere, cùm ſuperioribus aduerſari ex diametro videatur, nec poſſint videre quid profuturum ſit heredi conſilium Vlpiani, vt vetet ſtatuliberum ex peculiaribus nūmis ſoluere, ſi quantum ſtatuliber volebat ex peculio conſumere, ad condicionem implendam tantundem heres actione in factum extraneo præſtare compellatur. Nam quæ ab Accurſio & aliis adferuntur interpretationes ad conquirendos caſus, in quibus conſiliū hoc Vlp. vtile heredi eſſe poſſit, omnes ſunt ridiculæ: quod nec Bartolus negare poteſt, qui fatetur ingenuè conſiliū hoc dari heredi de rigore, ſed de æquitate ſuccurri legatario per actionē in factum, eâque æquitate conſiderata nullū eſſe cōmodum heredis: Sed valde & ipſe fallitur, non in eo ſolùm quod ait, Vlpianū dare conſiliū heredi de rigore, quod inauditum eſt, cùm malum & ſtultum conſiliū ſit, cuius effectus nullus ſperari poſſit, propter æquitatem cum rigore pugnantem, quæ ſemper rigore potior eſt *l. placuit* 8. *C. de iudic. l. in omnibus quidem* 90. *de regul. iur.* Sed in hoc etiam, quod hunc in cuius perſona impleri condicio debet, vocat legatarium, cùm tamen non ſit legatarius, vt diſertè idem Vlp. noſter ſcribit *in l. ſi ſub cōdicione* 8. *in fin. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* vbi hac maximè ratione defendit edictum illud, quod æquitate potiſſimùm nititur, vt aduerſus heredum calliditates defunctorū voluntatibus ſubueniatur, iiſque pareatur, ad ea quæ condicionis implendæ cauſa danda ſunt minimè pertinere, quia nec iure teſtamenti & voluntatis illa capiuntur, ſed mortis tantùm cauſa *l. Meuius* 55. *de condic. & demonſtr. l. mortis cauſa capitur* 31. *§. fine donatione de mort. cauſ. donat. l. in ratione* 30. *§. tametſi l. id autem* 76. *l. in quartam* 91. *§. vlt. ad leg. falcid.* alioqui non in factum, ſed ex teſtamento actio huic danda eſſet, adita ex teſtamento hereditate, vt & iam olim Ioannes gloſſator apud Accurſium benè obſeruauit. Suauis verò eſt Bartolus, qui, vt hunc quoque ſcopulum effugiat, fatetur quidem illud quod ſoluendum eſt, in vim condicionis ex teſtamento non poſſe peti, neque de rigore, neque de æquitate, ſed hîc æquitatem fundari ex alio, quàm ex teſtamento, ſcilicet quia, inquit, heres ſeruum volentem ſoluere impediuit, quaſi verò puniendus ſit heres, ob id quod ſuo iure vſus ſit, & aliquid in eo aduerſus æquitatem fecerit, quod certè dici non poteſt, nec enim decipit, nec decipitur, qui iure communi vtitur *l. inter eos* 51. *§. pen. infr. de fideiuſſ. l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor.* neque iuris executio videri poteſt habere iniuriam *l. iniuriarum* 13. *§.* 1. *inf. de iniur. l. ſi duorum* 52. *de action. empt.* Concludendum igitur eſt poſtremum hunc verſiculum, neque rigori iuris, neque æquitati congruere, neque cum Vlp. ſentētia ſtare poſſe, ideóq; totū Triboniano adſcribi debere, & cerebrinæ ipſius æquitati, cuius non aliud luculētius exēplum relinquere nobis potuit, ſi illud addas, quod nos quoque obſeruauimus in *verſic. vlt.* §. 1. *ſupr. deceptus*, vt videtur ex alio eiuſdem Vlp. loco in *d. l.* 3. *§. ſed etſi iuſſum infr. de ſtatulib.* cuius tamē lōgè alia ſentētia & ratio eſt, vt docuimus pluribus *libr.* 8. *Coniect. c.* 7. Vnde petēda erunt cætera, ſi qua huius §. explicationi pleniori deeſſe videantur.

4. IDEM libro 39. ad Edictum.

SI quis acceptò tulerit debitori ſuo, cùm conueniret, vt expromiſſorem daret, nec ille det: poteſt dici, condici poſſe ei, qui acceptò ſit liberatus.

Ad l. Si quis acceptò tulerit.

RAT. DVB. Semel extincta obligatio nunquam reuiuiſcit *l. qui res* 98. *§ aream infr. de ſolut.* Atqui per acceptilationem, non minùs quàm per veram, & naturalem ſolutionem tollitur omnis obligatio, & naturalis & ciuilis, quoniam imaginaria ſolutio eſt *§. 1. Inſtit. quib. mod. tollit. oblig l. pen. infr. de ſolut. & tot. tit. de acceptilat.* ergo ſi quis accepto tulerit debitori ſuo, vt expromiſſorem daret, id eſt alium debitorem, qui pro eo ſolus obligaretur per delegationem, vt in *leg. ob eam cauſam* 9. *infr. de praſcr. verb.* nec debitor poſteà expromiſſorem dare velit, dicendum eſt non poſſe condici ei liberationem, vt vetus obligatio reſtauretur, quomodo noſtri, poſt Accurſium, paſſim hanc legem interpretantur, ſed incerti actione id eſt Præſcriptis verbis dicendum potius eſt, teneri eum debere, vt vel promiſſa præſtentur, vel condemnatio eius quod actoris intererit ſequatur, vt Papinianus reſpondit in *l. ob eam cauſam* 9. *infr. de praſcr. verb.* quæ cum hac pugnare maximè videtur. Sed & videtur dici poſſe, contractum hunc acceptilationis factæ tibi, vt expromiſſorem dares, non tam eſſe contractum, *do vt facias* quàm *Facio, vt facias*, ſiquidem negari non poteſt, quin is qui acceptum fert, aliquid faciat, cùm acceptilatio ſit facti, vt & omnes actus legitimi, inter quos & acceptilatio enumeratur *in leg. actus legitimi* 77. *de regul. iur.* in quo tamen contractuum genere certum eſt, condictioni locum non eſſe, ſed actioni de dolo, ad id quod intereſt, quia facta non condicuntur *leg. naturalis* 5. *§. quòd ſi faciam de praſcr. verb. leg. actione* 4. *C. de tranſact.* nec actioni Præſcriptis verbis, vt Papinianus voluit, cùm ſi illa competeret, vtique de dolo actio non daretur: itaque nec videtur poſſe defendi, quod Vlpianus hîc ſcribit, nec quod Papinianus in *d. leg. ob eam cauſam.* DEC. Nihil omnino intereſt, an det

quis pecuniam debitori suo per numerationem, an per acceptilationem, vtroque enim modo pecunia æquè ad debitorem peruenisse intelligitur *leg. si mulier* 10. *infr. hoc tit.* cùm non possit acceptilatio vim habere solutionis, quin habeat etiam numerationis, sine qua fieri vera & naturalis solutio pecuniæ nulla potest, atqui si pro acceptilatione interuenisset numeratio pecuniæ, vt debitor pro se expromissorem daret, siue de Titio delegando nominatim actum sit, vt in *dict. leg. ob eam causam*, siue de quolibet expromissore in genere, vt in hac lege, dubitari non posset, quin condictioni pecuniæ locus esset, tanquam ob causam datæ, causa non secuta. Ergo & data per acceptilationem liberatione, idem dicendum est, vt condictioni locus sit, non liberationis, sed pecuniæ: atque ita disertè scriptum est in *d. leg. si mulier.* secundùm quam malo hanc intelligere, quàm cum Accursio, & Bartolo, de condictione liberationis: cùm liberatio ab obligatione, quamuis iuris sit, non facti, non magis tamen condici possit, quàm factum, id est quàm acceptilatio ipsa, quæ facti est, & quæ ideò pro infecta haberi non potest. In omnibus enim iuribus generale illud est, vt cùm semel amissa sunt, nullus ad ea regressus detur, nec si dolo aduersarij amissa sint, ita vt ad actionem, vel ad replicationem de dolo hoc casu confugiendum necessariò sit *leg. quæritur* 14. *§. si venditor infr. de edilit. edict.* Aut si quando æquum sit amissa iura restitui, & ressuscitari, eodem facto nouo opus est ad ea restituenda, quo inducta priùs & inducenda fuerunt, vt in *leg. metum* 9. *§. ex hoc edicto supr. Quod met. caus.* vbi dicitur, ex illa parte edicti de restitutionibus in integrum, quæ est de eo quod metus causa factum sit, faciendam esse in integrum restitutionem officio iudicis, id est, vt si per vim res tradita sit, retradatur, & si acceptilatione liberatio interuenerit, restituatur in pristinum statum obligatio, per nouam promissionem, ex qua iudicium accipi possit, quomodo posset ex vetere, si superesset. Ita enim fit, vt non contra iuris regulam extincta obligatio reuiuiscat, nec parta liberatio tollatur, quod iure fieri nullo modo potest, sed in locum veteris peremptæ noua obligatio inducatur, quæ ideo restitutoria dicitur, & vtilis non directa, qualis prior erat *leg. quamuis* 8 *§. si conuenerit & seqq. infr. ad SC. Velleian.* & quæ cum condictione concurrere nunquam potest *d. § si conuenerit.* neque id in actione quod metus causa, mirum videri debet, cùm sit in integrum restitutio, cuius proprium ius est, vt omnia in integrum reponat *l. quid si minor* 24. *§. restitutio supr. de minor.* Quid enim aliud restitutio est, quàm redintegrandæ rei, vel causæ actio? vt Paulus in sententiis definit. At condictio ob causam dati, causa non secuta, non in id competit, vt in suum statum res reponatur, sed vt illud ipsum, quod datum est, repetatur. Data porrò liberatione, quid aliud datum videri potest, nisi ea ipsa pecunia quæ debebatur? Pecunia ergo condicenda est, non acceptilatio ipsa, non liberatio: nam & longè aliud est, liberationem solam obligationis ad aliquem peruenisse, aliud verò rem ipsam, quæ debebatur, peruenisse. Pendet autem hæc distinctio ex eo, an is qui liberatus est, rem illam penes se habuerit, an non, nam si non habuit, sola obligationis liberatio ad eum peruenisse intelligitur, si verò habuit, etiã res ipsa cum liberatione peruenisse credenda est, vt eleganter Celsus tractat in *l. si sponsalibus* 58. *§.* 1. *infr. de iur. dot.* Atqui distinctio hæc non cadit in debitorem pecuniæ, sed tantùm in debitorẽ speciei, de quo in *d. §.* 1. nam pecuniæ debitor fieri nõ potest, vt non ipsam pecuniam penes se habere videatur, cùm ea recipiat functionem in suo genere, neque vnquam pereat, nec si omnes debitoris facultates ad peram vsque & sacculum incendio absumptæ sint *l. incendium* 11. *C. si cert. petat.* Quisquis igitur acceptam fert debitori suo pecuniam, non solam liberationẽ obligationis, sed & pecuniã ipsam, quæ debebatur ei, dedisse intelligitur. Proinde cùm in condictionem quamlibet, illud ipsum duntaxat quod datũ fuit, nec aliud quicquam venire debeat, consequẽs omnino est, vt in specie huius legis condictio danda sit non liberationis, sed pecuniæ, vtq; cõtractus hic licèt per acceptilationẽ fiat, quæ facti est, non tamen censeri debeat contractus *Facio vt des*, aut *Facio vt facias.* Sed contractus *Do vt facias* cùm cõuenit, vt pro pecunia quã mihi debebat, expromissorẽ dares, quod facti est, aut do vt des, si cõuenisset vt pro expromissore fundũ dares, aut aliam quãlibet speciẽ. Quare nec tractandũ hîc quicquam est de actione de dolo, quæ sola cõpetit ex cõtractu *Facio vt des*, sicuti diximus, sed cùm de contractu illo agamus *do vt facias*, ex quo duplex actio nascitur, & ciuilis incerti Præscriptis verbis ad id quod agentis interest, si nõ fiat, quod fieri placuit, & condictio ob causam dati causa non secuta, vt scriptũ est in *d. l. naturalis §. at cùm do. de prescript. verb.* apparet vtrumque verissimum esse, & quod Vlpianus hîc scribit ei qui acceptò tulit, vt haberet expromissorem dandam esse condictionem, de qua in hoc tit. Videlicet pecuniæ quæ debebatur, non autẽ liberationis, & quod Papinianus in *d. l. ob eam causam*, eidem competere incerti actionem, vt officio iudicis non vetus obligatio restauretur, sed vt promissa præstetur, aut cõdemnatio sequatur, quanti interesset agentis, nec Vlpianum cum Papiniano pugnare, cùm vtraque actio locũ habere possit, licèt alterutrius electione altera tollatur *l.* 4. 5. *& 6. C. de rer. permut.* Proinde nil necesse est, vt ad eos cõciliandos dicamus cum Bartolo ad *d. l. ob eam causam*, obligationẽ primam non restaurari quidem per actionem Præscriptis verbis, sed restaurari tamen per condictionem ob causam dati, nisi cùm actio talis est, quæ restaurari non possit, vt querela inofficiosi de qua in *l. cùm mota* 6. *C. de transact.* aut alia actio ex delicto *ex l. si tibi* 17. *§.* 1. *l. si vnus* 27. *pactus ne peteret supr. de pact.* quasi ea sit Vlp. sentẽtia in hac lege, vbi nullũ tamen verbũ de obligatione vetere restauranda: nec rursus cũ Accursio distinguere oportet, an obligatio quæ per acceptilationẽ sublata est, pura fuerit & liquida, an in diem, aut cõditionalis, aut dubia, vt his posterioribus casibus cõdictio detur liberationis solius ad restaurandam veterem obligationẽ, non pecuniæ, priore verò danda sit pecuniæ ipsius rectà, non solius liberationis ex *d. l. si mulier* 10. *infr. hoc tit. iunct. l. ait Prætor* 10. *§. si condicionalis accep. infr. quæ in fraud. credit.* Etsi enim fateor, non posse hac cõdictione statim condici pecuniam accepto latam, quæ ante acceptilationem non purè, sed in diem vel sub conditione debebatur, ne alioqui plus repetatur quàm datum sit, quod absurdum est. Non eo magis tamen necessaria est hoc casu restauratio veteris obligationis, sed danda est cõdictio pecuniæ sua die, si in diem debebatur, aut eueniente demùm condicione si sub condicione, denique sub iisdem exceptionibus quæ priori actioni obiici poterant, in cuius locum videtur hæc

condi-

condictio substituta *arg. d. §. si condicionalis*, vbi agitur quidem de restauranda obligatione vetere, quæ fuerat extincta in fraudem creditorum, siue per acceptilationem, siue alio quouis modo, quia per Paulianam id agit Prætor vt rescindat, & pro non facto habeat, quicquid in creditorum fraudem alienatum & gestum est, ne quid plus minúsve consequantur creditores missi ex edicto in possessionem vniuersorum bonorum debitoris, quàm si nihil in fraudem alienatum esset *§. item si quis Instit. de action.* Sed neque in condictione ob causam dati causa non secuta, neque in actione Præscriptis verbis tale quicquã tractari potest, quia per huiusmodi actiones non rescinditur quod factũ est, sed eo manente facto aliter cõsulitur ei qui deceptus est, ne in damno moretur data illi electione, vtrũ malit condicere quod dedit, an agere Præscriptis verbis, vt vel fiat quod placuit, vel quãti actoris interest, ei præstetur: illa tãtũm dubitatio superest, quã Accursius mouet, cur necessaria videri possit aut cõdictio, aut incerti actio Præscriptis verbis, cùm expeditiùs videatur dicere acceptilationẽ valere, quasi tacitè factã sub condicione illa tacita, si causa sequetur propter quã acceptilatio facta est ex *l. licet 43. in princip. infr. de iur. dot.* vbi idem Vlp. noster scribit, licèt soleat dos per acceptilationẽ constitui, tamen si ante matrimoniũ acceptilatio facta sit, nec nuptiæ secutæ, placuisse Scæuolæ matrimonij causa acceptilationẽ interpositã non secutis nuptiis nullã esse, atq. ideo suo loco manere acceptilationẽ: nã si in acceptilatione pura id obtinet, quãto magis in ea quæ tibi facta sit ea lege & condicione, vt aliquid des vel facias? Sed benè respõdet Accursius speciale id esse in acceptilatione facta ex causa dotis constituendæ, propterea quòd omnis stipulatio, & cõstitutio dotis, quantumlibet pura, tacitã illã condicionẽ habet, si nuptiæ sequantur *l. stipulationem 21. & seq. eod. tit.* nec minùs acceptilatio quã alia quælibet pactio, licèt dici soleat, quod & verissimũ est, acceptilationẽ tãquã actũ legitimũ neque diẽ recipere neque condicionẽ *d. l. actus legitimi 77. de regul. iur. l. acceptilatio 4. infr. de acceptilat.* quia hæc condicio tacitè & necessariò inest ex natura actus, cùm non possit esse dos sine matrimonio, quãuis possit matrimoniũ esse sine dote *l. 3. de iur. dot. d. l. si sponsalibus 58. in princip. eod. l. quod Seruius 8. & seq. infr. hoc tit l. vlt. infr. de cõdict. sin. caus.* Ideóq. non facit hæc condicio, quãuis expressa inutilẽ acceptilationẽ, adeóq. quod magis mirũ videri possit, nec condicionalem *arg. l. aliquando 107. de condic. & demonstr.* quãuis non sit nouũ, vt secundũ iuris regulã expressa noceant, quæ nõ expressa nõ nocerent *l. nonnumquam 52. eod. l. si ita legatũ 65. §. illi si volet de legat. 1.* at extra hũc casum, aut si quis alius similis est, acceptilatio nec tacitã nec expressam condicionẽ recipit, illa præsertim de qua tractamus, quia non est ex natura liberationis & acceptilationis interpositæ ad liberandũ debitorẽ, vt sequi debeat datio expromissoris, vel quid simile: & idcirco nec dubitãdũ est, quin inutilis esset facta debitori acceptilatio sub ea condicione, *si pro se expromissorem daret*, quia suspenderet vim & potestatẽ acceptilationis, quæ suspendi nulla arte potest, non magis quàm alius quilibet actus legitimus, quia lex nihil vnquã facit in diem vel sub cõdicione, sed purè omnia sicut & natura quam in omnibus lex quantum potest imitatur: illa tantùm suspensio in acceptilatione locum habere potest, si quod in diem, vel sub condicione debebatur, deductum sit in stipulationem. Ex natura enim actus fit, vt diem vel condicionẽ expectari necesse sit, priusquàm acceptilatio effectum habere possit *l. quod in diẽ 12. de acceptil.* Cæterùm quod diximus ex Scæuola & Vlpiano *in d. l.* licet nullã esse acceptilationem factã dotis constituendæ gratia, si nuptiæ non sint secutæ, ita accipiẽdũ est, si mulier nullã esse velit: nam si eam adprobet, malitq. pecuniã condicere, quòd citra acceptilationis adprobationẽ fieri non potest, vtique condictionem pecuniæ habebit *d. l. si mulier. 10. infr. hoc tit. qua cum d. l. licèt sic concilianda est, arg. l. 3. §. falsus procurator infr. rat. rem haber.* Non quomodo conciliatur à Bartolo in *d. l. si mulier*, vt in eius legis specie id actum expressim fuerit, ne acceptilatio tacitam condicionem illam haberet, si nuptiæ sequerentur, quòd certè nulla pactione fieri potest, non magis quàm vt dos sit sine matrimonio *d. leg. 3. d. leg. si sponsalibus 58. in princip. leg. si pater 76. in fin. de iur. dot.*

5. IDEM libro 2. Disputationum.

SI pecuniã ideo acceperis, vt Capuã eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio tẽporis vel valetudinis, impedimento fuerit, quominùs proficisceris: an condici possit, videndũ. & cùm per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare. sed cùm liceat pœnitere [a] ei, qui dedit: proculdubio repetetur id, quod datũ est [b]: nisi fortè tua intersit, nõ accepisse te ob hanc causam pecuniam, nam si ita res se habeat, vt, licèt nondum profectus sis, ita tamen rem cõposueris: vt necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarij fuerũt ad profectionem, iam fecisti, vt manifestum sit, plus fortè quàm accepisti, te erogasse: condictio cessabit. sed, si minùs erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen, vt indemnitas tibi præstetur eius, quod expendisti.

Ad l. Si pecuniam 5.

RAT. DVB. & DECID. in textu positæ sunt: nam ratio dubitandi propter quam videbatur non esse locus cõdictioni, illa erat, quòd per te non steterit, quominùs pro me Capuã eas. Ponimus enim post datã à me tibi pecuniam, vt pro me Capuã ires, parato iã tibi ad proficiscendũ condicionẽ temporis, vel valetudinis impedimẽto fuisse, quominùs proficisceteris. Ergo cùm vi maiore impeditus fueris, nihilque tibi possit imputari vt & in *l. 2. §. si quis iudicio & seqq. §. vis fluminis supr. si quis caution.* consequens videtur vti ne possim tibi condicere pecuniã, quam dedi: saltem cõdictione ob causam dati, causa non secuta, de qua hîc agimus, cùm huic cõdictioni non quælibet cessatio viam aperiat, sed ea demùm quæ

culpā adnexā habeat *l.3.§.1.* vbi dixi *supr.* & ita sanè est, non potest in hoc casu condictio habere locum illa de causa, quod in implēda ea re quā promiseras cessaueris. Sed ratio decidendi, propter quam concludit Vlp. posse me pecuniā repetere, illa est, quòd in hoc genere cōtractuū liceat ei pœnitere, qui dedit, quandiu is qui accepit, nō impleuit ex sua parte *d.l.3.§.1.supr.* Pœnitentia enim rebus omnibus integris locū facit huic condictioni, non inspecto eo an per eū qui accepit, steterit quominùs impleret, an non steterit, dūmodò non impleuerit: in eóq; cōmodius est pœnitere, quàm cōdicere quasi causa nō secuta, non solū quòd plura soleant incidere, & emergere ex quibus dubitari possit, an per eū qui accepit steterit, quominùs ex parte sua impleret, aut an impleuerit, quibus tamē difficultatibus pœnitētia rebus integris secuta locū nullū relinquit, sed etiam quia quisquis agit cōdictione ista ob causam nō secutā, electionē relinquit aduersario, an contractum implere malit, nō minùs quàm qui agit Præscriptis verbis *l.4.5.& 6.C.de rer.permut.* quia scilicet contractū ratū manere vult ex quo agit, cùm ex eo cōtractu nō minùs cōdictio quàm actio Præscriptis verbis nascatur *l.naturalis 5.§.1.& §.at cùm do infr.de prascr.verb.* Quā tamen electionē non relinquit ille qui cōdicit ex pœnitentia, secū nāque pugnaret, si ex eo cōtractu ageret, cuius ipsum pœniteret. Etsi pro hoc cōmodo sentit illud incōmodum, quòd per hanc actionem nihil aliud repetere, aut consequi potest, quā illud ipsum quod dedit, nō etiā si quid præterea eius intersit: quia nō potest id quod interest peti nisi actione Præscriptis verbis, quæ idcirco incerti actio dicitur à Papiniano in *l.ob eam causam 9.& in l. si dominus 8.iunct.l.insulam 6.eod.ill.tit.* & alibi sæpe.

a *Sed cùm liceat pœnitere.* RAT. DVB. Contractus omnes ab initio sunt volūtatis, ex postfacto necessitatis *l.sicut 5.C.de oblig.& act.l.in cōmodato 17.§.sicut inf. commodat.* Cōtractus autē innominati perinde contractus sunt, & dicuntur συνάλλαγματα, atque ij qui nomē speciale ac propriū habent *l.3.§.1. in fin.l.vlt. infr.hoc tit.l iuris gentium 7.§.1 supr.de pact.* Ergo nec in iis locus est pœnitentiæ, ne quidē ex parte illius qui dedit, cùm imputare sibi debeat, cur dederit ei qui nihil dū facere aut dare vellet, aut saltem cur nō ab eo stipulatus sit vt in *d.l. si dominus 8. de prascr. verb.* DEC. Differentia hac parte constituenda est inter cōtractus nominatos & innominatos ob eas rationes dissimilitudinis quas attulimus ad *l.3.§.sed si tibi dedero supr.hoc tit.* Nam quæ ab Accursio & Bartolo adferuntur, quis probare eas possit? Ait Accursius, cōtractus istos innominatos debiles esse in contrahēda obligatione, ideò vt addit Bartolus, quia consensu non contrahuntur ex *l.iuris gentium 7.in princip. supr.de pact.* ac proinde esse etiā debiles in ea retinenda, ego verò debiles eos esse nego in contrahenda obligatione, cùm ex iis obligetur is qui accipit, aut qui aliquid sibi fieri patitur, vt vicissim faciat quod promisit, adeò vt nec pœnitere possit, nec recusare quominùs incerti actione Præscriptis verbis conueniatur ad id quod interest, si promissa non impleat, vel saltē actione de dolo *d. l. naturalis 5. §.1. & seqq. de prascr.verb.* nā ex parte illius qui dedit, nō potest videri cōtractus esse debilis, cū id agatur ne ipse obligetur, ad quid enim obligaretur is, qui cōtractū ex parte sua implet, priùs etiā, quā aliquid promiserit? Nego in his cōtractibus cōsensum nō interuenire, alioqui dominiū ex iis trāsferri nō posset. *l.in omnibus rebus 55.de oblig.& act.* Nego debiliores esse contractus, qui cōsensu non cōtrahuntur, an non enim plerīq; re, alij verbis, alij literis cōtrahūtur, qui sunt validissimi, & qui nullū admittūt lecū pœnitentia? Nego deniq; esse debiles in obligatione retinenda, cū ex parte illius qui accepit & qui solus obligatus est, nullus sit pœnitētiæ locus? Nā de obligatione retinēda illius qui ex parte sua impleuit, si vltra tractare velis, cùm, vt diximus, nec sit nec fuerit vnquam obligatus. Bartol. verò, vt Accursio subtilior videatur, ait cōtractus innominatos, antequā cōpleantur nō producere obligationē ciuilē, & neutrū ex contrahentibus ciuiliter obligari ex *l.ex placito 3.C.de rer. permut.* sed parū subtiliter, nā cùm isti cōtractus initiū sumāt ab implemēto *l.1.inf.eod.ill.tit.de rer.permut.* nō possunt habere nomen cōtractus, atneq; vllius obligationis siue naturalis, siue ciuilis, antequā implementū saltē ex vna parte secutū sit, quo tamē ex vna tantū parte secuto, nec dubitat Bartolus, quin alius etiā ciuiliter obligetur, non quidē ad implēdū præcisè quod promisit, sed vt ni impleat, præstet, quanti interest eius, qui impleuit, si nō malit, qui impleuit rem cōdicere, quoties talis est, vt condici possit *l.4.5. & 6.C.de rer.permut.d l.5.§.1.& 2.de prascr.verb.* quod si placitū aliquod præcesserit, quomodo in permutatione vt præcedat necesse est, nō etiā in cæteris contractibus innominatis *d.l.3.& 4.C.de rer.permut.* nondū tamen cōtractus est re quidē inchoatus, sed nudū pactū, ac proinde inefficax ad producendā ciuilē obligationē, quæ ex pacto nudo si pacta legitima excipias, quæ tamē nō sunt nuda, nasci nunquā potest: adeò vt neque naturalis vlla obligatio ex eo pacto nasci possit ad impediēdā dati cōdictionē, ex parte eius qui nō vult implere, cū iure naturæ iniquū sit, vt ex eius qui impleuit, iactura locupletetur *l.nā hoc natura 14.inf.de cond.indeb.l.iure natura 206.de regul.iur.* naturalis enim obligatio illa est, quæ solius naturalis æquitatis vinculo sustinetur *l.Stichū aut Pāphilum 95.§.naturalis de solut.* Vnde est quod etiā in cōtractu permutationis, si is qui accepit, nolit ex parte sua rē tradere, cōdictioni locus est, quasi re non secuta, nec præcedēs placitū permutādi impedit repetitionē *d. l.1.§.vlt.de rer.permut.inf.* Quod verò pro secunda ratione addit Bartolus, quoties obligatio debet impleri interuētu rei, licere parti pœnitere, & rē nō accipere ex *l.qui pecuniā 30. supr.de reb.credit.l.pen.inf.quæ res pignor.oblig.poss.l.1. & l.potior 11. Qui potior. in pignor. hab.* minùs certè ad rē pertinet; id enim tū verè dicitur, cùm cōtractus neutra ex parte adhuc impletus est, cui interuentus rei præbere initiū debet, quemadmodū si post initum pactū permutationis inter nos recusarē accipere rem, quā tu velles mihi dare, cū nulla stipulatio interuenisset. At nos de eo cōtractu agimus, qui iā sit impletus ex vna parte, ac proinde ex quo is qui accepit, cœperit esse obligatus, ad implēdū ex sua quoq; parte, & quærimus, cur ei qui impleuit liceat pœnitere, cū volūtatē suā nō minùs declarauerit implendo ex sua parte, quā si implente aduersario aliquid ab eo accepisset, deinde ratio hæc posterior Bartol. si vera esset, probaret locū esse pœnitentiæ ex parte illius qui dedit, etiāsi paratus esset aduersarius ex parte sua implere ante pœnitētiā, quod tamen nō ita est: Sera nāq; est pœnitētia, à quo instanti paratus est implere ex sua parte, is qui accepit: cū exinde res nō sit ampliùs integra, sed cōtractus pro impleto ex vtraq; parte haberi debeat: quo casu nemo diceret pœnitētiæ locū aliquem superesse. *arg.l.si reus paratus 73.supr.de procurat.* Sicut nec cōdictio ob causam dati causa nō secuta locū aliter habere potest, quàm si constet nolle aduersariū ex parte sua implere *d.l.1.§.vlt.infr.de rer.permut.* quæ nuda

nuda implendi voluntas non sufficiat si non statim implemētum sequatur, alioqui non est paratus implere, qui nec si velit implere statim possit, vt scripsimus ad *l. si debitori* 21. *sup. de iud.* Vera igitur totius iuris huius ratio illa est, quam attulimus ad *d. l.* 3. *§.* 2. *sup. hoc tit.* quod contractus innominati, cùm ab implemento pendeant, & ex eo æstimentur, non possunt perfecti esse ante secutum ex vtraq; parte implementum, sed tantùm ex parte illius qui impleuit, vt aduersarium suum habeat sibi obligatum, nec ipse tamen sit obligatus ei, qui neque adhuc impleuit, neque implere paratus est: nemo enim dando se obligat, sed eum qui accipit, nisi cùm donat. Donatio enim contractus nominatus est, vt interpretes omnes consentiunt, nec is qui donat id agit, vt accipientem obliget, sed tantùm, vt rei suę dominium irreuocabiliter transferat in accipientem, nisi cùm certa lege & condicione donatio facta est, quo casu & cōdictio, & actio pręscriptis verbis donatori datur *l. velles necne* 6. *& pass. C. de reuoc. don. l.* 1. *C. de do. quæ sub mod. l. vlt. C. de rer. permut.* Planè in contractib. nominatis locū non esse pœnitentiæ cōstat inter omnes ex *d. l. sicut* 5. *C. de obl. & act. l. in commo.* 17. *§. sicut inf. commod.* in iis sc. qui sunt vltro citróq; obligatorij ęquè principaliter, cuiusmodi sunt cōtractus venditionū, locationum, dotiū, societatis & alij si qui sunt similes. Itē illi qui vnica datione, & dominij trāslatione contenti sunt, vt cōtractus mutui & donationis, aut generalius qui ita fiūt, vt vnus tantū ex contrahēt·b. obligetur vt in stipulatione, quæ vbi certā legem habuit, immutari posteà alterutrius arbitrio nō potest *l. vero procuratori* 12. *§. pen. inf. de solut.* Cæterū si deposuerim penes te aliquid, vt vel post mortē tuā vel post meā mihi reddatur, nemo dubitat quin mutare volūtatem possim, & statim depositū repetere *l.* 1. *§ pen. inf. depos.* nempe quia depositum fit tātùm gratia deponentis, non etiam depositarij, nec quicquam interest depositarij quando depositum repetatur, nec is qui deposuit, hoc ipso obligatur depositario, etsi enim ex deposito duæ actiones depositi nascuntur: directa vna, & contraria altera, nō tamen nascitur contraria æquè principaliter & ab initio, sed ita demum, si quid ad rem depositam custodiendam & conseruandam depositarius de suo impenderit, quo certè casu, si depositum & contractum reuocare vellet is qui deposuit, non præstita priùs depositario indemnitate, & ex sola pœnitentia non posset, quia iam cœpisset interesse depositarij *l. ei apud quem* 5. *eod. ti.* Idem in mādato iuris est si mādantis tātùm gratia interpositum sit, reuocari enim potest sola mandantis voluntate, dummodo reb. omnib. integris, i. dum ne cœperit mandatarij interesse *§. rectè Inst. de mand.* At non eadem societatis ratio est, licet Accursius hunc contractum superiorib. æquiparet, etsi enim non prohibetur socius etiā inuito socio renūciare societati, nullo quoque pacto de ea re interposito *l. sed & socius* 17 *§. vlt. inf. pro socio,* ipsa tamen intempestiua renunciatio societatis venit in ęstimationem, vt ibidem scriptum est, ne quis putet esse illam impunitam, & ex sola pœnitentia liberam renuncianti: quamquam dici etiam potest, contractum societatis non esse perpetuum, sed sui natura temporalem, cùm nulla in æternum societatis coitio sit *l.* 1. *l. nulla* 70. *eod. ti.* nec id sine summa ratione, propter discordias, quas materia communionis etiam inter amicissimos quosque excitare solet *l. cùm pater* 77. *§. dulcissimis de leg.* 2. *l. in re communi* 26. *vrban. præd.* quod & in contractu pignoris iuris est, vt scilicet non perpetuus sit, sed temporalis *l. si rem* 9. *§. omnis pecunia de pign. act. l. quandiu* 6. *C. de dist. pignor.* Itaq; si subtilius intueamur, non tanta differētia est inter contractus nominatos & innominatos quantam interpretes volunt: omnib. enim cōmune illud est in vniuersum, vt ex parte eius qui obligatus est, nunquam sit locus pœnitentię, cùm obligatio nulla sit, quę non soluendi necessitatem secum ferat, vt ex obligationis diffinitione apparet apud *Iustin. Tit. de obl.* neque rursum ex parte non obligati, vt duriorem eius qui obligatus est, cōdicionem facere possit. Ea namque forma & lex contractus retinēda est, quę ab initio dicta fuit, differentia tantùm in eo est, quod in contractib. nominatis is qui dedit aliquid, vt cōtractum ex parte sua impleret, nunquā ex pœnitentia cōdicere potest id quod dedit, quia ex pręcedente conuentione obligatus fuerat, vt daret, vel dedit nō vt vicissim aliquid acciperet, sed hoc acto siue expressè siue tacitè, vt vel tantūdem ei redderetur, vt in mutuo, vel idem ipsum, vt in dote, nā in deposito commodato & pignore datio nulla intercedit, quæ dominium transferat, vt possit inducere condictionem, sed nuda traditio ex titulo non satis habili ad dominium transferendum *l. nūquam nuda* 31. *de acq. rer. dom.* At in cōtractib. innominatis pœnitentia sola parit condictionem eius quod datū est, quia nec obligatus fuit is qui dedit, vt daret, deditque vltro, vt accipientem ad dandum vicissim aut faciendum aliquid obligaret, nec potest iniquū videri genus cōtractus ob id solùm, quod cùm fiat in gratiā vtriusque, tamē ex vna tantùm parte sit obligatorius. Quænā enim potest iniuria videri facta ei qui solus obligatus est, & accipiēdo vltro seipsum obligauerit, cùm esset in eius potestate nō accipere *d. l. qui pecuniam* 30. *sup. de reb. cred. d. l.* 1. *d. l. potior* 11. *quī potior in pign. hab.* & pro aduersarij obligatione habeat iam penes se dominiū rei datæ, & quidem irreuocabiliter, si modò velit esse diligēs in eo implēdo, quod ex parte sua promiserit: alioqui de seipso, non de aduersario cōqueri debet, aut quàm de iure ipso, cùm plus cautionis sit in re quàm in persona, vt habet trita iuris regula. Quòd si eū qui dedit pœniteat, antequā paratus fuerit is, qui accepit, implere ex sua parte: ne tū quidē magnā habet hic querelæ causam, cùm nihil eius intersit, nec dāno vllo afficiatur: nam si cœperit interesse, fortè quod aliquid expēderit, vt ex sua parte impleret, certū est non aliter licitā esse pœnitentiā, quàm si plenissima indēnitas ei præstetur, vt Vlpianus hîc disertè scribit. Itaq; hac parte nulla est differētia inter cōtractus innominatos & nominatos, qui ex vna tantùm parte habēt obligationē principalē, ex altera verò contrariā de calculo & indēnitate *d. l. ei apud quē l. furti* 6. *§. vlt. sup. de his qui notāt. infam.* Nisi ꝙ in cōtractib. innominatis, stultū est distinguere cuius gratia fiāt, cū ex ipsa ratione incūdi appareat fieri eos semper in gratiā vtriusq; siue dē vt des, siue dē vt facias, siue faciā vt des, siue faciā vt facias: quāuis Bart. vt hāc veterū quorūdā interpretū distinctionē tueatur, notet posse fieri, vt dē tibi centū. vt Capuā eas ꝑ negotio aliquo quod nō minus ad te q̃ ad me pertineat, sed si quādo id accidit [potest enim quāuis rarius accidere] tāto magis verū est, quod volumus vtriusq; gratia cōtractū fieri, & quętēdus esset casus potius, in quo nō nisi alterius tātū gratia fieret: q nusquā inuenietur. Quis enim tam stultus sit, vt tibi dare velit pecuniam, vt pro te Romam eas, aut Capuam. At cōtractus nominati plerique fiunt gratia alterutrius tantùm, vel solius dātis, vel solius accipientis *l.* 5. *§. nunc videndū* vbi dicemus *inf. Commod.* qui verò etiā gratia

vtrinq; fiũt, in hoc tamen differũt ab innominatis, quòd perfectionem suã ab initio habent, aut ex solo mutuo cõsensu, aut ex traditione secuta, innominati aũt pfecti nõ sunt, nisi ex parte illius, qui prior dat, aut facit, vt scilicet eũ qui accipit, vel aliquid sibi fieri patitur, obliget ad implendũ vicissim ex sua parte, cũ tamẽ is qui prior dedit vel fecit, nec; sit, neq; vnquã fuerit obligat⁹. Perfectio enim cõtract⁹ cuiuslibet ex eo solo ęstimãda est, vt ciuilẽ possit obligationẽ pducere *d. l. iuris gentiũ* §. 1. ac proinde quoties vtriusq; gratia fit, nõ aliter perfectus dici potest, q̃ si vtrunq; obliget, quod tamen in contractib. innominatis nõ euenit, nisi cũ ex vtraq; parte impleti sunt, quia exinde incipit etiã is qui dedit obligatus esse, vt nec iã pœnitere illũ possit nec si reddere paratus sit, quòd vicissim accepit, nõ magis q̃ in specie *l. qui ob rem* 35. *inf. de cond. indeb.* nec amplius ob id quod dederit vel fecerit, actionẽ aliquã habere aduersus aliũ, qui ex parte quoq; sua impleuit. Porrò ad impediendã cõdictionẽ siue ex pœnitẽtia, siue quasi causa nõ secuta, in omnib. contractib. innominatis sufficit, vt qui posterior implere debuit, implere iam cœperit, ex eo nãq; instãti quo implere cœpit, desinit res esse integra, & cõsequenter desinit locus esse pœnitentiæ, vt Accursius noster probat ex *l. quod Seruius* 8. *inf. hoc ti.* vbi dos data puellæ nomine, quæ nondũ ætatẽ nubilẽ cõpleuerat, cõdici interim nõ potest nõ solùm quasi causa nõ secuta, sed neq; ex pœnitẽtia, quoniã factũ iã aliquid fuerat ex vtraq; parte, præcesserant nimirũ spõsalia quamquã nullis quoq; præcedẽtib. spõsalibus, si pecunia dotis nomine data tantũ fuisset, nõ aliud respondendũ putarẽ, nõ equidẽ fauore dotiũ & matrimonij, vt Bart. putat ex *l. si ego* 9. §. *si res in fi. de iur. dot.* [est enim postrema pars illius versiculi tota Triboniani, vt à nobis probatũ est *lib. 8. Coniect. c. 9.*] sed quia licèt matrimoniũ inter eos qui nondũ iustæ sunt ætatis cõsistere nõ possit, cõualescit tamẽ solo lapsu tẽporis iustáq; ætate adueniẽte, nullo accedẽte extrinsecus facto, siue viri, siue mulieris *l. 4. inf. de rit. nup.* sed ordine quodam tẽporis naturali, vt loquitur Tryphoninus in *l. filius* 28. §. 1. *in fi. de liber. & posth.* & impedimẽtũ nuptiarũ, quod efficit ne causa ob quã dos data fuerat, adhuc secuta videri possit, nõ tã facti q̃ iuris est, & ex causa nõ perpetua sed tẽporali: proinde sufficit durare habitũ illũ matrimonij, & posse suo tẽpore in verũ matrimoniũ cõmutari, ad impediendã condictionẽ pecuniæ sic datæ tanquã in dotẽ peruẽturæ, quandiu fieri adhuc potest, vt perueniat, quomodo Neratius ratiocinatur in *d. l. quod seruius* idq; ex tacita vtriusq; cõtrahentiũ voluntate, obseruandũ autẽ est, nõ in quolibet contractu innominato posse locũ esse pœnitẽtię, sed eo tantùm casu quo & cõdictioni locus esse possit, i. in cõtractib. do vt des, & do vt facias *d. l. naturalis* §. 1. & 2. *de præsc. verb.* nã si priùs implementũ cœperit à faciẽdo, certũ est neq; pœnitẽtiæ neq; cõdictioni locũ esse, quia facta cõdici nõ possũt, & frustrà te pœniteat id fecisse, quod vbi factũ est, pro infecto haberi non possit *l. si nõ sortẽ* 26. § *libertus de cond. indeb. l. qui ea mẽte* 65. *de furt. l. in bello* 12. § *facti de capt. & postl.* ideóq; hoc casu ad actionẽ de dolo necessario recurrendũ est *d. l. naturalis* §. *quod si faciã* & *l. 4. C. de dolo l. 4. C. de transf.* Quãuis autẽ sola pœnitẽtia pariat cõdictionẽ, incõmodior tamẽ illa cõdictio est, quę nascitur ex implemento nõ secuto, quia comitem habet incerti actionẽ pscriptis verbis, per quã actor etiã id quod sua interest, cõsequatur *d. l. 5. § 1. & 2. de præsc. verb. d. l. 4. 5. & 6. C. de rer permut.* quod in cõdictione quæ ex pœnitẽtia nascitur, diuersum est, nemini enim permittendũ est, vt ex sua pœnitẽtia duriorẽ facere cõdicionẽ aduersarij sui possit, q̃ si nõ cõtraxisset cùm districtè cauendũ sit, ne pœnitẽtia faciat alij iniuriã §. *itẽ si quis inf. hac leg.* nemo enim cõsilium mutare in alterius iniuriã potest *l. nemo potest* 75. *de reg. iur.* cùm autẽ ex defectu causę nõ secutę datur cõdictio, causam finalẽ esse oportet, nõ impulsiuã tantũ, i. talem esse necesse est, vt nõ aliter daturus vel facturus fuerit is qui dedit, vel fecit, vt benè Accursius notat ex *l. 1. sup. l. 1. §. 1. inf. ti. prox. l. 2. §. vlt. inf. de do. l. sed si mors* 13. §. *vlt. de don. int. vir. & vxor.* itẽ expressam esse oportet, nõ tacitã, & ab eo tãtùm qui dedit, aut fecit, subintellectã *l. 3. § si quis quasi sup. hoc ti. & l. si repetẽdi* 7. *C. eo. l. si maiores* 25. *C. de transf.* nisi ab vtraq; parte subintellecta sit, vt scripsimus ad *d. §. si quis quasi ex d. l. 1. §. vlt. sup. l. in summa* 65. §. *sed agere inf. de cond. indeb. l. cùm quis* 12. *inf. hoc ti.* porrò nõ videtur causa secuta, si nõ legitimè secuta sit, vt idẽ Accursius docet ex *d. l. 3. §. si liber homo & §. si quis quasi* vbi etiã dixi *sup.* nihil enim refert an quid omnino factũ nõ sit, an minus legitimè factũ sit *l. quoties* 6. *sup. qui satisd. cog. l. 2. inf. de auth. tut.* Idẽ notat, & benè condictionẽ hãc dari ad idipsum repetẽdũ, quod datũ fuit, si cõsistat in specie, vt in *l. 1. in fi. de rer. permut.* Si verò in quãtitate ad tantundẽ, vt in specie huius legis, aut illud ipsum, vt loquitur Põponius in *l. quod indeb.* 7. *inf. de con. indeb.* Etsi nec in specie data nouum est, vt aliud datũ sit, aliud verò cõdicatur, vt in *d. l. si nõ sortẽ* 26. §. *libertus eod. tit.* vbi dicitur etiã fructus cõdici, & accessiones naturales, vt & in *l. indebiti* 15. *eo. l. qui se debere* 7. §. *vlt. inf. hoc ti.* quamuis in vsuris aliud sit *l. 1. C. de cond. indeb.* quia sunt ciuiles accessiones, nec tã natura, q̃ iure percipiũtur *l. si nauis* 62. *sup. de rei vind.* nihil rursum refert, an quid reuera datum sit, an interpretatiuè, vt loquitur Accursius, vt in specie *l. prox. sup. & l. si mulier* 10. *infr. hoc ti.* licèt malè addat Accursius *si pecunia purè debebatur*. Hoc enim ad legẽ pręcedentẽ iã refutauimus, sed ad id quod aduersarius dare vel facere debuit, vt contractum ex parte sua impleret, nunquã datur cõdictio, licèt tacitã illã cõdicionẽ semper habeat, si nõ aduersarius ex parte sua impleat *d. l. 4. 5. & 6. C. de rer. permut.* nisi cũ datur cõdictio ex pœnitentia, vt hæc lex optimè probat: datur autẽ actio præscriptis verbis, sed nõ tã ad id vt cõtractus impleatur præcisè, q̃ ad id quod interest agẽtis, ni cõtractus impleatur, aut ad vtrũq; etiã si voles sed alternatiuè, vt vel hoc vel illud fiat. quẽadmodum supra iã docuimus ex *d. l. 4. 5. & 6. C. de rer. permut. & d. l. naturalis* 5. §. 1. & 2. *inf. de præsc. verb.* Malè Bart. cõtra ea, quę disputauimus, tẽtat etiã in cõtractib. innominatis, qui à facto incipiũt, i. in contractib. facio, vt des, & facio, vt facias locũ esse pœnitẽtiæ, in eãq; rẽ aliquos casus cõgerit, quorum nullus potest admitti. Primus est si ex vtraq; parte nihil adhuc sit impletũ, in quo non videt Bart. de pœnitẽtia tractari nihil posse, nisi stultè cũ nullusdũ sit cõtractus, nec perfectus nec imperfectus cuius pœnitere alterutrũ possit, quãdiu neuter impleuit, cũ implementũ vnius initiũ obligationi alterius prębeat *d. l. 1. de rer permut.* Secundus casus est, si ex vna parte impletũ sit, sed tale factũ sit, quod possit repeti, veluti, inquit, vacuã possessionẽ tradi, atq; malè, nã cũ traditio nihil aliud sit, q̃ datio possessionis *l. 3. in pr. de act. emp.* qui tradit nõ tã facit quã dat possessionẽ, & cũ cõdicit nõ factũ ipsum tradẽdi condicit, sed possessionem quam dedit, vt in *l. qui exceptionem* 40. §. *si pars de condict. indeb. l. heres* 21. *infr. ad SC. Trebell.* Alioqui nec contractus, do vt des, inciperet vnquam à datione, sed semper à facto, cùm dari quid nihil aliud sit, quàm dominium eius

transferri

trāsferri *l. vbi autē 75. §. vlt. de verb. obl. l. non videtur data 167. de reg. iur.* dominiū autē trāsferri non soleat, nisi per traditionē *l. traditio 20. de acq. rer. dom. l. tradit. 10. C. de pact.* Traditio autem semper facti est *l. consf. 7. §. vlt. inf. de curat. furiof.* Tertius Bartoli casus est, si petā vt te reponas in pristinā obligationē, sicut, inquit, in specie legis præcedētis, atqui hoc falsum est, vt detur vnquā cōdictio liberationis ad restaurandā pristinā obligationē *l. ob eā causam 9. de præsc. verb.* sed tātū ad pecuniā ipsam repetendam, quę per acceptilationē data esse intelligitur *l. si mulier 10. inf. hoc tit.* idque plurib. à nobis probatū est, ad legē superiorem. Quartus casus est, etiāsi factū tale sit, quod condici nequeat, quoniam, inquit, datur hoc casu actio de dolo in locū huius condictionis, ob causam ex *l. cū proponas 4. C. de dolo d. l. act. 4. C. de trāf.* in hoc verò turpiter bonus fallitur Bart. datur enim quidē mihi cōtra te actio de dolo, si postea quā feci cessas dare *d. l. naturales § quòd si faciā de præsc. verb.* sed nō similiter, si posteaquā feci pœniteat me fecisse: pœnitētia enim potiùs excluderet actionē de dolo, etiamsi ex parte tua cōtractū implere nolles. quādo quidē imputare tibi non posśē, cur contractū illū implere noluisses, cuius me iā pœnituisset. Post factū igitur sera & inutilis est pœnitētia, per quā fieri nequit, vt quod factum est pro infecto habeatur. Addit Bart posse ex aduerso etiā cōtingere, vt cōtractus à datione inceperit, nec tamē quod datū est condici possit, vt pura si libertas data sit, in quo tamē æquè, sed contrario errore labitur, non enim à datione incipit actus datæ libertatis, sed à facto, i. à manumissione, cùm non nisi per manumissionē detur libertas, exceptis iis casib. de quib. in *Tit. qui sin. manu. ad libert. peru. inf.* Manumissio autē semper facti est, ergo defendi nō potest quod Bart pro verissimo concludit, in omnib. contractib. innominatis indistinctè locū esse pœnitentiæ: nec illud rursum quod Guillielmus ab eodē Bartolo relatus dicebat, in solo contractu do vt facias, locū esse pœnitētiæ, non etiā in cōtractu do vt des. Etsi enim nullo iuris loco tale quicquā scriptū est, de cōtractu, do vt des, ipsa tamen iuris ratio quę semper maximè attendenda est, euincit nullā posse cōstitui differētiā inter cōtractus innominatos, qui à datione incipiunt: nec debuit moueri exēplo permutationis, in qua fateor nō esse locū pœnitētiæ ex *l. 1. § vlt de rer. permut* Larga enim differētia est, inter contractū, do vt des, & permutationē, nō in eo solū quòd cōtractus, do vt des, nihil aliud ferè sit, quā permutatio quædā inchoata & imperfecta: permutatio verò contractus potiùs do, quia dedisti, aut si voles cōtractus do vt des, ex vtraq; parte impletus, si permutatio ipsa perfecta sit, vt docuimus *lib. 8. Cōiect. c. 9. & 10.* sed etiā maximéq; in eo, quòd permutatio nō fit sine præcedēte placito permutandi *l. 3. & 4. C. de rer. permut.* ob idq; dicitur similis emptioni in *l. 2. inf. & C. fll. eod. tit.* ex quo pacto nascitur obligatio naturalis, quę impedit ne pœnitētiæ locus esse posfit *arg. d. l. qui ob rem 35. de cond. indeb. l. naturales 10. inf. de obl. & act.* quamuis nō impediat ne possit locus esse cōdictioni, si ex altera parte res nō sequatur, quia id tacitè in pacto permutationis actū ex vtraq; parte intelligi debet, vt nisi tu ex parte quoq; tua impleres, posśē ego cōdicere, quod ex illa permutationis causa dedissem *d. l. 1. in fi.* at cōtractū, do vt des nulla vnquā pactio præcedit, quę naturalē obligationē pariat ad impediendā dati repetitionē, in obligatione tamē ciuili conueniunt, quia & in permutatione nō minùs quā in contractu, do vt des, traditio à me facta initiū obligationi tuę ciuili præbet *d. l. 1.* Quod verò rationis loco Guillielmus adducebat, contractus innominatos diiudicādos esse ex natura cōtractuū nominatorū, quib. assimilātur quasi cōtractus, do vt facias. assimiletur mandato, in quo diximus, posse locū esse pœnitētię reb. integris omnib. *§. rectè Inst. de mand.* benè refellit pro nobis Bart. non ideo solū quòd cōtractus, do vt facias, locationi propiùs accedat quā mādato [nā & locatio verè esset, si tale factū proponeretur, quod locari soleret *d. l. naturalis § at cū do de præscr. verb.* in locatione autē nunquā est locus pœnitētiæ *l. qui operas 38. inf. locat.* & mandato æquiparatur potiùs cōtractus, facio vt facias *d. l. naturalis §. vlt.*] sed ob id etiā quòd neq; in mandato vnquā pœnitētię locus adeò est, vt si quid ex ea causa datū fuerit cōdici possit, nisi cùm mandatū legib. interdictū fuit, vt in specie *l si mulier 5. C. hoc ti.* actio enim ipsa mādati sufficit ad mutuas omnes illas pręstationes, quæ ex mādati causa pendêre possunt. Ex his apparet quid verū quídve falsum sit, in lōga illa distinctione, quā proponit Bart. circa totā hāc quæstionē, an in cōtractib. siue nominatis siue innominatis locus sit pœnitentiæ, nō enim plurib. eā prosequi aut refellere lubet, ne longiores simus, si multa, quæ iā diximus, repetamus, quę tamē inculcare necesse esset: sicuti neq; aliam distinctionē valde curamus, quā adfert idē Bart. in alia quæstione, quando defectus causæ condictionē inducat, sufficit enim nobis ea dixisse, ex quib. intelligi clarè possit, quid ex iuris ratione sentiendū sit, ne quē errores Bartoli præcipitē in posterū agant, iunge quæ scripsi ad *l. 1. & l. 3. in pr. & §. 1. sup.* illud benè Bart. monet condictionē hanc locū habere in omni datione, quæ fiat ob causam, si causa nō sit secuta, licèt ex ea datione non resultet cōtractus innominatus ex *l. 1. § si parenti sup. l. Senatus 35. §. 1. vers. ergo qui mortis causa infr. de mort. caus. don.* Patet enim lōgè latiùs quàm materia contractuū innominatorū & cùm ex æquitate proficiscatur, vt sępiùs diximus, locū habere debet in omnib. casibus, in quib. eadem iuris & æquitatis ratio obtinet, cùm autē quæritur, an qui cōdicit, cōtractū ex parte sua perfectè implere prior debuerit, de quo etiā Bart. tractat, distinguēdū est, an detur cōdictio ex sola pœnitentia, an quasi causa non secuta, priore nāq; casu nil est necesse, vt prior perfectè impleuerit, quanto enim minùs impletus cōtractus est, tāto faciliùs per pœnitētiā resiliri ab eo potest: posteriore verò secus est, quia nō potest aduersario imputare, cur nō impleuerit is qui prior non impleuit *l. Iulian. 13 §. offerri de act. emp.* Quid autē aliud est implere, quā perfectè cōplere, vt nihil desit? *l. vlt. C. de rei vind.* Sed quid si cōtractus ex vtraq; quidē parte impletus est per traditionē, sed tamē desiit posteà impletus esse propter subsecutā euictionē, nam & de hoc quærit Bart. adeò ille totū hūc tractatū diligēter prosecutus est, vtinā æquè feliciter ac subtiliter. Respōdet autē hoc quoq; casu condictionē hāc ob causam dati causa nō secuta cōpetere ex *l. vlt. inf. hoc ti.* nec malè, parū enim refert an causa omnino secuta nō sit, an verò secuta esse desierit *l. 1. inf. de con. sin. caus.* sed excipere debuit contractū permutationis, ex quo tradita res si posteà sit euicta, cōpetit exemplum actionis ex empto in factū, actio ad id quod interest *l. si permutationis 29. C. de euict. iunct. l. 4. eo. ti. & l. 2. C. de rer. permut.* cōdictio tamen etiā locū habere potest, si malit is, qui euictionem passus est, rē suam repetere, quàm agere ad id quod interest, dummodo res tradita & euicta non fuerit, venalis secundū distinctionem *l. 1. eod tit.* Sed ferre non possum quod Bart. excipit contractum transactionis quasi inno-

minatum, cùm tamen transactio nihil nisi pactū sit, sed perfectum & pariens obligationem naturalem, atque ita impediens dati condictionem & pœnitētiam *l. quamuis 39. C. de transact.* non odio minuendarum litiū vt passim docet Bartolus, sed iure alterius pacti cuiuslibet quātumuis nudi, ex quo si res vtrinque data sit, & altera postmodum euicta, vt in *l. si pro fundo 32. eod. tit.* merito placuit dari actionem de euictione ad id quod interest, idq; actione præscriptis verbis, non quasi ex transactione, sed quasi ex permutatione, vt in *d. l. si permutationis*, nisi quod hoc casu condictio locum non habet, quomodo habere solet secuta post permutationem euictione *d. l. 1. in fi. C. de rer. permut.* nempe quia pactum transactionis semper impedit condictionem, nisi de reddēdis iis quæ data sunt, stipulatio interuenerit *l. cùm proponas 17. C. de transact.* nec mirum est, ad condictionem impediendam plus posse pactum transactionis perfectum, quàm contractum innominatum imperfectum, vt à nobis latiùs disputatū est in superiorib.

b *Proculdubio repetetur quod datum est.* RAT. DVB. In contractibus nominatis neque pœnitentiæ neque condictioni locus est, vt suprà diximus ex *l. sicut 5. C. de obl. & action. l. in commodato 17. §. sicut infr. Commod.* Atqui si pecuniam tibi dem, vt pro me Capuam eas, locatio & conductio est, cùm sit hoc factum ex eorum genere quæ locari solent *l. naturalis 5. §. at cùm do inf. de præscrip. verb.* Ergo pecunia quam tibi dedi etiamsi Capuam non eas, neque per pœnitentiam meam, neque quasi causa non secuta repeti poterit, atque ita scriptum est in *l. qui operas 38. inf. locat.* DEC. Contractus do vt facias, qui in hac lege initus proponitur contractus est innominatus, similis quidem locationi cùm factum tale est, quod locari solet, sed in eo tamen dissimilis, quòd imperfectus est, nec vllomodo eum obligat qui dedit, sed eum tantùm qui accipit, vt disputauimus in præcedentibus, admittit ergo locum pœnitentiæ, & ex pœnitentia cōdictioni. Atqui, inquies, factum hoc locari solet, ideo nimirum Accursius ponit, pecuniam fuisse datam in specie non in genere, vel hunc qui pecuniam accepit, non fuisse solitum operas suas locare: quorum vtrumque commentitium est. Prius verò etiam ineptum, pecunia enim tum quoque cùm in genere debetur, numerari tamen non potest, nisi in specie, quia genus nec videtur nec tangitur, malo ego dicere id quod res est, ni fallor, non statim atque pecunia pro facto datur locationem esse, sed ita demum si mercedis nomine data sit, sicuti nec emptio est, statim atque pecunia pro re datur, sed ita demùm si ea pecunia pro precio data sit, quia nec potest locatio esse sine mercede nec emptio sine precio, ex quo nimirum substantia emptionis consistit *l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Merces autem licèt in pecunia tantùm numerata consistat, sicut & precium, non tamen omnis pecunia numerata facit mercedem aut precium, sed ea sola de qua conuenit, vt precium sit, vel merces *l. vlt. inf. hoc tit.* atque ita intelligi debere quod scriptum est in *d. l. naturalis 5. §. 1. & §. at cùm do de præscript. verb.* Præsuppositis nimirum terminis habilibus, qui semper supponendi sunt *l. tutor 35. §. 1. sup. de iureiur. l. adigere 6. §. quamuis inf. de iur. patr.* Omnis enim venditio & locatio perficitur solo consensu, nec incipit vnquam à datione aut à traditione rei venditæ, vel locatæ aut à solutione precij vel mercedis, vt cōtractus do vt des & do vt facias à quib. non tātùm materiā, sed etiā forma, & quod præcipuum est, ex ineūdi modo distinguū-tur, quamuis cùm pecunia interuenit, pro re in contractu do vt des, aut pro facto, in contractu, do vt facias, incipiat eadem esse vtriusq; contractus materia, nec nisi ex voluntate contrahētium, & ex modo ineundi æstimandum supersit, an contractus nominatus cēseri debeat an innominatus: quæ Pauli sententia mihi esse videtur in *d. l. naturalis §. 1. & seq.* quos locos non aliter possis conciliare cum *d. l. vlt. inf. hoc tit. & cum hac lege.* Porrò in locatione neque pœnitētiæ locus est, neque cōdictioni, at neque restitutioni pecuniæ si per locatorē non stet, quominùs operas suas præstet *d. l. qui operas*, quod sic accipiendum est, vt neque iudicio locati & conducti mercedem restitui oporteat, neque cognitione extraordinaria præsidis si fortè de Aduocati honorario tractetur *l. 1. §. Diuus Seuerus antep. inf. de var. & extraord. cognit.* adhibendæ tamen sunt circa locationē & conductionem quædā distinctiones, quas hîc attingit Accursius, & de quib. dicendum latiùs erit ad *l. ex conducto 15. aliàs l. si vno §. item cùm quidam inf. locat.* At in cōtractu innominato de quo nūc agimus, certum est pecuniam à te datam, si hæc causa ob quam data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non sit, minimè repeti posse *l. pen. C. hoc tit.* sc. cōdictione ob causam dati quasi causa non secuta, nisi fortuitū casum pœnitentia dantis præcesserit, aut etiam subsecuta sit. Tunc enim repetetur pecunia non quasi causa non secuta, sed ex pœnitentia, vt disertè scriptum est in hac lege, quæ sic conciliāda est cum *d. l. pen.* non quomodo conciliatur ab Accursio, an casus fortuitus contigerit in persona locatoris, an in persona cōductoris, cùm neque hîc neq; ibi agatur de contractu locationis, sed de cōtractu innominato, & de condictione ex pœnitētia quæ in contractib. innominatis duntaxat locum habet, etsi vt verum fatear, durius mihi hoc videtur, quàm vt possim mihi persuadere ita Vlpianum sensisse & scripsisse, sed iam inde ab illis verbis *potest dici* manū Triboniani videor mihi agnoscere, nam si iuris rationem cōsulimus, verius est, quod ait *dicta lex pen. C. hoc tit.* non posse repeti pecuniā datā ob causam, tametsi causa secuta non sit, si modò non culpa accipiētis, sed casu fortuito contigerit, & stulta est adiectio & exceptio illa *nisi dantem pœniteat*, cùm sera sit pœnitentia, postquàm desiit is qui accepit implere posse ex sua parte etiamsi maximè velit, idque casu aliquo fortuito, quem nulla ipsius culpa præcesserit. Quotus enim quisque esset, quem non hoc casu pœniteret, vt qui iā sperare aliud nihil posset ab eo, cui dedit pecuniā, saltem condictionē ex pœnitentia sibi acquireret, quam aliter habere nullam posset? Fefellit proculdubio Tribonianū quod ab eodem Vlpiano scriptum viderat *l. 3. §. 1. & 2. sup.* In hoc contractuū innominatorum genere locū esse pœnitentiæ, nec animaduertit debere id intelligi, quādiu res integra est, & in potestate illius qui accepit pecuniā, vt contractum ex parte sua impleat, vel non impleat, nam quemadmodū sera est pœnitentia post contractum ex vtraque parte impletum, vt suprà diximus, ita & postquàm desiit impleri posse, & quidē casu fortuito, & citra illā ipsius culpam, cùm hoc casu quātum ad eum pertinet, qui implere non possit, vt maximè velit, haberi debeat pro impleto, alioqui dāda esset condictio ob causam etiā quasi causa non secuta, si non haberetur pro secuta, quod tamen disertè negatur in *d. l. pen.* Et hac ratione motū Vlpianū in hæc verba scripsisse non dubito, *Et cùm per te non steterit, dicendum est repetitionem cessare* generaliter scilicet siue con-

ne condicere velim quasi causa non secuta, siue ex pœnitentia, ne aliter nobis interpretantibus eueniat, vt nullus futurus sit effectus illius propositionis, quantum ad causam condictionis. Quid enim tua refert an ob pœnitentiam meam cogaris mihi pecuniam reddere, an quia causa non sit secuta? sed Tribonianus, vt solitis suis distinctionibus & subdistinctionibus viam aperiret, immutauit primùm absolutam conclusionem Vlpiani, & pro illis verbis *dicendum est* substituit *potest dici* quasi nō nisi disputando id dici possit, vt bonus, sed miser Accursius interpretari vel inuitus cogitur: deinde subiecit *sed cùm liceat ei pœnitere qui dedit, proculdubio repetetur id quod datum est*, atque ita propositionem apertè, & indubitatè falsam obtrudit nobis pro indubitatè vera, & quia tamen videt, nec generaliter veram esse posse, quæ generaliter & indistinctè falsa est, incipit addere exceptionem *nisi fortè tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam*. Et hoc rectè. Constat enim eo quoque casu, quo pœnitentiæ locus esse possit, nunquam tamen admittendam esse pœnitentiam quæ alij iniuriam factura sit §. *item si quis inf. l. nemo potest mutare* 75. *de regul. iur.* faceret autem iniuriam, si iam cœpisset aduersarij interesse *l. si ita quis* 135. §. *Seia ad fi. de verb. oblig l. etsi post tres* §. *sup. si quis caution. l. vtique* 12. *sup. de recept. qui arbitr. recep.* Ergo fatetur Tribonianus non esse locum pœnitentiæ, si cœperit tua interesse: atqui mox ille sibi, vt solet, cōtrarius apertè scribit, etiamsi tua interesse cœperit, quod aliquid iam erogaueris ob perfectionem, vt ires Capuam quod non aliter fueras erogaturus, attamen condictionem locum habere, quamuis addat quasi & motus ipse pœnitentia *ita tamen vt præstetur tibi indemnitas eius quod expendisti*, quasi verò ea ratio præstādæ tibi à me indēnitatis nō debeat tibi prodesse ad retentionē, & ad impediendam condictionē, quā vel naturalis sola obligatio impediret *l. naturales* 10. *inf. de oblig. & actio. l. naturaliter* 13. *l. frater à fratre* 38. *l. Iulianus* 64. *& pass. inf. de condict. indeb.* Aut quidni saltem compensationem inducat ad concurrentem vsque quantitatem? *l. etiam* 6. *infr. de compens.* An non enim tua non interest, potiùs non soluere, quàm solutum repetere? *l.* 3. *eod. l. si stipulatus* 15. *de fideiuss.* Distinguit autem Tribonianus in hunc modum, *nam si ita res se habeat, vt licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, vt necesse habeas proficisci, vel sumptus qui necessarij sint ad profectionem, iam fecisti, vt manifestum sit plus fortè quàm acceperis te erogasse, condictio locum non habebit: sed si minùs erogatum sit, condictio locum habebit: ita tamen vt indemnitas tibi præstetur eius quod expendisti.* In qua distinctione illud etiam ineptum est, quod ponit Tribonianus te ita res tuas composuisse, vt necesse habeas proficisci. Quis enim casus esse potest in quo necesse habeas Capuam ire pro me inuito? Accursius vnum illum reperit, si iuraueris te iturum, quasi iusiurandum tuū facere possit, vt præcisa necessitate cogaris ad factum, quod ex hac vnica glossa, quasi singulari & mirabili, Doctores nostri inferre solent: at cui iurasti nisi mihi? Quis ergo te coget præter me? Porrò si me pœniteat, vt ex facto ponimus, an non hoc ipso gratiā tibi facio iurisiurandi? an nō potiùs iusiurandū tuū habet hāc cōditionē, nisi mutet voluntatē is cui iurasti? *l. vlt. sup. Qui satisd. cog. & l. vlt. in pr. inf. ad municip. l. remittit* 6. *sup. de iureiur.* Excidit ergo hæc ineptia Triboniano nimia, vt solet exaggeratione fingenti casum quē ad suam distinctionem accommodet, nec satis ad id quod scribit attendenti. Rursus quod addit, *vel sumptus qui necessarij sint ad profectionem iam fecerit, vt manifestum sit plus fortè quàm acceperis te erogasse*, multo ineptius & Triboniano dignius est. Quis enim te fingat tam stultum, vt pro me iturus Capuam, plus expendas quàm acceperis, nullis tamen factis sumptibus nisi necessariis, nullóque tibi operę tuæ precio relicto? Sed & quomodo fieri potest, obsecro, vt & manifestum sit, & dubium te plus expendisse in sumptus istos necessarios quàm acceperis? Et tamen vtrumque ponit Tribonianus his verbis, *vt manifestum sit plus fortè*, quæ non nisi absurdè coniungi posse Accursius quoque vidit, nec est quod cum quibusdam respondeas, dictionem *manifestum* referendam esse ad verbum *erogasse*, dictionem autem *fortè* ad *plus*, non enim distinctio hæc fieri potest, cùm manifestum esse oporteat te non modò erogasse sed etiam plus erogasse, quàm acceperis, vt condictio locum habere non possit, quemadmodum ex posteriore distinctionis parte apparet, quæ ita concepta est, *sed si minus erogatum sit*, nam si non sit manifestum, te plus erogasse, vult Tribonianus condictionem non cessare, licet nec manifestum sit, te minus erogasse, tuum enim est tuam exceptionem probare, si vis intentionem meam excludere *l. in exceptionibus* 19. *iunct. l.* 2. *infr. de probat.* & in dubio standum est regulæ, quæ secundum Triboniani iurisprudentiam in proposito illa est, vt pœnitentia mea faciat locum condictioni, nisi manifestum sit, te plus erogasse quàm acceperis. Quæ tamen exceptio longè diuersa est ab illa, quam Tribonianus priorem posuerat, *nisi fortè tua intersit*, & quæ sufficere certè poterat, non addita illa distinctione, an plus minúsve erogaueris quàm acceperis: nam etsi minùs erogaueris, negari tamen non potest, quin tua intersit, & quidem tāti quantum illud est quod erogasti. Debuit ergo Tribonianus ad concurrentem vsque quantitatem denegare mihi condictionem, non solùm vt eadem sit ratio partis ad partem, quæ totius ad totum vulg. *leg. quæ de tota* 76. *suprà de rei vindic.* sed etiam ne fiat tibi iniuria, si cogaris mihi totam pecuniam, quam à me accepisti reddere, & subinde quam expendisti repetere, denegata tibi non solùm retentione, sed etiam compensatione, quam tamen certum est fieri ipso iure ad eam vsque quantitatem quæ concurrit *l.* 4. *l. si ambo* 10. *& seq. infr. de compensat.* saltem opposita doli mali exceptione in iudiciis strictis §. *in bonæ fidei* 30. *Instit. de action.* Dolo enim facit qui petit, quod statim eidem restituturus est *l. dolo facit* 8. *de doli mali except. l. si soter* 43. §. *Lucius solut. matr. l. in condemnatione* 173. §. *vlt. de reg. iur.* quàm porrò verum sit totam hanc distinctionem Triboniani esse, clariùs ex iis quę ad §. *prox. & ad* §. *vlt. huius legis* dicturi sumus, intelligetur. Mancus autem etiam fuit Tribonianus in eo quod non adiecit, cuius esse debeant ea omnia, quæ tu emeris vt te ad profectionem Capuam comparares, an tua, quia tibi emeris, an mea post præstitam tibi plenissimam indemnitatem, an deniq. tua remanere si malis, sed ea lege, vt tanto minùs à me indemnitatis gratia consequaris: ipsum namq. indemnitatis nomen ostendit te in damno quidē manere non oportere, sed nec in lucro esse: æquius autem est, vt tuo sit arbitrio, an velis tibi habere & retinere, tanto minùs à me postea indemnitatis nomine consecuturus, an verò mihi omnia reddere quasi non fueris cōparaturus, si nō à me pecuniam accepisses, vt Capuam proficisceris, neque ab hac opinione Accursius aut Bartolus valde discrepat.

1 ¶Si seruum quis tradiderit alicui ita, vt ab eo intra certum tempus manumitteretur: si pœnituerit eum, qui tradiderit, & super hoc eum certiorauerit, & fuerit manumissus post pœnitentiam: attamen actio propter pœnitentiam competit ei, qui dedit. planè, si non manumiserit, constitutio succedit. facítque eum liberum, si nondum pœnituerat eum, qui in hoc dedit.

Ad §. 1. Si seruum.

RAT. DVB. In traditionibus rerum quodcunque pactum appositum sit, id valere certum est, *l. in traditionibus 48. sup. de pact.* maximè si sit adiectum fauore libertatis, quam pecuniarij damni causa intercidere durum certè est *l. cùm pater 77. §. cùm existimaret de legat. 2.* nec facilè ferendum est, vt qui libertate seruum suum donari voluit, cúmque ob hanc causam alij tradidit, vt manumitteretur, mutet postea voluntatem, si nulla mutandi causa superuenerit, tamque in deuotionem quibusdam quasi velamentis protegat, vt Iustiniani verbis vtar in *l. si quis argentum 35. §. vlt. Cod. de donat.* Ergo si quis seruum suum alicui tradiderit, ita vt ab eo intra certum tempus manumitteretur, etiamsi pœnituerit eum qui tradidit, si tamen post pœnitentiam manumissus seruus fuerit, nulla propter pœnitentiam competere potest condictio ei qui dedit, nec si is qui manumisit fuerit ante manumissionem certioratus de pœnitentia. Quid enim condicet? An seruum fortassis, qui iam manumissus, & liber est? Atqui constat libertatem quæ semel competiit, reuocari & retractari amplius non posse *§. si ii qui Instit. de eo cui libert. caus. bon addic. l. 1. & tot. tit. C. si aduers. libert.* hanc porrò de qua agimus, competere ex eo apparet, quod à vero domino data est, cùm is cui traditus fuit seruus manumissionis gratia, factus sit per eam traditionem dominus, adeóque ea lege vt manumitteret: neque per pœnitentiam tradentis desierit esse dominus, aut manumittendi ius amiserit: tantum abest, vt seruus hic comparari possit ei, qui venditus vel traditus sit ea lege, ne vnquam manumitti possit, & peruenire ad libertatem, de quo in *l. penult. C. si mancip. ita fuer. alien. l. ille seruum 9. §. vlt. infrà qui & à quib. manum. liber. non fiant*, quæ olim dicebatur alienatio malis condicionibus facta, nam imò verò bonis condicionibus hic traditus est, qui in hoc traditus est, vt manumittatur: an verò precium serui condicetur? Minimè verò, nec enim aliud condici potest, quàm quod datum fuit, vt diximus in præcedentibus. Precium autem non fuit traditum nec verè nec interpretatiuè, sed seruus, an denique id quod interest, petetur? Ita putat Accursius post Ioannem Azonem, & Hugolinum: sed ego probare non possum, quia nunquam datur condictio ad id quod interest, sed actio præscriptis verbis in eam rem necessaria est *l. 1. §. vlt. de rer. permut. l. naturalis 5. §. 1. & 2. de præscr. verb. l. 4. 5. & 6. C. de rer. permut.* Condictio autem quæ ex pœnitentia nascitur, comitem nunquam habet actionem præscriptis verbis, sed illa tantùm quæ datur ob causam non secutam, vt supra docuimus. Difficile igitur est, dicere quænam actio illa sit & ad quid danda, quam hic § ait dandam esse propter pœnitentiam ei qui dedit: adde quòd etiamsi seruus hic manumissus non fuisset ob pœnitentiam, de qua certioratus esset nouus dominus, adhuc tamen maneret seruus accipientis, & in eius dominio, nec ideo condici posset à priore domino, quasi causa non secuta, cùm non stet per accipientem, quominus eum manumittat, secundum ea quæ ad initium huius legis scripsimus, dummodo illud etiam concurrat, vt tempus nondum præterierit, intra quod ex lege contractus manumitti seruus hic debuerit *l. 3. §. sed si tibi dedero supr.* vbi quod additur *nisi pœniteat* non ita debet accipi, quasi sola pœnitentia, & pœnitentiæ certioratio sufficere possit aut debeat, ad impediendam manumissionem, aut ad obligandum eum qui de pœnitentia certioratus est, sed vt possit, is qui dedit, Stichum ex pœnitentia condicere ante manumissionem, atque ita instituto iudicio assequi, vt vel Stichus reddatur priusquàm manumissus sit, vel lis æstimetur quanti fuit Stichus tempore litis contestatæ, vt æstimari solet in omnibus stricti iuris iudiciis *l. 3. § in hac infr. commod. l. hominem 37. infr. mandat. l. vinum 22.* vbi dixi *supr. de reb. credit.* non inspecto eo an Stichus hic fuerit postea manumissus necne, quia siue manumissus sit siue non, attamen non ideo reddendus est priori domino, sed æquè lis æstimanda est, & litis æstimatio in condemnationem deducenda, satísque ei esse debet, quod à die condictionis institutę, & litis contestatæ, non potuerit eius condicio fieri deterior *l. si post acceptum 18. & seq. supr. de rei vindic.* quia quale quid est cùm petitur, tale dari debet *l. 2. infr. de vsur.* Cæterùm non potest siue pœnitentia siue pœnitentiæ certioratio vim habere litis contestatæ, vsque adeò, vt ab eo tempore nouus dominus prohibeatur seruum suũ manumittere, aut si manumittat obligetur ad precij restitutionem, aut ad præstationem eius quod interest, sed quod me magis mouet, illud est, quod cùm tibi seruum meum do, vt eum manumittas, non potest dici contractus hic innominatus, do vt vt facias, quomodo interpretes omnes existimant, ex quo dati condictio nasci vllo casu possit, sed contractus mandati est, quia videor tibi mandasse, vt seruum meum manumitteres, cùm non aliam ob causam tibi eum tradiderim, quàm quia non posses tu manumittere nisi tuus esset *l. 1. & tot. tit. C. de his, qui à non dominis manumissi sunt.* Atque ita Iulianus disertè scribit in *l. si hominem 30. infr. mandat.* vbi ait in hac specie, si hominem tibi dedero, vt eum manumitteres, & posteà procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, posse me agere mandati, si tu eum manumiseris, si modo procurator iustam causam habuerit interpellandi manumissionem serui, veluti si compererit eum posteà falsas rationes confecisse, aut insidias vitæ meæ struxisse, in qua actione veniet proculdubio, nõ vt mihi reddatur seruus, qui iam liber est, sed quanti mea interest te procuratoris mei denunciationi paruisse, numquam enim ex mandato nascitur condictio, vt neque ex contractu vllo nominato, qui sit bonæ fidei cuiusmodi est mandatum, cùm tamen omnes condictiones sint strictæ: distinguit quidem Iulianus, an iusta aliqua causa fuerit interpellandæ manumissionis, an nulla,

nulla, quia prohibitio manumittendi facta fuerat à meo procuratore, qui nullum in eam rem mandatum speciale à me habebat, sed generale tantùm cuius potestate non ei licebat, specialẽ voluntatem meam reuocare, nisi ex tam iusta causa, vt credi possit me si sciuissem fuisse reuocaturum. Sed si ego ipse mutata priore mea voluntate, prohibuissem tibi manumissionem, non dubitaret Iulianus quin omnimodo & indistinctè dari mihi contra te deberet actio mandati, ad id quod mea interesset, siue iustam causam prohibendi habuissem aliquam, siue nullam, cùm mandatum sit ex eorum contractuum genere qui licèt nominati sint, reuocari tamen possunt rebus omnibus integris, quoties in solius mandantis gratiam factum est, vt diximus ad initium huius legis ex §. *rectè Instit. de mandat.* adeò vt nec mandati actio sit, ob id quod factum sit, post extinctum per reuocationem mandatum, quoties id quod factum est, pro nullo & non facto haberi potest *l. si verò non remunerandi 12. §. pen. & l. si mandassem 15. infr. eod. ill. tit.* Hoc enim addendum est, vt excludam hunc casum de quo agimus, de seruo à te manumisso post meam prohibitionem: quia mandati huius reuocatio facere non potest inutilem manumissionem, quæ nihilominùs inuenitur facta à domino, quia nec reuocatio hæc dominium reddere mihi potuit, quod per traditionem serui à me abscesserat, nouàque in eam rem retrotraditione opus esset *l. hoc iure 19. § si quis dederit infr. de donat. l. ab emptione 58. supr. de pact.* In eoque differt hæc species ab illa quam tractat Paulus in *l. pater 22. infr. de manum. vindict.* de seruo, quem filiusfamilias permissu primùm patris, deinde post mutatam à patre voluntatem, manumiserit, quem Paulus ideo liberum esse negat, quòd à patre ipso manumissus videri non possit, cuius tamen verè seruus fuit non filij, denique quòd à non domino, non ex domini voluntate manumissus sit: at nos eum casum tractamus, quo tu factus per traditionem meam dominus seruum manumiseris, iam factum tuum licèt meus primùm fuerit, quod verba illa Iuliani demonstrant *insidias vitæ prioris domini struxisse* ac proinde quo nulla mihi in seruum ipsum iam liberum actio possit competere, neque contra te, alia quam mandati propter reuocationem, vt me indemnem præstes, illa scilicet ratione, quòd non debueris sciens reuocatam meam voluntatem, eum manumittere, quem tibi dederam in hoc solùm, vt eum manumitteres, cùm mandatum hoc non nisi mea gratia factum esset, cuius tum intererat tanto beneficio affici hominem, *l. seruus ea lege 7. infr. de seru. export.* quamuis per consequentias etiam tua interesset, ex post facto propter libertum, quem tibi ex ea manumissione acquisiturus eras, sed non solent attendi, quæ non fiunt nisi per consequentias *l. 1. l. quod dicitur 7. infr. de author. tutor.* Aliud ergo dicendum fuisset, in alio quolibet contractu, qui non fuisset reuocabilis, puta si seruum meum tibi vendidissem, & vt intra certum tempus manumitteretur præcepissem, & posteà mutassem voluntatem & tu nihilominùs manumisisses, vt in specie *l. quæsitum 8. eod. ti. de seru. export.* vbi cùm quæreretur an aliquam eo nomine actionem contra te haberem, respondit Papinianus actionem ex vendito per serui manumissionem, etiam mutata venditoris voluntate, factam euanuisse: nimirum quia non sicuti mandatum ad nutum & arbitrium mandantis, ita & lex venditioni dicta, voluntate venditoris immutari potuit, malè igitur nostri, vt legem illam cum hoc §. nostro concilient, respondent ibi tractari de contractu nominato, hîc verò de contractu innominato, in quo non etiam in illo sit locus pœnitentiæ, nam & hîc agitur de contractu nominato, id est, mandati vt constat ex *d. l. si hominem*, sed debuerunt dicere agi in *d. l. quæsitum* de contractu irreuocabili, in hoc autem § vt & in *d l si hominem* de contractu reuocabili, quamuis nominato. Sed an non cadit hoc genus contractus in speciem contractus innominati *do vt facias* cùm do tibi seruum meum, vt eum manumittas? Hoc enim est quod interpretes nostri intelligere non potuerunt, & quod nemo explicat. Dicendum est non esse contractum *do vt facias* sed *mando vt facias* quia quod à te faciendum est, versatur circa illam ipsam rem quam tibi dedi, & cui certam legem dixi nec tua gratia, sed mea, cùm id inter nos ageretur, vt tu ex eo contractu non locupletareris, nec aliam ob causam seruum meum acciperes, quàm vt eũ manumitteres, nemo enim locupletior fit ex eo quod libertum acquisiuerit *l. nemo prædo est 126. §. 1. de regul. iur.* Atqui contractuum innominatorum omnium natura illa est, & esse debet, vt ex implemento eius qui prior dat vel facit, locupletior fiat is qui accipit, aut qui aliquid in suam vtilitatem fieri patitur, nam nec alia ratione tenetur siue condictione, siue actione præscriptis verbis, quàm quia æquum non sit fieri eum ex aliena iactura locupletiorem: quæ vnica ratio fuit inducendarum condictionum omnium *l. si & me & Titium 32 sup de reb. credit. l. naturaliter 13. & l. seq. inf. de condict. indeb. l. rerum quidem 25. infr. rer. amot. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Cùm igitur ex eo contractu quo tibi Stichum seruum meum dedi, vt eum manumitteres, nullum tibi commodum pecuniarium accesserit, consequens est, vt contractus hic innominatus dici non possit, neque rursum alio quàm mandati nomine censeri, nec denique aliam mihi contra te actionem patere quàm mandati, non quidem illo casu quo Stichum non manumiseris, cùm fiat ipso iure liber ex constitutione Diuorum Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, vt scriptum est in hoc §. [latiùs enim accepta est illa constitutio, & protracta ad seruos quoque donatos *l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien.* & consequenter ad datos quoque ea lege vt manumittantur, ne alioqui melior sit conditio nudi mandatarij, quàm donatarij, aut deterior serui dati, quàm donati ea lege vt manumittatur, nullo etiam adiecto tempore intra quod manumitti debuerit *l. vlt. eod. tit.*] Sed illo solo casu quo manumiseris contra meam voluntatem, & post meam prohibitionem, *d. l si hominem.* His nimirum tot rationibus victus cogor dicere, totum hunc §. Triboniani esse existimantis per summam iuris imperitiam, speciem hanc pertinere ad tractatum huius *Tit. de condictione ob causam dati causa non secuta.* & similem esse præcedentibus & sequentibus, in quibus agitur de condictione competente post pœnitentiam ex contractu innominato, atque ita confundentis contractum mandati, cum contractu innominato, do vt facias, eo solo prætextu quod vterque per pœnitentiam sit reuocabilis re adhuc integra. Quanquam non adeò audax fuit, vt condictionem hoc casu dederit, quasi ex hoc contractu competentem, quomodo scripserat in *l. 3. §. sed si tibi in fin. sup.* vbi diximus, sed actionem simpliciter, nec malè, si modò intelligas de actione mandati ex *d. l. si hominem* quam tamen nemo vnquam

dixit ex contractu Do vt facias, vel ex alio vllo innominato nasci vnquam posse: neque audentior fuit Accursius qui quænam hæc actio sit dicere ausus non est, sed audacior Bartolus, & post eum cæteri, ex quibus nemo dubitat, quin de condictione ob causam dati locus hic intelligi debeat. Hoc verò est quod nos impugnamus. Sententiã enim §. retinemus, dummodò de actione mandati intelligatur ex *d. l. si hominem*. ad quam neque Bartolus, neque alius quisquam pro Bartolo, aut Triboniano respondet, iunge *l. si quis alicui* 27. §. 1. *eod. tit.* qui locus eandem ferè speciem tractat, & ex pœnitentia dat actionem mãdati non condictionẽ: Triboniani verò manũ in hoc §. produnt ferè omnia contextus verba. Illud primũ quod Vlpianus sic loquitur *si seruum quis tradiderit* pro eo quod dicere voluit & debuit *si seruum quis dederit*, vt in *d. l. si hominem & d. l. hoc iure* 19 §. *si quis de seruis de donat.* vt se trãslationem dominij significaret, quæ per dationem fit non per traditionem *d. l. non videntur data* 167. *de regul. iur. d. l. vbi autem* 75 §. *vlt. de verb. oblig.* traditio enim solius possessionis translatio est, non etiam dominij *l. 1. & 3. de act. empt* nisi per consequentias, cùm dominium & proprietas à possessione separari non possit *l. ex enoto* 11. § 1. *eod. l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin. l. procurator* 8. *C. de acquir. poss.* Porrò dominium quod in hoc seruo manumittendo habui, translatum esse à me in te omnino necesse est, vt manumittere eum possis, & verò ita Tribonianum sensisse apparet ex eo quod in hoc §. sic loquitur *competit ei qui dedit* non autem *ei qui tradidit*, sed parum fuit Triboniano *dandi & tradendi* verba confundere, & ignosco facilè, quia & Caius ita locutus est in *d. l. si quis alicui* §. 1. Deinde quod addit *vt ab eo intra certum tempus manumitteretur*, nihil enim hac parte refert an adiectum sit certum tẽpus ad manumittẽdum Stichum necne, siue manumissionem secutam proponas, siue non secutam, sed tantùm an manumissionem pœnitentia & pœnitentiæ certioratio præcesserit an non, vt constat ex *l. 1 & vlt. C. si mancip. ita fuer. alien d. l. si hominem*, licèt videatur constitutio eum casum expressim designasse, quo venditus esset seruus ea lege, vt intra certum tempus manumitteretur *l. 3. inf. qui sine manum. ad libert. peruen. l. seruum* 8. §. 1. *de iur. patron.* Sed quemadmodum ea constitutio tam fauorabilis ad seruos donatos protracta est, licèt de venditis tantùm locuta fuisset, *d. l. 1.* ita & ad illum casum in quo nullum tempus faciendæ manumissioni præstitutum esset *d. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* tempus enim tacitè inesse intelligitur statim atque præstari libertas poterit, si non præstetur, quod significant verba illa *d. l. vlt. ad libertatem quæ præstari potuit*. nec enim tam cito fieri semper manumissio potest, cùm sit necessaria præsentia domini manumittentis serui, qui manumittitur, & prætoris alteriúsve magistratus apud quem fieri possit, quique legis habeat actionem *l. 2. & 3. supr. de offic. Procons. & §. vlt. inf. hac lege.* Aliáque species est, de qua diximus in *l. 3. §. sed si tibi dedero supr. hoc tit.* Vbi distinguitur an manumissioni faciendæ certum tempus præfixum sit necne, cùm tractatur de condictione danda quasi causa non secuta, non quasi ex pœnitentia. Tertiò quòd se intricat suo more Tribonianus, cùm ita loquitur *si pœnituerit eum qui tradidit, & super hoc eum certiorauerit, & fuerit manumissus.* Vnam enim duntaxat personam designat, quasi idem sit, qui & tradidit, & certioratus fuit, & manumissus, cùm tamen de tribus diuersis personis intelligat, alia nambue persona est eius qui tradidit, alia eius qui certioratus, alia eius qui manumissus fuit, ac proinde sic debuerat loqui Tribonianus *si pœnituerit eum qui tradidit, & super hoc* [quæ tamen locutio vide quàm insolens, & tam inusitata prudentibus nostris quàm Triboniano familiaris] *eum qui accepit certiorauerit, & fuerit seruus manumissus.* Longè aliter & elegantius Iulianus noster eandem tractans speciem, nisi quòd intricatiorem propter admixtam personam procuratoris in *d. l. si hominem.* Denique quod ita loquitur *attamen actio propter pœnitentiam competit ei qui dedit.* nam cùm dictio *attamen* sit aduersatiua, nihil tamen est in præcedentibus, cui aduersetur, imò præcedentia omnia eò ferebant Tribonianum, vt hoc ipsum subiiceret, potiúsque debuerat pro *attamen* scribere *ideo* aut quid aliud simile, per quod hanc sententiam superiori consequentem esse appareret: neque rursus verum est, condictionem de qua in tota hac lege agitur, competere ei qui dedit, sed actionem mandati, vt probauimus, nec denique actionem mandati competere propter pœnitentiã, vt hæc sit causa proxima, & immediata concedendæ actionis mandati, sed propter manumissionem factam post pœnitentiam, certè quod sequitur in *vers. Planè verissimum est*, si is qui seruum accepit, vt eum manumitteret, non manumiserit, succedere cõstitutionem, faceréque liberum, si nondum pœniteat eum, qui dedit: est enim hoc casu locus constitutioni Diuorum Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, quia seruo suo legem dixit is, qui dedit eum vt manumitteretur non alieno, vt diximus ad *d. §. sed si tibi dedero.* Sed tamen hanc ipsam clausulam Triboniani quoque esse, vt paret, apparet etiam ex eo, quod ita loquitur, *si non manumisit*, quasi in præcedentibus designata esset persona eius, qui seruum manumittendum acceperat, cùm tamen præcedentia omnia verba actiua *tradiderit, pœnituerit, certiorauerit* de eo solo sint qui seruum dedit, de quo & postrema illa immediatè præcedentia *competit ei qui dedit*, de illo autem qui accepit vt manumitteret, nihil prorsus nisi per interpretationem illorum verborum impersonaliter, & passiuè conceptorum *& fuerit manumissus* pro quibus debuerat Tribonianus scribere, *& ille tamen manumiserit*, et accõmodatè posset nunc subiicere. *Planè si nõ manumisit*, ideo autem non requiritur certioratio pœnitentiæ, ad impediendam libertatem & potestatem legis ac constitutionis, vt benè hîc notant Accursius & Bartolus ex *l. 3. infr. qui sin. manum. ad libert. peruen.* quia lex semper certa est, vt ait Bartolus, & verè ex *l. cùm quidam* 30. §. *quod dicitur*, sed meliùs ex *l. ventre* 84. *de acquir hered.* de cuius sententia scripsimus *lib. 1. Coniect. cap. 10.*

2 ¶ Item si quis dederit Titio decem, vt seruum emat, & manumittat, deinde pœniteat: si quidem nondum emptus est, pœnitentia dabit condictionem, si hoc ei manifestum fecerit, ne si postea emat, damno adficiatur: si verò iam sit emptus, pœnitentia non facit iniuriam ei, qui redemit: sed pro decem, quæ accepit,

cepit, ipsum seruum, quem emit, restituet. aut si ante decessisse[a] proponatur, nihil præstabit, si modò per eum factum non est. Quòd si fugit, nec culpa eius contigit, qui redemit[b]: nihil præstabit. Planè repromittere eum oportet[c], si in potestatem suam peruenerit, restituturum.

Ad §. 2. Item si quis dederit.

Hic quoque §. Triboniani certè est, vt & cætera omnia quæ sequuntur ad finem vsque legis, in eodem enim errore versatur Tribonianus, vt putet, si dedero tibi decem, vt seruum emas, & manumittas, contractum esse innominatum do vt facias, ex quo proinde nasci possit condictio si me pœniteat, siue priusquàm emas siue postquàm emeris, & antequàm manumittas, cùm tamen hic quoque contractus non alius sit quàm mandati, & ex quo non alia quàm mandati actio nasci potest, non etiam condictio, siue pro decem agere quis velit, antequàm seruus emptus sit, siue pro seruo ipso iam empto, sed nondum manumisso, vt constat ex *l. si procuratorem* 8. *§. vltim. & l. seq. l. si mandassem* 15. *l. inter causas* 26. *§. vlt. l. si quis alicui* 27. *§.* 1. *l. qui negotia* 34. *§. vlt. & legib. seq. iunct. l. si hominem* 30. *inf. mandat.* hinc decepti omnes interpretes, quod vt Bartolus fatetur fumus in tractatu de cõtractibus innominatis, qua sola ratione mouetur ille, vt contractum hunc dicat innominatum, quamuis non dubitent, post Accursium vocare procuratorem eum qui seruum emit, nec tamen ad supradictas leges quicquam respondet, quæ dicunt esse mandatum, [vt nec procurator certè quisquam esse potest sine mandato *l.* 1. *C. de procurat. l.* 3. *§. sed si fortè iudic. sol.*] nisi quod fatetur habere contractum hunc similitudinem aliquam cum mandato, neque id tamen indistinctè, sed ita demùm, inquit, si datum sit verum precium serui, vt emeretur & manumitteretur, non etiam si pars duntaxat precij: & tamen eo casu quo habeat hic contractus omnimodam, vt loquitur, similitudinem cum mandato, vult Bartolus post Accursium posse agi condictione ob causam, & quidem quod magis est, non ad pecuniam datam in emptionem serui, sed in ipsum quoque seruum emptum ex ea pecunia necdum manumissum: quod certè defendi ex iuris ratione non potest, extra casum *l. si non sortem* 16. *§. libertus*, vbi dicemus *infrà de condict. indeb.* illud verò longè minùs admitti, quod Bartolus eo casu quo supradixit, contractum hunc non habere omnimodam similitudinem cum mãdato, putat tamen non esse dandam condictionem ob causam, ad ipsum seruum ex pœnitentia eius, qui pecuniam dedit, sed ad solam pecuniam, relicta tamen ei, qui pecuniam accepit, potestate reddendi seruum, vel pecuniam, prout elegerit, ne remaneat in damno, nam cùm ex contractu mandati nunquam detur condictio, vt diximus, an non conueniens est, vt quanto magis accedit contractus hic ad mandatum tanto minùs detur condictio ex eo, quanto autem longius recedit à contractu mandati, tanto magis condictio danda sit, quia & propius accedit ad contractum innominatum? sed quis non ignoscat libenter tot tantisque erroribus, quibus Triboniani authoritas æquè ac imperitia, & causam & authoritatem dedit? Etsi nec apud Tribonianum vlla video vestigia huius distinctionis, quam Bartolus comminiscitur, an pecunia tanta data sit ad emendum seruum, quanta necessaria fuerit ad totum precium, an quanta ad partem dũtaxat precij. Nec rursus video qua iuris ratione hęc distinctio nitatur, nam quod hoc posteriore casu ait, me pecuniam dedisse magis tui gratia, quàm mei, non tollit actionem mandati, quatenus mea interest, & pro ea parte precij, quam tu ex mea pecunia solueris, nam & mandatum perinde consistit, si mea gratia fiat & tua, atque si vel mea tantùm, vel mea & alterius, quamquam si verum amamus, hic totus contractus videtur factus mea gratia, & serui huius, quem mandaui tibi emendum, mea quidem gratia, vt seruum illum Stichum quem diligebam [de Sticho enim aut alio indiuiduo ponendus casus est, non de seruo in genere, [vt malè Tribonianus ponit] in quem nulla cadere affectio potest] tanto beneficio afficerem, vt ex mea pecunia & emi & consequi libertatem posset. gratia autem ipsius, vt beneficio meo & meæ pecuniæ libertatem consequeretur, solúmque mandatum illud excipitur, quod tua tantùm gratia fit. quia consilium magis est quàm mandatum, ideóque nec obligatorium *l.* 2. *inf mandat.* illud sanè credibile est, deceptũ Tribonianũ ex eo quod contractus hic mandati eo modo concepti qui in hoc §. ponitur, proximè accedere videatur ad contractum *do vt facias* innominatum, & ex quo nasci condictio solet, siue ex pœnitentia, siue ex eo quod causa non sit secuta *l. naturalis* 5. *§. at cùm do infr. de præscrip. verb.* itémque actio præscriptis verbis si causa secuta non sit, non tamen ex sola pœnitentia, vt ostendimus in præcedentibus, item ex eo quod in contractu mandati perinde locus est pœnitentię, atque in contractu do vt facias. *l. si verò non remunerandi* 12. *§. pen. l. si quis alicui* 27. *& d. l. si mandassem* 15. *infr. mandat.* sed non tamen ad eundem finem, hoc est, ad inducendam vllo vnquam casu condictionem, sanè si dederim tibi decem, vt Stichum tibi emas & manumittas, erit quidem mandatum, sed tua tantùm gratia factum, & per consequens, non pariet mihi actionem mandati, quia nec quicquam mea interesse videri potest: qua de causa nec condictio tanquam causa non secuta mihi danda erit, siue non emeris, siue emeris, necdum tamen manumiseris, non enim magis condictio, quàm mandati, aliáve vlla actio dari potest ei, cuius nihil interest. Tantum abest, vt mihi hoc casu licere debeat pœnitere, cùm nihil mea intersit. Videor enim pecuniam quam dedi tibi tua gratia non tantùm dedisse, sed etiam donasse *l. cùm ancillam* 6. *& seq. C. hoc tit. l. si maiores* 25. *C. de transact. l. cuius per errorem* 53. *l. donari* 82. *de regul. iur.* Sed & cùm mea interest, quia mandatum aut mea tantùm, aut mea & tua gratia factum est, an non absurdum est pœnitentiæ locum dare, à quo tempore res integra esse desiit? *d. § rectè Instit. de mandat.* Atqui nemo non videt rem non esse integram, cùm mandaui tibi, vt seruum emeres, & manumitteres, si iam emeris quamuis nondum manumiseris, iam enim seruus emptus est, quem non emisses, si non ego mandassem, in eámque rem tibi pecuniam dedissem, & tamen placet Triboniano, etiam hoc casu locum esse

pœnitentiæ, vnde Bartolus infert, etiamsi ex altera parte aliquid iam factum sit, ad implendum contractum si tamen nondum est perfectum, esse nihilominùs locum pœnitentiæ. quod certè falsum est, non minùs in contractu innominato, quàm in mandato, cùm sufficiat omni casu rem desiisse esse integram, & cœpisse interesse illius in cuius fraudem & iniuriam consilium mutatur, vt diximus ad initium huius legis, quod nec Tribonianus negat, cùm huius suæ sententiæ rationem illam adfert, quia hoc casu pœnitentia non faciat iniuriam ei, qui redemit [vbi valde impropriè *redemit* pro *emit*. Omnis enim redemptio emptio est secũda, sed non vicissim omnis emptio redẽptio] ob eámque causam velut remedij loco inducit, vt pro decẽ quę à me accepisti, seruum ipsum quem emisti mihi restituas: quod in actione quidem mandati facilè admitti potest, quia non pluris mea interest, sed in condictione non item, in quam non aliud venire solet, vt diximus, quàm quod datum est, vt verò illud etiam veniat, quod ex altera parte impletum fuit, prorsus inauditum, & absurdum est: sed & in priore casu huius §. cùm dedi tibi decem vt Stichum emas & manumittas, si antequàm emas me pœniteat, licet verum esset quod Tribonianus putat, & nos negamus dandam mihi ex pœnitentia condictionem, inepta tamen est adiectio illa *si hoc ei manifestum fecerit*, sed ineptior ratio quam subiungit *ne si posteà emat damno adficiatur*. Illa enim ratio in mandato bona est, sed vt me tibi obliget actione contraria mandati *d.l. si mandassem* 15. *inf. mandat.* non autem cùm de condictione quæritur: quo casu certioratio pœnitentiæ necessaria est, non ob eam rationem ne tu ex pœnitentia damno adficiaris, sed potiùs ne mihi pœnitentia mea sit inutilis, si tu ex parte tua priùs impleas, quàm fueris certioratus, omnes enim consentiunt etiam in contractibus innominatis, non nisi rebus omnibus integris pœnitentię locum esse posse, & postquàm ex vtraque parte impletum est, neutra ex parte actionem competere, alioqui pœnitentia semper faceret iniuriam ei, qui ex parte sua impleuisset, posterior, si ei qui prior impleuit, daretur etiam post alterius implementum condictio. Quemadmodum nec actio mandati ex pœnitentia competere mihi potest contra te, posteaquàm seruum ex mandato meo emisti, vt manumitteres, quamuis nondum manumiseris, si mòdò manumittere paratus sis, nec imputari tibi quicquam possit, cur nondum manumiseris, itaque cùm rationes dubitandi ad hunc §. multæ sint, vt constat ex superioribus, decidendi tamen ratio adferri pro Triboniano contra veram Iurisprudentiam nulla potest, sequitur apud Tribonianum,

a *Aut si ante decesserit.* RAT. DVB. Vnaquæque res perit domino, cuius enim alterius periculum esse melius, aut iustius potest, quàm domini? *l. qua fortuitis* 6. *l. pignus* 9. *C. de pignor. act. l. contractus* 23. *de regul. iur.* atqui dominium huius serui quem ponimus decessisse, antequàm fuerit manumissus, fuit emptoris qui eum sibi emit non illius qui pecuniam dedit, vt emeretur, cùm emerit eum non solùm suo nomine, quòd sufficeret, sed etiam quod magis est, ex sua pecunia *l.* 1. *& per tot. tit. C. si quis alter. vel sib.* Periculo igitur ipsius mortuum eum esse necesse est, ac proinde defuncto quoque ipse eandem durare condictionem saltem æstimationis serui, quàm viuo eo corporis ipsius dandam Tribonianus putauit *arg. l.* 3. *§. sed si tibi vers. quinimò supr. hoc tit. l. in re furtiua* 8. *infr. de condict. furt.* Præsertim cùm possit ei imputari, cur non citiùs eum vel manumiserit vel reddiderit, quamuis per eum factum non sit, vt seruus moreretur: ponimus enim fato suo aut alterius facto peremptum, non ab eo ipso qui emit occisum: quo vtique casu nemo diceret, eum suo facto liberationem sibi acquirere potuisse *l. si seruum* 91. *in princip. & §. nunc videamus infr. de verb. obligat.* DEC. Nihil imputari potest ei, qui accepta pecunia, vt Stichum emeret ac manumitteret, eum emit posteà manumissurus, si modò non fuerit in mora manumittendi. Proinde si veram iuris rationem inspicimus, non est, quòd condictionem siue Stichi siue pecuniæ aut mandati actionem vllam vereatur, siue viuo Sticho, siue mortuo, nisi pœnitentia & pœnitentiæ certioratio præcesserit emptionem *d. l. si mandassem* 15. *infr. mandat.* Et tamen dat in eum Tribonianus condictionem ex pœnitentia eius, qui pecuniam dedit, & quidem ad seruum ipsum, inuita certè, vt ostendimus, Iurisprudentia. Meritò igitur vt falsissimam & iniquissimam sententiam aliquo temperamento leniret, adiecit Tribonianus, si ante decesserit hic Stichus, quàm fuerit restitutus, nihil præstare emptorem debere, si non & ipse mortis causam præbuerit: nam emptor qui etiam viuo Sticho, neque condictione, neque mandati actione teneri debuit, multo minùs conueniri potest, post mortem Stichi suo fato defuncti: quamquam si Tribonianeam Iurisprudentiam hac parte pro vera haberemus, distinguendum esset, non tantùm an mortis causam emptor præbuisset, verùm etiam vtrum in eo restituendo, post institutam condictionem, aut saltem post certiorationem pœnitentiæ moram emptor fecisset, mora enim faceret vt defuncti quoque Stichi æstimationem præstare emptor deberet *d. l. in re furtiua d. l. si seruum* 91. *§. vlt. iunct. l. si ex legati* 23 *& seq. de verb. obl.* sequitur,

b *Quod si fugit nec culpa eius contigit qui redemit.* Hîc quoque Tribonianus valde impropriè suo more vocat redemptorem, eum quem emptorem dicere debuerat, redemptores enim longè alio sensu à prudentibus nostris dicuntur, & ab Vlpiano ipso, qui suis cæmentis alij ædificant in *l. redemptores* 39. *sup. de rei vindic.* & tum quoque cùm de contractu emptionis tractamus, redemptio secunda emptio dicitur, quasi *retro emptio*, nunquam prima, sed Triboniani inscitiam non minùs improprietate verborum quàm iuris iniquitate detegi conueniens fuit. Planè quod in hoc *vers.* scribitur, si Stichus quem ex mea pecunia emisti, fugerit, neque culpa tua id contigerit, nihil te præstare debere, bonam rationem habet, & tam apertam, vt neque monendum, id fuisse videatur, solet enim hęc distinctio adhiberi in alieni serui possessore, siue bonæ siue malæ fidei possessor fuerit, vt in *l. si bonæ fidei* 21. *supr. eod. ill. tit. de rei vindic. l. item si cùm* 14. *§. quatenus sup. quod met. caus.* At hic emptor plus quàm bonæ fidei possessor est, cùm sit factus per emptionem verè ac licitè dominus, & ex mea voluntate, licèt ex mea pecunia emerit *d. l.* 1. *& tot. tit. C. si quis alter. vel sibi.* nihil ergo est quod ei possit imputari & propter quod teneri debeat de fuga serui proprij, etiamsi minùs diligenter in eo custodiendo versatus sit, nisi ponas fugisse post litem contestatam de condictione, quam contra eum dat Tribonianus: debuit enim ab eo tempore prospicere futurum, vt ad eius restitutionem quandoque condemnaretur ex Tribonianea Iurisprudentia, & ideo maiorem in eo seruo custodiendo di-

do diligentiam præstare, secundum distinctiones positas in *d.l.si bona fidei*. Ex hoc porrò fit tanto apertiùs, quod iam monuimus malè Tribonianum quæstionem hanc concipere de seruo emendo in genere, cùm debuerit concipi de Sticho, aut Pamphilo in specie, non solùm quod in seruum genericè sumptum, nulla possit cadere adfectio, propter quam manumitti eum quis desideret, vt diximus, sed etiam quia si actum esset de homine in genere emendo, posset imputari emptori, cur fugitiuum emisset, & ideo adhibenda esset alia distinctio, an fugitiuum sciens emisset, an ignorans, & rursum an aliquam haberet actionem, eo nomine contra venditorem, an nullam, vt eo casu quo haberet, saltem cedere ac præstare illam cogeretur ex *reg. l. quod debetur 51 in fin. infr. de pecul. l. in creditore 38. in fin. de euict.* quorum omnium nihil dici potest, cùm actum fuit de Sticho aut Pamphilo emendo, sibi namque imputet is qui pecuniam dedit, vt hic vel ille emeretur, nec priùs diligentior fuit in inquirendo qualis ille esset. Sequitur,

c *Planè repromittere eum oportet.* RAT. DVB. Non est onerandus repromissione is, qui nulla actione conueniri potest, alioqui superuacua esset cautio, qua tamen onerari nemo debet *l. hæc stipulatio 15. §. 1. infr. vt legat. seruand. cauſ. caueat.* Non solùm si satisdatio petatur, cùm non tam facile sit inuenire fideiussorem *l. 2. §. sed si dubitetur supr. de iudic.* sed etiamsi nuda cautio quæ repromissione contenta esse solet, quæque sola in dubio cautionis nomine significatur *l. 4. C. de verb. signific. l. pacta conuenta 72. infrà de verb. signific. l. si dictum 56. de euict.* Est enim etiam onus aliquod nudæ repromissionis *l. 3. in princip. supr.* Vnde est, quòd si sine dolo malo rem penes te depositam amiseris, non solùm depositi non teneris, sed neque cauere & repromittere debes, si deprehenderis eam reddi, quamuis si ad te iterum peruenerit, depositi tenearis *l. si sine 20. inf. depos.* Quanto minùs igitur repromissione onerandus est hic, de quo agimus, eius serui nomine cuius dominus est, si nec depositarius tenetur repromittere pro re deposita, quæ est aliena? DEC. Dato vno absurdo & inconuenienti, multa sequi necesse est. Postquàm igitur Triboniano placuit ita ius constituere, vt is cui pecunia data est, ad seruum emendum, & manumittendum, teneatur condictione ob pœnitentiam eius qui dedit, etiamsi pœnitentiam emptio serui præcesserit, illud etiam eodem errore fieri necesse est, quomodo Paulus loquitur in *l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* vt si seruus hic fugerit, ideóque nec restitui per condictionem possit, saltem repromissione oneretur emptor, qui à restituendi necessitate liberatur. Depositarij alia ratio est, de quo in *d. l. si sine*, non quia durius adstringêdus sit procurator, de quo hîc agitur, cùm etiam de leuissima culpa teneatur *l. à procuratore 13. C. mandat.* quàm depositarius qui non tenetur, nisi de dolo, & lata culpa si non aliud conuenerit *l. 1. C. depos. d. l. contractus de regul. iur.* [ponimus enim nullam emptoris culpam in serui fuga interuenisse, ne quidem leuissimam, nisi fortè imputare pro culpa quis velit aduersarij pœnitentiam voluntariam, quod esset ridiculum] sed quia depositarius de solo tenetur dolo, & lata culpa, vt diximus, hic verò emptor ex Triboniane a Iurisprudentia ob solam dantis pœnitentiam tenetur condictione, tametsi nulla penitus culpa eius interuenerit in mandato implendo. Ergo & quamuis citra vllam ipsius culpam seruus fugerit, repromissione tamen eum onerari æquum est, de eo seruo si in potestatem suam quandoque peruenerit, restituendo, vt repromissio illa interim sit pro ea restitutione, quæ vi condictionis facienda esset si seruus non fugisset: malè verò Bartolus Accursium reprehendit, in eo quòd emptorem hunc vocat procuratorem, eius qui dedit pecuniam ad emendum seruum, quasi nullum hîc sit mandatum, quod nos esse probauimus; nec tamen valde recedit à responsione Accursij, cùm ait, emptorem hunc, licèt verè procurator non sit, esse tamen procuratori similem, quia & contractus hic, quamuis sit innominatus, mandato tamen simillimus est: facetè procul dubio, & suauiter. Quid enim potest similius esse mandato, quàm mandatum ipsum? Si tamen simile dici potest, quod idem est, malè denique & Accursius & Bart. respondent ad *d. l. 3. in princip. supr.* non esse ibi locum repromissioni, quòd habeat exceptionem, qua satis tutus sit, nam longè alia vtriusque loci ratio est, quam ibi exposuimus.

3 ¶ Sed si acceperit pecuniam, vt seruum manumittat, isque fugerit priùs, quàm manumittatur: videndum, an condici possit, quod accepit. & si quidem distracturus erat hunc seruum & propter hoc non distraxit, quod acceperat, vt manumittat: non oportet ei condici. planè cauebit, vt, si in potestatem suam peruenerit seruus, restituat id, quod accepit, & eò minùs, quò vilior seruus factus est propter fugam. Planè si adhuc eum manumitti velit is, qui dedit: ille verò manumittere nolit propter fugam offensus: totum, quod accepit, restituere eum oportet. Sed si eligat is, qui decem dedit, ipsum seruum consequi necesse est, aut ipsum ei dari: aut, quod dedit, restitui. Quòd si distracturus non erat eum, oportet id, quod accepit, restitui, nisi fortè diligentiùs eum habiturus esset: si non accepisset, vt manumitteret, tunc enim non est æquum, eum & seruo, & toto pretio carere.

Ad §. 3. Sed si acceperit.

Pergit Tribonianus in suis persequendis distinctionibus, ex eodem errore profluentibus quo ille in superioribus credidit, esse contractum innominatum, do vt facias, si dem tibi seruum meum, vt illum manumittas, vt in *§. si seruum*, aut decem, vt Sti-

chum emas, & manumittas, aut pecuniam vt seruum tuum manumittas. Et hic casus est quem Tribonianus tractat ab his verbis vsque ad finem huius legis, ita vt vltimus §. mihi hinc videatur esse inchoandus. Quærit ergo Tribonianus, si acceperit quis pecuniam, vt seruum proprium manumittat, isque seruus fugerit, priusquàm manumittatur, an condici possit, data pecunia, & distinguit, quomodo aliàs distingui solet, cùm quæritur an debitor, aut possessor rei alienæ naturali interitu rei post moram contingente liberetur, *l. item si verberatum* 15. *§. vlt. & l. seq.* vbi diximus *supr. de rei vindic. l. cùm res* 47. *§. vlt. in fr. de legat.* 1. *l. si plures* 14. *§. vlt. inf. deposit.* an tu distracturus eum seruum fueras, nisi pecuniam ad manumittendum eum accepisses, an verò non fueris distracturus? Priore casu ait, non esse locum condictioni, sed sufficere ei qui pecuniam dedit, vt ei caueatur à domino serui, nuda scilicet repromissione de restituenda ea pecunia, si seruus in potestatem suam peruenerit, deducto tamen ex summa, pro qua cauendum est, eo quo vilior seruus factus est, propter fugam, posteriore verò casu vult restitui debere pecuniam, quæ data est, nisi fortè, inquit, diligentius eum habiturus esset, si non accepisset, vt manumitteret, quia tunc non sit æquum, & seruo & toto precio eum carere. Rursum in priore distinctionis casu subdistinguit, an is qui pecuniam dedit, adhuc manumitti seruum velit: dominus autem serui nolit propter fugam offensus, an verò malit is qui decem dedit, seruum ipsum consequi: priore casu placet Triboniano, serui dominum id totum quod accepit restituere per condictionem debere: posteriore autem vel seruum ipsum, vel quòd pro eo manumittendo accepit, æquè per condictionem reddere. Hic enim totius huius §. sensus est vsque ad verba illa *sed vbi accepit* à quibus nostri vulgo inchoant *§. vlt. huius legis*, tametsi eundem tractatum prosequatur de hoc ipso seruo pro quo manumittendo pecunia data est, nisi quod ponit, decessisse ante manumissionem seruum hūc, quem priùs posuerat fugisse. Apparet igitur ex tot distinctionibus & subdistinctionibus, soli Triboniano, & post eum Bartolo, at non etiam Vlpiano familiaribus tractare Tribonianum de condictione danda, ex hoc contractu quasi innominato, do vt facias, cùm tamen videatur esse mandatum, perinde atque in superioribus casibus, & in hoc solùm differens, quòd factum est de seruo iam tuo manumittendo, mea igitur gratia, & tua, & aliena: mea quidem, quoniam hominem beneficio adfici interest hominis *l. si seruum* 7. *inf. de seru. export.* augeri verò numerum hominum liberorum, interest etiam reipublicæ: tua verò vt decem habeas, & retineas, quæ tibi dedi, vt seruum hunc tuum manumitteres: aliena denique, id est, Stichi serui tui manumittendi gratia, vt ex manumissione consequi libertatem possit. Ex quibus causis constat mandati obligationem rectè consistere, & ex ea proinde mandati actionem nasci posse, condictionem non posse, sed cùm mandatum debeat esse gratuitū *l. 1 §. vlt. mand.* ne alioqui degeneret in locationem, vt ibidem scriptum est in proposito, cùm data sit pecunia, non potest esse mandatum *eod.* vel emptio si data sit pro precio, veluti si seruus fuerit venalis, vt in hoc *§. seq.* Vel contractus innominatus si non sit venalis *l. naturalis* 5. *§. at cùm do infr. de prescr. verb. iunct. l. 1. C. de rer. permut.* De actione igitur venditi quoque tractare & quærere Tribonianus debuit, cùm tractet etiam de seruo venali non de condictione sola, sed neque vlla causa dubitandi suberat, an esset danda actio aliqua contra eum qui accepit pecuniam, vt seruum suum manumitteret, cùm seruus sine culpa domini prius aufugisset. Quid enim est hoc casu, quod possis domino imputare, & propter quod distingui oporteat, an dominus eum distracturus fuerit, necne, imò potiùs an aliqua eius culpa intercesserit in fuga serui, an nulla, & an in manumittendo seruo moram fecerit an non? Quamquam nec credibile est, euenire facilè posse, vt seruus fugiat, qui iamiam manumittendus est, nec proinde, vt custodiri tam diligēter debeat, ne fugam struat? Sed mos hic est Triboniani, vt per huiusmodi distinctiones & subdistinctiones in perquirendis multis casibus suam ostentet diligentiam, ne quid prætermisisse videatur, & tamen casum aliquem semper prætermittat, quod & hîc ab eo factum est: prætermittit enim duas illas distinctiones, quæ maximè erant necessariæ, an domini culpa seruus fugerit, an non, quam adhibuerat in casu præcedente, & an manumissioni mora aliqua facta sit ante fugam necne, quæ adhibetur in *§ seq.* vbi agitur de seruo, qui manumitti debuerat ante manumissionem defuncto, non enim maior causa fuit has adhibendi distinctiones in aliis casibus, quàm in huius §. quęstione. Deinde quam, obsecro, rationem habere potest illa distinctio, an distracturus fueras seruum hunc, an non distracturus, pro quo manumittendo pecuniam accepisti, cùm accipiendo pecuniam, vt manumitteres, distrahendi facultatem tibi præripueris, & distrahendi consilium, si quod antè habebas, abieceris? Est enim quod tibi imputes etiamsi distracturus alioquin fueras, cur malueris pecuniam accipere, vt eum manumitteres, nam hoc modo & quasi eius pecuniæ precio distrahere illum voluisti, & hanc distrahendi speciem eligere maluisti, vt in *l. si is qui* 4. *C. si mancip. ita fuer. alien.* Denique hoc saltem videris maluisse, vt in *l si patre cogente* 22. *in fin. de rit. nupt. infr.* at distinctio illa erat omnino necessaria, an dominus moram manumissioni fecisset, an non, quia post moram periculum omne pertinet ad morosum, *d. l. si ex legati* 23. *cum l. seq. l. si seruum* 91. *§. sequitur & §. vlt. infr. de verbor. oblig.* adeóque quod magis est, succedit hoc casu potestas constitutionis, quæ seruum hunc facit ipso iure liberum, ex quo tempore præstari libertas potuit, nec præstita est *d. l. si is qui & l. vlt. C. eod. & §. si seruum*, vbi diximus *supr. hac lege.* Vt proinde seruo hoc facto libero priusquàm fugeret, nullus his distinctionibus locus reliquus esse possit, multo minus cōdictioni, siue serui siue pecuniæ: maximè cùm seruus venalis fuit, vt in prima parte distinctionis *l. naturalis* 5. *§. 1. de præsc. verb. iunct. l. 1. C. de rer. permut.* Quid enim refert quod ad subtrahendum dominium serui pertinet, vt loquitur *l. inter omnes* 46. *infr. de furt.* an seruus manumittatur, an distrahatur, an denique moriatur? Nam si venalis non fuit, non potest certè locus esse constitutioni, cùm is qui pro seruo manumittendo pecuniam dedit, non dixerit legem seruo suo sed alieno, vt dixi ad *l. 5. § sed si tibi dedero & ad l. 5. §. 1. supr.* Rursus nec illud defendi potest, quod Triboniano placet in *versic. Planè cauebit*, cùm seruus fugit, cauere dominum debere, vt si in potestatem suam quandoque seruus peruenerit, restituat id quod accepit, nec tamen totum, sed eo minus quo vilior seruus propter fugam factus est. Cur non enim cauet, potius nuda scilicet repromissione de eo manumittendo,

tendo, cùm in potestatem suam peruenerit: quandoquidem ad hoc ipsum accepit pecuniam, vt seruum manumitteret, non vt pecuniam redderet. Aut si hoc ita esse volumus, quasi in eius arbitrio & potestate manere debeat, an seruum manumittere velit, an non, quasi propter fugam offensus, vt Tribonianus loquitur in *versicul. seq.* Quidni ergo cauere eum cogimus de toto eo quod accepit restituendo? Nempe si admittere illud volumus quod idem Tribonianus subiicit in *versicul. sequent. Planè si adhuc*, si reuersum à fuga seruum adhuc manumitti velit is, qui pecuniam dedit, Dominus verò nolit manumittere propter fugam offensus, totum quod accepit restituere eum oportere. An non enim satis voluntatem suam declarat dominus quòd nolit hunc seruum manumittere, nec si in potestatem suam reuerteretur, cùm non vult cauere nisi de restituendo id, quod accepit, nec id quoque totum, sed eominùs quo vilior seruus factus sit, quem Accursius noster dubium euentum malè interpretatur ex *l. item Labeo 12. & seq. suprà famil. erciscund.* Nullus enim dubius euentus hîc æstimandus est, sed quanto vilior reuera seruus factus est propter fugam, quia nec in dubio quicquam positum est, nisi an seruus sit reuersurus. Sed neque hoc verum esse potest, quod scriptum est in *dict. versicul. Planè si adhuc* debere dominum id totum, quod accepit, restituere, si nolit seruum manumittere, propter fugam offensus, quasi debeat sibi imputare, cur non potiùs manumittat. Nam præter id quod hoc casu seruus, si venalis fuit, è vestigio rapitur ipso iure in libertatem, sola constitutionis potestate, vt diximus ex *dict. l. si is qui 4. & dict. l. vltim. Codic. si mancip. ita fuer. alien. & dict. §. si seruum suprà hac lege.* manente scilicet eâdem illius qui pecuniam dedit, voluntate, vt præsupponimus, *l. 1. & dict. l. vltim. Cod. si mancip. ita fuer. alien.* Nulla ratio est, vt augeatur obligatio domini, ob id solum quod nolit nunc manumittere, offensus propter fugam, cùm negari non possit, quin ea sit iustissima causa offensionis, & ab initio non ad aliud fuerit obligatus, quàm vt caueret & repromitteret de parte duntaxat pecuniæ restituenda: detracto scilicet quanto vilior seruus propter fugam esse cœperit, quem si ante fugam, vt destinauerat, vendidisset, viliorem nunc non haberet. Illud autem multo minus ferri potest, quod subiicitur in *versicul. sed si eligat.* si eligat is qui decem dedit, ipsum seruum consequi, necesse esse, aut ipsum ei dari, aut quod dedit, restitui. Quænam enim obsecro adferri ratio potest, ob quam sit æquum, electionem hanc dari ei, qui decem dedit, vt ipsum seruum consequatur, cùm non seruum ipse dederit, vt in *d. §. si seruum* sed decem? Quanam verò actione seruum ipsum consequi poterit? Non alia vtique, si Tribonianum consulis, quàm condictione ob causam dati causa non secuta, quam solam dat Tribonianus, ex hoc contractu tanquam innominato: atque ita miser Accursius [quis enim eius non misereatur, quem Tribonianus, sub Vlpiani nomine, tam imprudenter decipiat?] interpretari hunc locum cogitur, vt electio hæc fiat per condictionem ob causam dati, causa non secuta: quasi hæc condictio non solùm pro re data proponatur, inquit, vt repetatur, sed etiam, vt promissa præstentur, vt in *§. item si quis dederit suprà & l. 3. §. sed si tibi dedero.* Quod tamen falsissimum est, & à Bartolo quoque meritò reprehensum, non ob id solùm, quòd in eam rem comparata sit actio præscriptis verbis, ad consequendum id quod interest quasi manca condictionis potestate, cùm nihil aliud sit condictio, quàm dati repetitio, hæc præsertim, quæ ideò specialiori nomine condictio ob causam dati appellatur, sed alia etiam, eáque optima, nec insubtili ratione, quòd actio hæc sit ex earum numero, quæ extra id quod agitur, tacito quodam iure nascuntur, vt Pomponius loquitur in *l. is qui 13. infrà Commod.* & quàm proinde absurdum esset, dari ad implendum id quod agitur, & quod fieri debet multo magis si quis dicat dari eam debere ad id, quod nullomodo promissum videri potest, id est, ad seruum ipsum restituendum, quem non restituere, sed manumittere ex contractu dominus debuerit. Aliud enim est, manumittere debere, aliud non manumissum restituere, aliud denique ob non factam manumissionem quanti actoris interest, præstare. Condictio nihil horum trium persequitur, actio præscriptis verbis nihil nisi vltimum, nunquam primum neque secundum. Quid enim esset absurdius, quàm dicere condictionem, quæ nunquam datur ad implendum etiam id quod conuenit, dari ad implendum id quoque quod non conuenerit? Sed non melius idem Bartolus hunc locum interpretatur, vult enim sic intelligendum esse, vt condictio quidem detur ei, qui pecuniam dedit, sed ad repetendam ipsam pecuniam directò, non etiam ad consequendum seruum, nisi officio iudicis, & ita demum, si restituere pecuniam nolit, apertè contra Triboniani verba, quæ dant electionem ei, qui pecuniam dedit, vt seruum ipsum possit consequi, si id malit, quàm pecuniam repetere, cùm tamen Bartolus sua ista interpretatione det electionem hanc ei, qui pecuniam accepit, sicut & tribuit officio iudicis quod ex Triboniani iurisprudentia acceptum ferendum est potestati actionis & condictionis, vt taceam, quod iam aliàs sæpius monui in actionibus stricti iuris, quales sunt omnes condictiones, officio iudicis locum esse non posse, cùm in illis adstrictus sit iudex pedaneus formulæ tanquam glebæ, sed tantùm in actionibus bonæ fidei & arbitrariis: quamquam & Tribonianus ipse videtur mihi in hoc secū pugnare. Nam posteaquam scripsit, *sed si eligat is, qui decem dedit, ipsum seruum consequi* scilicet quòd eum malit sibi præstari, quàm manumitti, & quàm decem sibi restitui, statim subiicit *necesse est aut ipsum ei dari, aut quod dedit restitui.* Quibus verbis cùm eum qui pecuniam accepit, constituat debitorem alternatiuum, aut dandi serui, aut restituendæ pecuniæ, hoc ipso dat ei electionem, quam priùs dederat actori, cùm ex regula iuris & ciuilis & pontificij in alternatiuis electio sit debitoris *l. plerunque 11. §. vltim. infrà de iur. dot.* atque ita fiet, vt vterque electionem habeat, & neuter: quòd manifestam implicat contradictionem: posterior autem pars primæ distinctionis, quam Tribonianus concipit his verbis, *Quòd si distracturus non erat, eum oportet id quod accepit, restitui*, scilicet totum, nullam quoque rationem habet: quam-

uis enim is qui pecuniam accepit, vt seruum manumitteret distracturus eum non fuerit, an ideo statim consequens est, vt pecuniam reddere omnimodo debeat, etiamsi nihil ei possit imputari, cùm ponamus citra vllam ipsius culpam seruum fugisse? Sed exceptio, quæ statim sequitur, *nisi fortè diligentius eum habiturus esset, si non accepisset, vt manumitteret: tunc enim non est æquum eum & seruo & toto precio carere*, longè ineptior est: primum, quia nec sciri, nec probari hoc vllomodo potest, an fuerit dominus hunc seruum diligentius habiturus, si pecuniam non accepisset, an verò negligentius nihilque nisi inextricabilem facti quæstionē & litis materiā, distinctio hęc præbere potest. Deinde quia etiāsi ex facto cōstaret, fuisse dominum, tanto diligentius habiturum seruum hunc si pecuniam non accepisset ad eum manumittendum, tanto maior tamen ratio est, vt ad pecuniæ restitutionem condemnari debeat, cùm negligentia quæ in rebus propriis culpanda est, in alienis sit coercenda *l. si constante 24. §. si maritus inf. solut. matr.* nec enim salua fide, & sine dolo, potest quis minorem alienis rebus, aut negotiis, quàm suis diligentiam præstare *l. quod Nerua 32. in fi. depos.* Quāuis conetur Accursius respondere, non esse verisimile, vt fugere velit seruus, qui speret libertatem, ideóque nec solere dominum eos seruos quos vltrò manumittere cogitet, diligentius custodire. Dicimus enim licere vnicuique in suis quidem rebus versari negligentius, sed in alienis non licere *d. §. si maritus.* Sequitur vltimus §. æquè Tribonianeus, quem nostri vulgo inchoant ab his verbis, quæ tamen nos mallemus vnico contextu legi:

4 ¶ Sed vbi accepit, vt manumitteret, deinde seruus decessit: si quidem moram fecit manumissioni, consequens est, vt dicamus eum refundere, quod accepit. Quòd si moram non fecit, sed cùm profectus esset ad præsidem, vel apud quem manumittere posset, seruus in itinere decessit, veriùs est, si quidem distracturus erat, vel quo ipse vsurus, oportere dici, nihil eum refundere debere: enimuerò si nihil eorum facturus erat, ipsi adhuc seruum obiisse: decederet enim, & si non accepisset, vt manumitteret: nisi fortè profectio manumissionis gratia mortis causam præbuit: vt vel à latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periisset, nisi manumissionis causa proficisceretur.

Ad § vlt. Sed vbi accepit.

Noua in hoc §. sed tamen circa eandem facti speciem quæstio proponitur de eo qui pecuniam accepit, vt seruum proprium manumitteret, qui tamen decesserit ante manumissionem, an condictione ista teneatur, respondet verò Tribonianus ad quæstionem adhibitis, vt fecit hucusque suis distinctionibus, sed tamen nouis: ait autem distinguendum primò esse, an dominus qui proprium seruum, ex hoc contractu manumittere debuit, moram fecerit manumissioni necne, priore casu, inquit, consequens est, vt dicamus refundere eum debere, quod accepit: posteriore verò, si moram non fecerit, subdistinguit, an distracturus fuerat seruum dominus, vel eo ipse vsurus, an nihil eorum facturus. Priore casu concludit, oportere dici nihil refundere illum debere: refundere enim dicit eleganter, si diis placet, pro *reddere & restituere*, vt & paulo antè. Posteriore autem si nihil eorum facturus fuit, adhuc ipsi domino seruum obiisse, id est, ipsius periculo, vt per condictionem reddere pecuniam teneatur. *Decederet enim*, id est, decessisset, vt loquitur, & meliùs Accursius *etsi non accepisset vt manumitteret*, sed ad hanc posteriorem subdistinctionis partem rursus addit exceptionem, nisi fortè profectio manumissionis gratia mortis causam præbuerit, vt vel à latronibus interfectus sit, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periisset nisi manumissionis causa proficisceretur, id est, profectus fuisset. Hîc verò quis non miretur mecum, constantem hanc Triboniani nostri, & inelegantiam & inscitiam, siue contextum verborum, qui totus insulsus & malè concinnatus est, siue iuris rationem ipsam intueamur: nam & cùm mora facta est manumissioni, licèt æquum sit teneri eum qui moram fecit, vt morte serui post eam moram contingente non liberetur, *l. 4. suprà qui satisd. cogant. dict. l. si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur & §. vltim. de verborum obligationibus*, non tamen condictione illum teneri æquum est, vt reddat quod accepit, cùm non sit hic contractus innominatus si seruus fuit venalis, sed actione vtili venditi, vt præstet quanti interest actoris quasi sit hic contractus venditionis aut saltem ad exemplum venditionis *dict. l. 1. Cod. de rer. permut.* in quo continebitur quicquid ei abest, propter contractum, & consequenter pecunia ipsa quam dedit *l. si commissa 13. Rat. rem haber. l. 1. de act. empt. l. in interdicto 6. Vnde vi.* nisi hoc quoque casu potestatem constitutionis inducamus, ad faciendum seruum hunc ipso iure liberum, saltem si venalis fuerit, vt suprà diximus ex *l. 4. & vltim. Cod. si mancip. ita fuer. alien.* [nam si venalis non fuit, aliud est, nec potest videri pecunia data pro precio *l. vltim. infrà hoc tit. l. 3. §. sed si tibi dedero suprà l. 1. Cod. de rer. permut.*] Quo casu nec de eo quod interest, siue per actionem venditi siue per actionem præscriptis verbis, quicquam quærendum est, cùm potestate constitutionis conuentio effectum suum habuerit *dict. l. vltim. & penult. Codic. si mancip. ita fuer. alienand.* quòd si moram in manumittendo seruo dominus non fecerit, indistinctè dicendum est, condictionem hanc

hanc cessare ob causam dati causa non secuta, secundùm Proculi sententiam ab Vlpiano nostro relatam & probatam in *d.l.5.* §. *sed si tibi dedero, versic. sed si Stichus decesserit sup.* præsertim si ponas, quod Tribonianus ponit, profectum iam dominum ad Præsidem, vel alium apud quem manumittere posset, & seruum in itinere decessisse. Quam enim maiorem diligentiam præstare dominus poterat, vt manumitteret? Et cur hoc casu requiramus, præterea vt dominus fuerit eum seruum distracturus? Quamuis Accursius putet locum illum iuxta distinctiones, quæ in hoc §. ponuntur intelligi debere, quod nos ibi iam refutauimus: illud tamen multo minus probare possumus, quod Bartolus putat intelligendas esse has distinctiones de eo casu, quo eum qui pecuniam dedit pœniteat, dedisse, velitque ille ex sua pœnitentia habere condictionem. Nam præterquam quod Tribonianus in tota hac quæstione, quam inchoauit ab illis verbis *sed si acceperit* nullam pœnitentię mentionem facit. An non sera nimis est pœnitentia, postquàm seruus decessit, qui manumitti debuit? Aut si ponas non modò pœnitentiam, sed etiam pœnitentiæ certiorationem præcessisse, quid attinet tot istas distinctiones, & subdistinctiones comminisci, ad dandam ei actionem qui dederat pecuniam ad seruũ manumittendũ? nisi addas seruum hunc fuisse venalem? Quo casu nec tractandum est de pœnitentia, cùm sit contractus nominatus, multo minus de condictione cùm ex contractu nominato non possit vllo casu dari condictio, nisi integra sint omnia. §. *rectè Inst. de mandat. l. si mandassem 15. l. si hominem 30. inf eod. ill. tit.* nec magis ex pœnitentia, quàm quasi causa non secuta, quam tamen dat Tribonianus in toto hoc §. perinde atque in superiore etiam cùm seruus venalis fuit, nisi in certis casibus quos excipit, nec tam vt condictionem tamen excludat, cuius vt video eximius ne dicam perditus amator est, quàm vt dominum, cuius seruus decessit ab omni actione liberet. Nec potest sibi temperare Accursius, quin longiores istas distinctionum ambages miretur, & reprehendat, cùm ait, breuius potuisse dici, totam quæstionem hanc eò recidere, vt si tibi dem pecuniam, vt seruum tuum manumittas, & is mora interueniente, vel fugerit vel decesserit, non retineas pecuniam, sed si ante moram vel fugerit vel decesserit, vel quocunque casu videri potest, per me factum esse [sic enim absque negatione legendum est apud Accursium] vt neque seruum habeas neque serui precium, tu eo casu pecuniam retineas. Ex qua distinctione intelligimus Accursium existimasse, parum referre, an seruus fugerit an decesserit, eandémque distinctionem ex iuris ratione vtrique casui accommodari posse & debere. Quod & mihi videtur, neque improbabilem esse hanc Accursij sententiam, nisi quod cum Triboniano putat, eo casu quo pecuniam reddere debeas, tum quoque cùm seruus venalis fuit, condictione te teneri, cùm debuerit dicere teneri te actione venditi in id quod interest, aut vtili saltem actione ex empto *dict. l. 1. C. de rer. permut.* quemadmodum tenereris mandati, si pecunia non interuenisset, vt in *l. si quis alicui 27. §. 1. l. si hominem 30. infr. mandat.* Facilè enim mandatum quoties gratuitum non est, degenerat in emptionem & venditionem, cùm pecunia veluti pro precio interuenit, sicut & in locationem & conductionem si merces interuenerit *l. 1. §. vlt. infr. mandat.* sed si pecunia neque pro precio serui manumittendi, neque pro opera manumissionis [nec enim manumissionis opera talis res est quæ locari soleat] sed in vicem serui manumittendi data sit, non potest is contractus alio iure censeri, quàm contractus innominati, *do vt facias*, ex quo proinde & condictio ad repetendum id quod datum est, & præscriptis verbis actio, ad id quod interest dari potest *dict. l. naturalis § at cùm do infr. de præscrip. verb.* Ex his apparet, quàm verum sit, quod volumus totam ferè hanc legem Triboniani esse potius, quàm Vlpiani, deleríque eam vna litura non explicari debuisse, nisi quicquid sub prudentum nominibus in Pandectis scriptum est, pro totidem Iustinianeis legibus, ex ipsa Iustiniani constitutione accipi oporteret. Valeat igitur hæc lex, & vim legis habeat tanquam Triboniani, at non certè tanquam Vlpiani, si me iu icem ferre quis velit.

6. IDEM libro 3. Disputationum.

SI extraneus pro muliere dotem dedisset, & pactus esset, vt quoquo modo finitum esset matrimoninm, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiæ secutæ; quia de his casibus solummodò fuit conuentum, qui matrimonium sequuntur: nuptiæ autem sequutæ non sunt: quærendum erit, vtrùm mulieri condictio, an ei, qui dotem dedit, competat. Et verisimile est, in hunc quoque casum, eum, qui dat, sibi prospicere: nam quasi causa non secuta, habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato: nisi fortè euidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum ideo fecisse, vt ipsi magis mulieri, quàm sibi prospiceret. Sed & si pater pro filia det, & ita conuenit: nisi euidenter aliud actum sit: condictionem patri competere, Marcellus ait.

Ad l. Si extraneus 6.

RAT. DVB. Inclusio vnius, vt dici solet, exclusio est alterius *l. cùm Prætor 12. supr. de iudic. l. ex eo 18. infr. de testib.* & prouisio facta in vnum casum non debet porrigi ad alium, præsertim contrarium, & omnino diuersum *l. commodissimè 10. de liber. & posthum.* Extensio enim quælibet odiosa est, præsertim in

ſtipulationibus cæteriſque contractibus *l. quicquid adſtringendæ 99. de verb. oblig* quia imputare ſibi debet is, qui contraxit, cur non dixerit legem apertiùs *l. veteribus 39. ſup. de pact. l. Labeo 21. infr. de contr. emp.* ideóque contra eum fieri debet interpretatio, ſi quid ambigui ſit vel obſcuri, vt probatur ex dictis legibus & ex *l. ſi ita ſtipulatus 126 §. Chryſogonus infr. de verb oblig.* Quamuis in vltimis voluntatibus extenſio fiat, plerumque ex identitate, vt loquuntur, & maioritate rationis, de caſu ad caſum, licèt non tam facilè de perſona ad perſonam *l. Gallus 29. § & quid ſi tantùm infr. de liber. & poſthum.* quia defunctorum voluntates plenìus interpretamur *l. in teſtamentis 12. de regul. iur.* Atqui ponimus extraneum, qui mulierem in poteſtate non habeat [ſic enim diffinit Iuſtinianus in *l. vnic. §. extraneum Cod. de rei vxor. act.*] cùm pro ea dotem daret, pactum eſſe, vt quoquomodo finitum eſſet matrimonium, dos ei redderetur, ſiue per ſtipulationem ea de re interpoſitam, ſiue per pactum incontinenti appoſitum in ipſa dotis conſtitutione, & traditione *l. quoties 29. infr. ſolut. matrim. l. auia 6. Cod de iur. dot.* atque ita ſolummodò fuiſſe conuentum de caſibus, qui matrimonium ſequuntur. Ergo ſi nuptiæ ſecutæ non ſint, videtur conueniſſe, vt dos non redderetur, quaſi per argumentum à contrario ſenſu, vt in *l. ſi inter 26. §. cùm inter infr. de pact. dotal.* non enim poteſt videri finitum matrimonium, quod nec initium accepit *l. Titio vſusfructus 96. de condict. & demonſtr. l. non poteſt videri 208. de regul. iur.* ac proinde dici non poteſt eum qui dotem ſub hoc pacto dedit, in hunc quoque caſum qui euenit, & qui nullomodo pacto comprehenſus eſt, proſpicere ſibi voluiſſe. Exemplo eius, qui cùm dotem pro muliere daret, pepigit in alterutrum duntaxat caſum, vel mortis, vel diuortij, nam in alium caſum, in quem non pepigit, dicimus mulieri eſſe actionem *l. ſi cùm dotem 22. in princip. infr. ſolut. matrim.* DEC. Semper in ſtipulationibus, cæteriſque contractibus ſequimur id, quod actum eſt *l. ſemper 34. de regul. iur.* id autem in qualibet dotis datione, & conſtitutione actum tacitè intelligitur, vt ita demum valeat, & teneat, ſi nuptiæ ſequantur, habet enim hanc perpetuam, & neceſſariam condicionem *l. ſtipulationem 21. & ſeqq. infr. de iur. dot.* quia nec dos eſſe poteſt ſine matrimonio, cuius oneribus deſeruiat *l. 3. eod. tit.* quamuis poſſit matrimonium eſſe ſine dote. Idque eſt quod ait Paulus in *l. promittendo 41. eod.* magis rem, quàm verba intuenda eſſe: ergo ſi nuptiæ non ſint ſecutæ, reddi dos debet, non mulieri cui neque dos, neque dotis actio fuit vnquam acquiſita, ſed ipſi extraneo, qui dedit, quaſi nec dederit, nec tradiderit, niſi ſub illa condicione, ſi nuptiæ ſequerentur. Nam & dominium & poſſeſſio transferri poteſt ſub condicione, & interim eſſe in pendenti *l. ſi ego 9. in princip & §. ſi res eod. l. qui abſenti 38. §. 1. de acquir. poſſ. l. de hereditate 19. §. pater infr. de caſtrenſ. pecul.* reddetur autem dos hæc per condictionem, de qua in hoc Tit. agitur, ob cauſam dati cauſa non ſecuta, cùm data ſit ob matrimonium, quod tamen ſecutum non fuit, nec tamen quaſi in hunc quoque caſum, ſiue paciſcendo ſiue ſtipulando ſibi proſpexerit, vt poſſit etiam ex ſtipulatione, ſi malit, dotem hanc repetere, & condictione certi ex ſtipulatione *l ſi quis certum 24. ſupr de reb. credit. & Inſtit. Tit. de verb. oblig. in princip.* Sed quia paciſcendo, vt quoquomodo finitum eſſet matrimonium, dos ſibi redderetur, ſatis declarauerit nolle ſe eam dotem donare, & perdere, ſi matrimonium non ſequeretur: nam qui vult dotem ſibi reddi, etiam ſecuto ſolutóque matrimonio, multo magis velle intelligitur, eam ſibi reddi nuptiis non ſecutis: id eſt, non intelligitur abieciſſe auxilium iuris communis, ex quo competit condictio nulla etiam ſtipulatione, nullóque pacto interueniente, ſatis enim ei eſt ad habendam condictionem, quòd eam ſibi per pactum non ademerit, nec pacto vllo in eam rem indiget, cùm ſufficiat ius commune, quamquam nihil vetat, etiam pacto ita concepto, vt non ſecutis nuptiis, dos ei qui dedit reddatur, dari ex eo pacto hanc quoque condictionem, ob rem dati re non ſecuta *l. ſi donaturus 9. infr.* quia pactum hoc ſicuti non eſt neceſſarium ad inducendam condictionem, ita neque eam tollit, ſi fortè ſit interpoſitum. Denique nec prodeſt, nec nocet. diſtinguendum tamen eſt, an is qui dotem numerauit mulieri, aut iuſſu eius ſponſo futuro, animum habuerit donandi mulieri, necne, nam ſi donare voluerit, vtique condictio competet, ſed mulieri cui donatum eſt, non ei qui dedit, non tam enim à quo dos data ſit inſpiciendum eſt, quàm cuius gratia, vt & in donationibus omnibus *l. hoc iure 19. §. ſi quis dederit infr. de donat. l. ſi ſponſus 5. & paſſ. de donat. int. vir. & vxor.* in dubio tamen non præſumitur in conſtituente animus donandi *vulg. l. cùm de indebito 25. infr. de probat.* quia donare perdere eſt *l. filiusfamilias 7 infr. de donat.* Quamquam fatendum eſt in dote aduentitia, qualis illa eſt, quęcunque datur ab extraneo, ita ius olim fuiſſe, vt donandi animus in dante præſumeretur, ideóque nec ſoluto matrimonio, repetitionem eius haberet, niſi eam ſibi reddi expreſſim ſtipulatus eſſet: quæ dos receptitia dicebatur, vt Vlp. noſter in Fragmentis refert *Tit. de dotib.* at non mulieri ipſi, ſed marito donata credebatur, eiúſque lucro cedebat, quod à Iuſtiniano immutatum eſt *in d. l. vnic. §. accedit C. de rei vxor. act.* vbi conſtituit, vt ſtipulatio ex parte mulieris, non mariti facta, cenſeatur, ſi non eam ſibi ſpecialiter extraneus per ſtipulationem receperit. Ob eámque cauſam in propoſita huius legis ſpecie, ſtipulatus fuerat extraneus dotem ſibi reddi, quocunque modo finitum eſſet matrimonium, ne ſcilicet mariti lucro dos cederet, ſi pactio nulla interueniſſet, atqui nullis ſecutis nuptiis, verendum non erat, ne dos ceſſura eſſet lucro accipientis, qui maritus nunquam fuiſſet: maritum enim ſicut & dotem facit matrimonium, non dotales tabulæ, vt Papinianus loquitur in *l. donationes 31. infr. de donat.* ideóque nec fuerat neceſſe, vt caſus hic non ſecuti matrimonij ſtipulatione & pactione illa comprehenderetur, cùm non contra mulierem ipſam, ſed contra futurum maritum hæc pactio interponeretur, ne donata ei dos videretur, dubitandi tamen ratio quæ iis verbis proponitur *quia de iis caſibus ſolummodo fuit conuentum qui matrimonium ſequuntur, nuptiæ autem ſecutæ non ſunt* magis eò pertinebat, vt condictio aduerſus ſponſum deneganda, quàm vt mulieri danda eſſe videretur. Nullo igitur ſecuto matrimonio, dubitandum non eſt, quin condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, competere debeat ei qui pecuniam dederat, tanquam dotis futuram, licèt hic caſus ſtipulatione comprehenſus non ſit, quia ſufficit, vt non obſtet ei ſtipulatio, quamuis nec proſit: longéque alia ratio eſt eius, qui ſtipulatur dotem ſibi reddi in alterutrum caſum ſoluti matrimonij, vel morte, vel diuortio, vt in *d. l. ſi cùm dotem 22. ſolut.*

22 solut. matrim. Nam in alium casum, in quem non pepigit, dicimus esse mulieris actionem, quia constituentis siue patris siue extranei voluntas illa fuisse intelligitur, vt mariti lucro dos nullo casu cederet, sed ad eum reuerteretur qui dedisset, si contingeret solui matrimonium in eum casum, qui stipulatione comprehensus esset, ad mulierem verò perueniret, si alio casu de quo nihil conuenisset, matrimonium solueretur: nullo enim casu poterat lucro mariti cedere dos receptitia, sed ea tantùm quæ manebat in puris terminis, vt ita loquar, dotis aduentitiæ, idque non tam ex dantis voluntate & liberalitate, quasi donatam marito eam voluisset, si propius inspicimus, quàm ex mera iuris ratione, quòd dominium dotis per traditionem translatum semel in maritum, non possit ab eo posteà vel ignorante, vel inuito, discedere, nisi ab initio dotis dandæ ita conuenerit *l. 1. in f. de iur. dot. l. dotis actione 9. C. solut. matr. l. doce 9. C. de rei vindic. §. 1. Instit. quib. licet alien. vel non.* Vnde est quòd nec dos profectitia ad patrem reuerteretur, soluto per mortem filiæ sine liberis matrimonio, nisi ratio miserationis contra stricti iuris rationem hoc ius euicisset *l. iure succursum 6. de iur. dot.* ne vt illa lex ait, pater & amissæ filiæ, & pecuniæ damnum sentiat. Porrò dotem receptitiam facit, quælibet stipulatio & pactio legitimè ab extraneo interposita de dote restituenda sibi, quamuis in vnum duntaxat casum mortis aut diuortij: impedit ergo hæc pactio, ne ius vllum retinendæ dotis penes maritum remaneat, nec alio quoque casu, qui pactione comprehensus non est, cùm absolutè verum sit, dicere dotem hanc receptitiam esse, non aduentitiam, & tamen cùm in alium illum casum, de quo extraneus nihil pepigit, non possit eius esse actio, consequens omnino est, vt solius mulieris esse debeat, non solùm fauore mulieris, cuius nomine dos data fuit, sed etiam ne alioqui sit nullius. Verè enim hac parte illud obtinet, quod diximus inclusionem vnius esse exclusionem alterius, & eum, qui sibi in vnum nominatim casum pepigit, non posse videri in alterum quoque pepigisse, idémque iuris est, si non ab extraneo, sed à patre & dos data, & stipulatio interposita proponatur. Miror autem ingenia nostrorum, qui tam ex *d. l. si cùm dotem* quàm ex hoc loco inferunt casum omissum remanere in dispositione iuris communis. Nam in specie primùm *dict. l. si cùm dotem* euidenter hoc falsum est, siue de ea dote loquamur, quæ à patre data sit, siue de ea quæ ab extraneo. Siquidem dos ab extraneo data, nullo pacto de ea restituenda interposito, cùm sit merè aduentitia, mariti solius lucro cedit, tanquam qui eius dominus per traditionem factus sit, non etiam mulieris, ex dispositione iuris illius veteris, quod ex Vlpiani fragmentis retulimus, & cuius ignoratione interpretes nostri se in hunc errorem præcipites egerunt. Dos autem à patre profecta, soluto per mortem mariti matrimonio, quamuis non ad patrem reuertatur, ne filia maneat indotata, quæ quandiu viuit, & nubere iterum potest & dotem habere debet, repetitur tamen per actionem rei vxoriæ communem patri & filiæ, sed cuius exercitium soli patri competit, ad agendum coniuncta filiæ persona *l. 2. §. vltim. l. 3. & 4. l. quoties 19. & pass. solut. matrim.* pactum igitur siue à patre, siue ab extraneo interpositum, de dote sibi restituenda, in alterutrum casum soluti matrimonij per mortem, aut per diuortium non relinquit casum omissum in dispositione iuris communis, sed ius commune immutat, in eo quòd facit, vt solius mulieris sit actio, quæ alioqui aut communis esset patri & filiæ, aut nullatenus ad mulierem pertineret, dotis dominio penes maritum remanente in solidum, si morte mulieris matrimonium solueretur, aut retentis sextis in singulos liberos, ad dimidiam vsque partem dotis, si diuortium interuenirer, vt eodem loco supradicto Vlpianus refert, & nos pluribus docuimus *lib. 14. Coniecturarum.* in huius verò legis specie licèt verum sit, casum non secuti matrimonij, qui pacto comprehensus non est, remanere in dispositione iuris communis, vt pariat condictionem ob causam dati causa non secuta, id tamen fit propria quadam & speciali ratione, quia nec de hoc casu cogitatum intelligitur, sed de iis tantùm casibus qui matrimoniũ sequi possent, nec cogitari etiam debuit, cùm nulla pactione indigeret, qui dotem dabat, vt condicere illam posset, si nuptiæ nullæ sequerentur. Quandoquidem vt diximus, nullum dotis retinendæ ius haberet is, cui tanquã futuro marito data dos fuisset, si nunquam maritus extitisset. aliud est, si pactum interpositum sit de dote restituẽda in casum mortis, vel diuortij, non enim fieri potest, vt qui cogitat & paciscitur de vno casu, non cogitet etiam de alio, vt in *d. l. si cùm dotem*, & in hac demum specie quæstioni locus esse potest & debet, an casus omissus, de quo non cogitatum fuit, remaneat in dispositione iuris communis, an verò propter pactum aliã dispositionem recipiat, quod certè magis est, cùm in eam rem sufficiat tacita voluntas, quæ ex pacti expressi verbis, per argumentum à contrario sensu, satis apertè colligitur *d. l. si cùm dotem & dict. l. inter socerum 26. §. cùm inter infr. de pact. dotal.* Cæterùm stulta quæstio est, si quis quærat, an casus omissus, de quo nullo modo fuerit cogitatũ, remaneat in dispositione iuris communis. Quidni enim remaneat, cùm pactiones quantumlibet generales nunquam trahi debeant ad incogitata? *l. cùm Aquiliana l. qui cùm tutoribus 9. §. 1. l. non est ferendus 12. supr. de transact.* Et quid obsecro est, quod iuris communis dispositionem possit immutare præter conuentionem? Debuerunt ergo interpretes nostri ex hac lege id vnum inferre, quod ridiculum esset, ac indubitatum, vt casus omissus de quo nec per somnium fuerit cogitatum, remaneat in dispositione iuris communis. Et ita non pugnabit hæc lex cum *d. l. si cùm dotem*, in qua ideo non remanet casus omissus in dispositione iuris communis, quòd de eo quoque fuerit cogitatum ab iis, qui in alium casum pepigerunt: nec aliud iuris hodie in huius legis specie obtinere credendum est, post Iustiniani constitutionem in *dict. l. vnic. §. accedit Cod. de rei vxor. act.* etsi enim Iustinianus ibi constituit, vt in dote aduentitia, stipulatio ex parte mulieris interposita videatur de dote ipsi mulieri restituenda, id tamen ad eam dotem pertinet, quæ aliquando verè dos fuit, secutis scilicet nuptiis, non ad eam quæ nunquam, nec rursus ad eam, quæ secutis nuptiis aliquando verè dos fuerit, si extraneus, qui dedit, pactus sit, de ea sibi in omnem casum soluto matrimonio restituenda: atque hæc quidem & vera iuris ratione, cuius egregius magister Vlpianus fuit, rectissimè disputantur: sed non satis conuenienter, vt puto, ad verba huius legis, quæ apertè dicunt, verisimile esse in hunc quoque casum, eum, qui dotem dat sibi prospicere quamuis de his solis casibus fuerit conuentũ qui matrimoniũ sequũtur, quasi non alia ratione possit

habere condictionem hanc ob causam dati causa non secuta, quàm quia sibi supradicta pactione verisimiliter prospexerit. Quod tamen non nisi valde ineptè dici, aut credi potest. Si quid enim in iure nostro certum, illud certissimum est, condictionem hanc non nasci ex conuentione aut expressa, aut tacita, sed ex sola natura, & æquitate negotij, extra id quod agitur, vt diximus *ad §. penult. legis praecedentis arg l. is qui 12. in fin. infr. Commod.* Præterea falsum est, quod hæc lex ait verisimile esse eum, qui dotem dedit, sub hoc pacto restituendæ dotis, in casum soluti quoquomodo matrimonij, in hunc quoque casum non secutarum nuptiarum sibi prospexisse. Quomodo enim potest sibi prospexisse in eum casum, de quo non cogitauerit? Aut quis in dote constituenda, & paciscendo de ea sibi in omnem casum soluti matrimonij restituenda, cogitet de ea dote, quæ nunquam dos sit futura? Rursum si de hoc quoque casu cogitatum est, cur non damus ei actionem ex stipulatione, aut præscriptis verbis ex pacto incontinenti apposito, potiùs quàm condictionem ob causam dati causa non secuta, quæ sicuti semper ex æquitate datur, ita nec ferè vnquam, nisi ex necessitate, & cùm alia deficit, quæ sit ex conuentione? Itaque non potest ratio illa explicari, quæ hîc ex Vlpiano adfertur, vt probet esse verisimile, vt is qui dotem dedit, in hunc quoque casum sibi prospexerit, *nam* inquit *quasi causa non secuta habere potest condictionem.* Dicendum enim potius erat ideo posse illum habere condictionem, quia paciscendo in alios casus, in hunc quoque sibi prospexerit, idque Accursius ipse præsenserit, cùm ad verbum illud *prospicere*, vt adaptet rationem quę sequitur, notat *saltem tacitè, nam &c.* quasi nihil distet, an quis sibi prospiciat, an tantummodò non noceat, cùm tamen inter has propositiones tantùm distet, quantum inter meram negationem, & putam adfirmationem quantum inter *velle* & *non nolle l. 3. de regul. iur.* inter *dare* & *non adimere* aut *adimere* & *non dare*. Est enim medium quoddam inter *prospicere* & *nocere* scilicet nec prodesse sibi, nec nocere *l. error facti 8. infr. de iur. & fact. ignor.* Nec verò de illo dubitabatur in specie huius legis, an extraneus qui dotem dederat, benè sibi prospexisset ad eam repetendam, nullis quoque secutis nuptiis, sed potius an non sibi in hunc casum nocuisset, ob hoc solum, quòd in casum soluti matrimonij sibi prospexisset: quod & verba illa legis demonstrant *quia de his casibus solummodo fuit conuentum, qui matrimonium sequuntur* quibus certè vera dubitandi ratio continetur, & quæ tamen verba non ad id pertinent, vt videatur is, qui dotem dedit, non satis benè sibi prospexisse, sed vt videatur sibi nocuisse, cùm si nullam pactionem interposuisset, dubitari non oporteret, quin nullis secutis nuptiis condictionem dotis iure communi esset habiturus: cùm igitur de illo tãtùm esset quæstio, an sibi per conuentionem ita conceptam nocuisset, an non stulta responsio est, verisimile esse bene illum paciscẽdo, sibi prospexisse in eum quoque casum, qui pactione non sit comprehensus? an non multo melius sibi prospexisset, si vel hunc quoque casum in pacto comprehendisset, ne quis dubitationi locus relinqueretur, vt in *l. si donaturus 9. inf. hoc tit.* aut nullam omnino pactionem interposuisset? Debuerat ergo ita potius scribi, *Et verisimile est in hunc quoque casum eum qui dat, non sibi nocere voluisse.* Nam vt prospiciendo sibi in vnum casum censeatur sibi prospexisse, in alium quoque casum, qui non modò diuersus sit, sed etiam contradictorius dici certè non potest, casus porrò secuti & non secuti matrimonij merè contradictorij sunt. Denique in tota hac lege nihil video, quod iuris rationi quadret, nihil quod in ipsa verborum structura benè cohæreat. Qua de causa iam aliàs monui in ea me esse opinione, vt hanc quoque legem, non minus quàm præcedentem à Triboniano corruptam esse putem, & ad Triboniani potius quàm Vlpiani sensum accommodatam: in quam sententiam mouet me ipsa quæstionis formula sic concepta *quærendum erit*, vbinam enim gentium, aut Vlpianus, aut quis alius ex prudentibus, sic vnquam locutus est? Taceo quod in proponenda facti specie verba illa *dos ei redderetur* ambiguitatem quandam habent, vtrum ad mulierem, an ad eum qui dotem dedit referenda sint, cùm præcedentia etiam de muliere loquantur, licèt sequentia non obscurè insinuent de eo, qui pro muliere dotem dedit, intelligi potius debere. Taceo etiam inconcinnam illam, sed Triboniano familiarissimam, casuum & temporum variationem, in illis verbis *an ei qui dotem dedit* quæ sunt temporis & paullò post *eum qui dat sibi prospicere* quæ sunt præsentis, & quæ in præteritum potius sic concipi debuerant *eum qui dedit sibi prospexisse*, item quod sequitur *qui ob matrimonium dedit matrimonio non copulato* pro eo quod scribi debuerat *matrimonio non secuto* aut breuius *qui ob matrimonium dedit non secutum*, nec enim copulari aut cõiungi matrimonium benè dicitur, sed contrahi, personæ autem eæ sunt, quæ copulantur & coniunguntur matrimonio: quamquam nec eo sensu copulandi verbum prudentibus nostris vsitatum est, quasi minus fortasse honestum, sed soli Triboniano in iis Iustiniani constitutionibus, quæ de nuptiis primis, & secundis loquuntur, vt in *l. imperialis 23. §. his illud adiungimus & seq. & l. si furiosi 25. & seq. C. de nupt.* vbi & matrimonium ipsum copulam vocat, vt proinde matrimonium copulatum dicere, nihil aliud sit, quàm dicere matrimonium coniunctum, aut, si ita loqui liceret, matrimoniatum. Sed quod me magis mouet, vt Triboniani manum agnoscam illud est, quod exceptionis loco subiicit, *nisi fortè euidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum fecisse vt ipsi mulieri magis quàm sibi prospiceret*, nam præter id quod Triboniano familiarissimæ sunt huiusmodi exceptiones, quæ probationes euidentissimas requirunt, tum quoque cùm aut non sunt necessariæ, aut haberi nullomodo possunt, vt alibi sæpe monuimus & probauimus, dico fieri non posse, vt in proposita specie, id est, cùm extraneus pro muliere dotem dedit, hoc pacto addito, vt si matrimonium quoquomodo finitum esset, dos ipsi danti redderetur, mulier probet eam conuentionem ita conceptam fuisse, vt mulieri potiùs quàm ipsi paciscenti prospiceretur, in eum casum quo nuptiæ non sequerentur, cùm in tota hac conuentione nullum verbum sit de muliere, vt per argumentum à contrario sensu, aut aliter conceptum conuentio à persona paciscentis ad personam mulieris transferatur. Itaque nouam aliam conuentionem supponi & probari necesse esset, quæ pro muliere faceret, id est, ex qua constaret, eam extranei dotem dantis, atque ita vt diximus, paciscentis voluntatem fuisse, vt mulieri donata esset dos, si matrimonium secutum non esset atqui donatio, licèt etiam tacitè fieri interdum possit, quamuis non nisi perrarò, non alij tamen quàm ei cui fiat traditio, *l. cui per errorem 53. de reg.*

de reg. iur. quia donatio si ius vetus inspicias, non fit nisi per traditionem aut stipulationem, quamuis hodie fieri possit etiam nudo pacto *l. si quis argentum 35. § vlt. C. de donat.* ideóque vix est, vt ex pactione inter alios facta, alij tertio donatum videri possit *l. donationes 31. § penult. inf. de donat.* in proposito autem extraneus, qui dotem dedit sponso, quasi futuro marito, licèt mulieris nomine, neque cum muliere quicquam pactus proponitur, sed cum marito ipso aut qui maritus fore sperabatur, neque de muliere quicquam in pacto dixisse. Qua igitur fronte aut probabilitate possit mulier dicere, sibi donatam fuisse dotem hanc ab extraneo, præsertim qui pactus sit eam sibi reddi, post finitum quoquomodo matrimonium? Quænam, rogo, ista esset donatio, quæ in fauorem mulieris induceretur ex stipulatione quam extraneus pro se non contra seipsum interposuisset *arg. l. in ratione 30. §. tametsi vers. sed id non est verisimile inf. ad leg. falcid.* & per quam non sibi legem dicere voluerit, sed marito *arg. l. Lucius 40. in fin. de fideic. libert.* Scio posse fieri, vt extraneus mulieri donaturus dotem tradat, aut numeret marito: sed cùm id fit, iussu mulieris eam traditionem, & numerationem sponso fieri necesse est, vt in *d. l. si donaturus 9. in f. hoc tit. l. 3. § vlt. l. 4 & 5. & pass. de donat. int. vir. & vxor.* quod tamen hîc factum fuisse non proponitur. Sed & cùm animus abest donandi mulieri dotem, quæ sponso traditur inauditum est, vt donatio fiat in eum duntaxat casum, quo contingat non sequi matrimonium. Nam vel donationem absolute fieri necesse est, ac in omnem casum ita vt extraneus qui dotem dat & donat, eam sibi aliquo casu reddi non stipuletur, vel si quo casu dotem sibi reddi velit eum casum exprimat, quo nuptiæ non sequantur potius, quàm illum quo sequantur, vt apparet ex *d. l. si donaturus*, vbi opponitur casus donationis casui stipulationis interpositæ de dote ipsi qui dedit vllo casu restituenda: & cùm is qui dotem dat, habet animum partim donandi mulieri partim non donandi, ponit Paulus ita contraxisse illum cum sponso vt si nuptiæ secutæ essent, mulieri cui donatam volebat, dos acquireretur, si verò secutæ non essent, ipsi qui dotem dabat, redderetur, at è contrario, si quis etiam expressim paciscatur, vt secutis nuptiis, & iis postea quoquomodo solutis, dos sibi reddatur, si verò secutæ non sint, dos mulieri acquiratur & reddatur inepta procul dubio, & præpostera conuentio est Prius enim dotem esse oportet, quàm vt mulieri acquiri, & reddi possit, dos autem non est, nisi secuto demum matrimonio, vt sæpius iam diximus, ex *l. 3. & l. stipulationem 21. infr. de iur. dot.* & prius dotem aut pecuniam sic datam, vt dotalis aliquando fieret, prius acquisitam esse mulieri oportet, atque ab ea datam & traditam, vel verè vel saltem, vt nostri loquuntur, interpretatiuè quàm condicere dotem mulier possit. Id autem non aliter euenit, quàm si extraneus, qui donare mulieri voluerit, cum ea contraxerit, hoc est, vel ipsi pecuniam numerauerit, aut aliam rem tradiderit, vel breuiore manu iussu eius sponso eam dederit, vt in *d. l. si donaturus*, vel ea saltem præsente, vt in *d. l. donationes 31. § 1. infr. de donat.* Quo casu perinde habenda est pecunia dotis nomine data ab extraneo, atque si ab ipsa muliere esset data, cùm in hac specie, vt & in aliis plerisque iuris partibus celeritate coniungendarum actionum vna occultetur *d. l. 3. §. sed si debitorem de donat. int. vir. & vxor.* ideóque nec alij, quam mulieri condictio hoc casu dari potest, at non similiter, si non iussu mulieris, sed sua sponte maritus dotem sponso dedisse proponatur, licèt mulieris nomine, quia cùm condictio nihil aliud sit quàm repetitio, eius est condicere qui dedit, & quod mulieris nomine data est, non facit quantum ad condictionem, vt ab ipsa muliere dos data esse videatur, nisi eo demum casu, quo dos verè sit, quę tamen esse non potest ante matrimonium subsecutum. Prius namque est, vt sit dos, quàm vt sit dos mulieris nomine data, & consequenter dicendum est, cùm data dos fuit mulieris nomine, nihil ideo acquisitum esse mulieri, nisi vt soluto quandocunque matrimonio, dotis actionem sit habitura, ad dotem illam repetendam à marito, sed nunquam condictionem: dotis, inquam, actionem, aut in omnem casum si in nullum is qui dotem dedit, eam sibi reddi stipulatus sit, aut in illum saltem qui stipulatione vel pacto extranei non fuerit comprehensus, vt in *d. l. si cùm dotem.* At cùm nullæ sunt secutæ nuptiæ, sicuti nulla dos esse, aut vnquam fuisse videri potest, ita neque data mulieris nomine, nec proinde mulieri competere vlla condictio potest, sed extraneo qui dedit, nisi donatio ipsi mulieri facta probetur, aut expressa aut tacita, id est, secundum ea quæ diximus, vel iussu, vel saltem præsentia mulieris interueniente. Quod cùm accidit, nulla pactione indiget mulier, vt possit condicere nuptiis non secutis *d. l. si donaturus.* Tantum abest, vt indigeat pactione vlla extranei, aut probatione alia, quod extraneus paciscendo sibi dotem reddi solutis quocunque modo nuptiis: hoc ipso prospicere voluerit mulieri, vt in casum non secuti matrimonij dos ei redderetur. Extra hos verò casus, si mulier velit ad acquirendam sibi condictionem ostendere, extranei dotem dantis eam mentem fuisse, vt prospiciendo sibi per pactum appositum, de dote soluto matrimonio restituenda, etiam mulieri prospicere voluerit in hunc casum, quo nuptiæ sequerentur, ridicula certè fuerit: voluntate enim expressa, id est, donatione in eam rem opus est, implicat verò contradictionem, vt donandi animum habuerit extraneus, qui dotem quam dedit, pactus est sibi reddi, si finitum esset, quoquomodo matrimonium: multo magis autem absurdum fuerit, sic eius voluntatem interpretari, vt habuerit animum donandi mulieri dotem, non eo casu quo dos futura esset, id est, quo nuptiæ sequerentur, sed illo solo quo nec dos vnquam fuisset, id est, quo non sequerentur, deberet enim potius ita pactio fieri, vt in casum secuti matrimonij dos mulieri donata esset, in casum verò non secuti, non item, sed salua maneret condictio ei ipsi qui dedisset, vt in specie *d. l. si donaturus.* Cogitanti autem mihi, cur hanc Vlpiani disputationem corrumpere Tribonianus voluerit, aut suam nobis sub Vlpiani nomine obtrudere, sola ratio illa occurrit, quod ille mulieribus passim fauere plus æquo solitus non potuit concoquere, quod Vlpianus simpliciter, vt puto, & citra quæstionem scripserat, quasi rem indubitatam, & positam extra omnem prorsus controuersiam, dotis condictionem in specie proposita, non mulieri dandam esse, sed extraneo, proposuit primum quæstionem de re indubitabili, ac proinde stultam & ineptam, cui condictio danda esset, an mulieri an extraneo: deinde cùm nec posset nec auderet apertè pro muliere respondere, respondet quidem propemodum inuitus pro extraneo, at ita vt côtra maritū potius, quàm contra mulierē respondere videatur,

Illa enim ratio *Nam quasi causa non secuta habere potest condictionē qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato*, non tam probat, cur extraneo potius, quàm mulieri condictio danda sit, quàm cur is qui accepit, condictione teneatur: sicuti nec probat, quod probandum erat, ideò teneri illum condictione, quòd extraneus benè sibi in hunc quoque casum prospexisset, sed quia causa quæ fuerat dandæ dotis, secuta non est: mox vt intelligas id eum maximè agere, vt mulieri faueat, subiungit *nisi fortè euidentissimis probationibus mulier ostenderit hoc eum fecisse, vt ipsi mulieri magis quàm sibi prospiceret*, vt scilicet, si mulieri ius deficeret, superesset tamen prætextus aliquis litigandi, tum accepto aliquo transigendi obtentu istiusmodi probationum euidentissimarum quas allegare sufficiat ad iustam litis, & transactionis materiam præbendam, sequitur *versic. sed etsi pater* in quo additur, idem iuris esse in patre, qui dotem pro filia dedit, quod proximè dictum est in extraneo, nempe si pater pro filia nuptura pecuniam in dotem dederit, condictionem patri competere, idque Marcellum scripsisse, sed additur hîc quoque eadem exceptio fauore filiæ contra patrem *nisi euidenter aliud actum sit* quam tamen à Marcello aut ab Vlpiano additam fuisse, vt non possim credere illud facit, quod multo difficilius est, vt ex pacto patris acquiratur condictio, aut alia actio saltem directa filiæ, quæ est in potestate, quàm vt ex pacto extranei, cùm pactum extranei in fauorem mulieris possit accipi pro donatione in mulierem collata, siue iussu eius dos viro data sit, siue ipsa præsente *d. l. si donaturus u f & d. l. donationes 31. §. 1. de donat.* at non etiam pactum patris, quia nec volens pater filiæfamilias donare potest, vt nec aliter cum ea contrahere *d. l. donationes §. pater filia l. si pater pen. eod. tit. l. siue emancipati 17. C. eod. l. 2. C. de inoff. donat.* nec rursum potest pater dotis actionem sibi & filiæ, communem futuram per pactum etiam incontinenti, & in ipsa dotis datione appositum, in suam personam transferre, sed stipulatio in eam rem necessaria est *d. l. si auia 6. C. de iur. dot. d. l. quoties 29 infr. solut. matr.* qui vnus casus est ex illis, in quibus non potest fieri per pactum incontinenti adhibitum, in contractu etiam bonæ fidei quod posset fieri per stipulationem: vt & in *l. quòd si locus 11. supr. de relig. & sumptib. funer. l. seruus 7. infr. de seru. export.* Quanto minus ergo poterit pater per solum pactum, adeóque per nudam pacti interpretationem acquirere condictionem filiæ, cui nec per stipulationem expressam acquirere illam posset, nisi in eum saltem casum, quo post mortem patris casus condictionis contingeret? *l. pater 23. infr. de pact. dotal. l. Caius 45. solut. matrim. l. quodcunque 45. § si quis ita de verb. oblig.* qui tamen casus hic contingit statim, atque certum esse incipit non iri secutum matrimonium, non expectata morte patris: nec sanè casus vllus dari potest, in quo possit condictio acquiri filiæ ex pacto patris, quale in hac lege proponitur, non solùm si ad huius legis verba nihil addas, sed etiamsi pro arbitrio suo fingas tibi & diuines donandi animum in patre: nisi ad alium illum nostrorum errorem confugias, quo defendunt valere donationem inter patrem & filiamfamilias ex causa dotis, sic enim illi vulgo sentiunt ex *l. Pomponius Philadelphus 55. supr. famil. ercisc.* vbi tamen hunc errorem ex ipsius legis verbis confutauimus, & latiùs *lib. 7. Coniectur. cap. 12.* Quis ergo iam dubitet, quin verissimum sit, quod volumus, & tam multis probauimus, totam legem hanc, non Vlpiano, aut Marcello, sed Triboniano soli ad cribendam esse?

7. IVLIANVS libro 16. Digestorum.

QVi se debere pecuniam mulieri putabat: iussu eius, dotis nomine, promisit sponso, & soluit. Nuptię deinde non intercesserunt: quęsitum est, vtrùm ipse possit repetere qui pecuniam dedisset, an mulier? Nerua, & Atilicinius responderunt, quoniam putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset, ipsum repetiturum, sed si cùm sciret se nihil mulieri debere [a] promisisset, mulieris esse actionem: quoniam pecunia ad eam pertineret. Sin autem verè debitor fuisset [b], & ante nuptias soluisset, & nuptiæ secutæ non fuissent: ipsum posse condicere, causa debiti integra mulieri ad hoc solùm manente, vt ad nihil aliud debitor compellatur, nisi vt cedat ei condicticia actione.

Ad l. Qui se debere 7.

Præfatur hîc Bartolus, esse legem hanc vnam ex difficilioribus, quas habuerit explicandas eo anno, quo Titulum hunc prælegebat, nec immeritò, est enim sanè perobscura. & ni fallor, malè ab interpretibus omnibus exposita, nec singulas legis partes & sententias more nostro persequemur, & dubitandi, decidendíque rationes ad omnes aptabimus. Tractat Iulianus de eo qui se pecuniam mulieri debere putabat, quam non debebat, siue omnino non deberet siue deberet quidem summo iure, sed tamen exceptione perpetua tutus esset. Vtroque enim casu æquè indebita pecunia est, &, si soluta sit, repeti per condictionem indebiti potest *l. si non sortem 26. § indebitam infr. de condict. indeb. l. nihil interest 111. de regul. iur.* Ponit autem hunc qui se pecuniam debere putabat, quam non debebat, mulieri, iussu eius eam pecuniæ quantitatem dotis nomine promisisse spōso & soluisse, nec tamen nuptias deinde secutas esse: quærit vtrum ipse possit pecuniam repetere qui dedisset, an mulier cuius nomine dedisset, non quærit an sponsus condictione teneatur, certum enim est teneri, non secutis nuptiis, & quidem duplici ratione: vna, quoniam accepit indebitam pecuniam ab eo, qui debitor non fuit, quæ tamen ratio si esset vnica, non esset bona, si modo suum recepisset, quamuis ab alio, quàm à vero debitore *l. repetitio 44. de cond. indeb.* altera quia accepit, pecuniam sibi ipsi

ipsi indebitam, & cuius non possit se dicere creditorem, neque eius qui soluit, neque mulieris cuius nomine promissa fuit, cùm promissa sit in dotem, ac proinde sub tacita illa condicione, si nuptiæ sequerentur, quas ponimus sequutas nõ esse *l. stipulationem 21. l. non enim 37. l. promittendo 41. infr. de iur. dot. l. si mulier 10. inf. hoc ti.* Quòd si secutę essent nuptię, maritus neutra ratione condictionem pati cogeretur, nec magis priore, quàm posteriore, quia licèt non eo magis fiat verus debitor is, qui indebitam pecuniam promisit, quod nuptiæ posteà secutæ sint, nullam tamen exceptionem habere potest contra maritum, qui suum recepit, quique decipiendus non est, cùm non aliter fuerit vxorem ducturus *l. si donaturus 9. §. 1. infr. l. purè 5. §. pen. de doli mal. except. l. doli 19. infr. de nouat. & delegat. l. Titia 62. in fin. de iur. dot.* Non secutis igitur nuptiis, cùm locus sit condictioni, nec de eo dubitari possit, quæstio illa sola superest, an mulieri danda sit condictio, an falso debitori, qui per errorem soluit ignoranter, aut scienter. Refert autem Iulianus Neruam & Attilicinum distinxisse, an falsus hic debitor soluerit scienter, an ignoranter, si ignoranter, quomodo soluit quisquis debitorem se putat, cùm non sit, ipsum repetiturum, non mulierem, sin scienter, mulierem, non ipsum. Et hic quidem apertus distinctionis sensus est, sed ratio quam Iulianus adfert ex Nerua, & Attilicino, satis obscura est, & quæ præcipuas interpretibus nostris difficultates parit, cur condictio detur falso debitori ignoranter soluenti, non mulieri. Ratio his verbis concepta est *quoniam putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset.* Difficultas autem ex eo nascitur, quòd non satis aperit Iulianus, an de ea exceptione doli mali loquatur, quam falsus debitor, & vt loquuntur, putatiuus habuerit, contra mulierem ipsam, cuius se debitorem putabat, cùm non esset, an de illa potius, quam contra sponsum ipsum habere potuerit. Fieri siquidem potest, vt contra mulierem exceptio aliqua competierit, & quidem doli mali, quæ generalis est ex omnibus causis, ex quibus alia quælibet competit *l. 2. §. & generaliter infr. de doli mal. except.* Fieri etiam potest, vt nulla contra mulierem competierit, competat tamen contra sponsum agentem ad pecuniam dotis nomine promissam, nullis nuptiis secutis. Vtrouis autem modo intelligas, dubitationis materiam illud præbet, quod is qui cùm tutus esset doli mali exceptione soluit, non repetit, quoniam licèt exceptio illa sit perpetua non annalis, vt actio, de dolo propter rationem positam in *d. l. purè 5. §. vlt. de doli mal. excep.* nec famosa, quia nunquam exceptiones infamant, cùm ex iis nulla possit sequi condemnatio, sed tantùm absolutio, attamen est odiosa, & apud bonos & graues viros suggillat existimationem illius, cui obiicitur *l. 4. §. aduersus eod. tit.* ideóque non potest obiici iis personis, quibus aliqua debetur reuerentia *l. licet 7. §. nec exceptiones infr. de obseq. parent. & patron. prœst.* Qui autem tutus est exceptione perpetua, sed odiosa, non habet condictionem, sed is demùm qui habet exceptionem, non modò perpetuam, sed etiam fauorabilem *l. qui exceptionem 40. infr. de condict. indeb.* Item quòd in proposita specie non videtur posse locus esse exceptioni doli, quandoquidem omnis exceptio præsupponit actionem, cuius nimirum illa exclusio est *l. 2. inf. de except.* nullam autem actionem, ex huius falsi debitoris promissione habere potest is cui promissum est, cùm stipulatio hæc tacitam illam condicionem & necessariam semper habeat, si nuptiæ sequĕtur *d. l. stipulationem 21. & seq. d. l. promittendo de iur. dot.* quia possunt non sequi, & ex facto ponimus secutas non esse. Hinc nempe variæ à nostris quæsitæ interpretationes & responsiones, sunt qui dicant, scripsisse Iulianum *quoniam* pro *quamuis*, & *sed* pro *tamen*, quasi non ponatur hæc clausula causatiuè, per modum rationis, vt Bartolus loquitur, sed potiùs aduersatiuè. Alij cum Accursio sic explicant, vt ratio hęc non tam eò pertineat, vt sciamus, cur is qui pro muliere promisit & soluit, repetat, quàm cur mulier ipsa non repetat, quia scilicet poterat hic tueri se exceptione doli contra mulierem, si non soluisset, sed addunt cum Azone, maximè ideo repetitionem hoc casu dari ei qui soluit, non mulieri, quoniam vident eo quoque casu, quo hic qui soluit verus debitor fuerit, non eo minus dandam ei condictionem, & mulieri denegandam, vt Iulianus subiicit in *versic. Si autem verè debitor fuisset*: quamuis eo casu nulla ipsi contra mulierem doli mali exceptio competere potuisset. Atque ita fateri cogantur necesse est, non esse bonam hanc rationem & germanam, qua etiam cessante idem tamen iuris obtineat. Veram autem rationem propter quam danda sit, hoc casu falso debitori repetitio, illam adferunt, quòd cesset causa propter quam data fuerat pecunia, data enim fuerat dotis nomine, & contemplatione futurarum nuptiarum, quæ tamen nullę intercesserunt. Itaque quod hîc dicitur, de danda soluenti non mulieri condictione, intelligunt de condictione ob causam dati causa non secuta, de qua in hoc *tit.* non autem de condictione indebiti, & ita effugiunt obiectionem, quæ fit ex *d. l. qui exceptionem*, quæ non nisi de indebiti condictione loquitur. Latius enim certè patet condictio ob causam, quia supponit debitam fuisse pecuniam, quæ soluta est, nec repetitioni locum fore, si causa ob quam data est, secuta fuisset. Condictio autem indebiti non aliter locum habet, quàm si solutionis tempore fuerit indebitum quod solutum est, non etiam si debitum fuerit, licèt ex postfacto indebitum factum sit: quod contingit quoties sola illa ratio condictionem inducit, quòd causa, ob quam datum fuit, secuta non est, nam neque ex hac causa competit exceptio doli statim ab initio, sed tantùm ex postfacto *d. l. 2. §. circa in fin. de doli mali except.* Vnde fit, vt hæ duę condictionis species nunquam possint concurrere, quia causas habent, non modò diuersas & separatas, sed etiam cõtrarias, adeóque contradictorias. Nam condictio indebiti respicit causam de pręterito, condictio autem ob causam dati causa non secuta, causam de futuro, vt & Bartolus tractat. Sed præter id quod isti malam faciunt rationem Iuliani, quæ tamen optima est, vt probabimus, non diluunt obiectionem aliam, quam ex eo fieri diximus, quod doli exceptio locum habere non possit, eo casu quo nec vlla possit ex promissione nasci actio, vt in specie proposita ob condicionem, quæ tacitè inest promissioni cuilibet factæ dotis nomine, nisi fortè putant etiam nulla doli exceptione opposita repelli posse sponsum, si agat ex promissione nullis secutis nuptiis, tanquam qui non possit agere ex illa stipulatione, quasi condicionali ante condicionis euentum. In quo certè falluntur, si sic sentiunt: stipulatio enim dotis non eo minus pura dicitur, si nullam habeat aliam condicionem, quoniam tacita condicio nunquam facit condicionalem dispositionem, sed eum tantùm habet effectum, vt suspendat & im-

pediat natiuitatem aut potius exercitium actionis, quousque condicio impleta sit, non tanquam formalis condicio, sed potius tanquam condicio sine qua non. vt ita loquar: id enim est, quod scribit Paulus in *l. interdum 73. de verb. oblig* interdum puram stipulationem ex re ipsa dilationem capere, veluti si quis id quod in vtero sit, aut fructus futuros, aut domum ædificari, stipulatus sit. Tunc enim incipit actio, inquit, cùm ea per rerum naturam præstari possunt. Pura siquidem stipulatio illa est, quæ nec diem habet, nec condicionem expressam, licèt habeat tacitam. Expressa enim nocent, quæ non expressa, non nocent *l. si sic legatum 75. §. ille si volet de leg. 1. l. nonnunquam 52. de condic. & demonstr.* & aliud est, stipulationem puram capere dilationem ex re ipsa, vt Paulus loquitur in *d. l. interdum.* aliud verò stipulationem esse condicionalem, quamuis effectus idem sit, quod ad actum ipsum agendi, & exercitium actionis, cùm expressa condicio est, facit non solùm vt incipiat agi posse ex quo tempore impleta est, sed vt exinde tantùm incipiat deberi. Suspendit enim non tantùm actionem, sed etiam obligationem, quæ actionem præcedit, & ex qua nascitur actio *l. cedere diem 213. de verb. signific.* Vnde fit, vt quod sub condicione debetur, si interim soluatur, non solùm repeti possit, tanquam indebitum *l. sub condicione 16. de condict. indeb.* sed nec liberet debitorem, interim quandiu condicio non existat *l stipulatio ista 38. §. inter infr. de verb. oblig.* quia impossibile ac præposterum est, vt liberetur is qui nondum est obligatus, & solutio quæ liberationem parere non potest, parit necessario condictionem *l. si non sortem 26. §. si centum l. cùm is 32. §. 1. & vlt. de condict. indeb.* At quod debetur ex stipulatione pura, quamuis ex re ipsa dilationem capiat, tamē iam debetur, ideóq; nec solutū interim repetitur, quousq; constet tacitam condicionē, quæ & actionem & exactionem suspendebat defecisse, nec existere amplius posse *l. prox. infr.* vbi tractatur de hac ipsa stipulatione, de qua in hoc loco, & quæ facta sit dotis nomine, ex qua si solutum sit, negat Neratius repeti interim posse, quandiu nuptiarum spes aliqua est, quod falsò diceretur, si interim esset omnino indebitum, quale illud est, quod sub expressa condicione promissum fuit *d. l. sub condicione.* Stipulatio enim dotis non eo minùs pura est, quòd ex re ipsa dilationem capiat, id est, ex matrimonio quod futurum speratur, & sine quo dos esse non potest *d. l. 3. de iur. dot.* & idcirco non potest dici dos indebita, quæ ante nuptias soluta fuit, pendétque ex euentu an indebita futura sit, sed interim tamen debita est, debétque hæc res in numero casuum poni, in quibus ex postfacto apparet, quid antè fuerit, vt in *l. qui res 98. in princip. & §. 1. de solut. l. quadam 15. de reb. dub.* cui conuenit quod scriptum est in *d. l. stipulationem 21. de iur. dot.* tum defecisse condicionem stipulationis dotalis videri, cùm nuncius remittitur, non antea, quasi condicio hęc non tam faciat stipulationem condicionalem, quomodo faceret, si expressa esset, quàm resoluat eam sub condicione contraria, si nuptiæ non sequentur, vt dici solet in venditione facta sub lege commissoria, vel sub pacto addictionis in diem *l. 1 de leg. commiss. l. 2. de in diem addict.* aut cùm quis purè à Titio pecuniam stipulatus, eandem à Sempronio sub condicione nouandi animo stipulatur. Nam & hoc casu prior stipulatio non eo minùs pura remanet, quandiu posterioris condicio pendet, & tamen resoluitur statim atque posterioris condicio existit, ideóque nec antè agi ex priore potest, ne stipulator ante tempus petere videatur *l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Habet enim in se tacitam condicionem hanc prior stipulatio, si posterioris condicio non existet, & quamuis non eo minùs pura sit, dilationem tamen capit ex re ipsa, id est, ex euentu posterioris stipulationis, idque apparet euidentius ex eo, quod cùm dotis datæ & promissæ eadem hac parte ratio sit, vt scilicet non magis in datione quàm in stipulatione dotis necessaria sit condicionis adiectio, quomodo partim scriptū, partim scribendum est, in *l. quia autem 23. de iur. dot.* vt benè Contius & Cuiacius monuerunt, constat tamen ex datione dotis etiam ante nuptias facta transferri statim dominium in accipientem, nisi expressè actum sit, vt nuptiis demum secutis nec antè efficiantur eius cui traditæ sunt *l. si ego 9. in princip. & §. 1. eod.* vbi dicitur vindicationem ideò non competere illi qui dedit, sed condictionem, quamuis non minus dominia transferri sub condicione, quàm stipulationes contrahi possint *l. omnia 7. & seq. supr. de reb. credit.* quo casu dominium interim remanet penes eum qui dedit *l. sed interim 11. cum praeced. de donat. int. vir. & vxor. l. de hereditate 19. §. vlt. infr. de castr. pecul.* Eodem igitur modo dicendum est, stipulationem dotis interim puram esse, & ex ea nasci confestim obligationem, licèt non priùs agi possit, vt & in *d. l. interdum*, adeóque nec aliter, secutis quoque nuptiis, quàm si nuptiæ consistant. Ita enim legendum est, vt puto in *d. l. stipulationem*, id est, *consistant* pro *constat.* Nam & verba illa *si nuptiæ* quæ vulgò accipiunt pro primis verbis condicionis, nullum habent sensum, nisi addas *secutæ sint* aut quid aliud simile, & iam in præcedentibus verbis expressa fuerat dictio *constat* quæ vna melius totam legis sententiam regit, & elegantius quàm repetita. Fuit autem necessaria ea adiectio, quia, vt exactio dotis competat, non sufficit secutas esse de facto, vt aiunt, nuptias nisi consistant, & matrimonium iustum sit *l. vlt. infr. de condict. sin. caus.* aut iustum fieri, sine vllo hominis nouo facto possit *l. prox. infr.* Quæ omnia eò pertinent, vt intelligamus tùm quoque cùm mulier ipsa dotem aut dedit aut promisit, nulla expressim adiecta condicione, puram esse promissionem, aut dationem, præsentémque obligationem aut dominij translationem, vt si interim soluatur, non possit dici indebitum solutum, multo igitur minus si quis mulieri promittat, aut tradat, vt ipsa det marito in dotem, vt in specie *dict. l. si ego in princip.* à quo non valde distat is, de quo in hac lege, id est, qui iussu mulieris dotem sponso promisit. Sic enim ferè est, vt breui manu videatur pecuniam dare mulieri, & illa eam sponso promittere dotis nomine, nisi quod illo casu liberaretur verus debitor, etiam non secutis nuptiis, qui hoc casu non liberatur, vt dicemus posteà, quoniam promittendo nemo liberatur, nisi promittat per delegationem, quæ nullam habeat implicitam, neque expressam, neque tacitam condicionem: parum námque in effectu refert, an condicione, an mora tantùm, quid suspendatur, cùm expectatur tale quid, quod possit existere, & non existere, quamuis aliud iuris esse soleat, cùm interuenit mora tantùm temporis, quod certum sit, esse quandoque tandem euenturum, vt in *l. heres meus 79. de condict. & demonstr.* Ergo si sponsus ex ea stipulatione, tanquam pura velit agere, & agat de facto, eo prætextu quod obligatio sit præsens, quamuis nuptię nondum sint secutæ, necessaria est doli exceptio, etiam facta delegatione,

gatione, & vtiliter opponitur, vt & cæteræ exceptiones, tum quoque cùm debitor negat se ipso iure teneri, aut contendit se ipso iure liberatum, id enim semper tutius est *l. qui seruum* 54. §. 1. *de oblig. & act.* Et tamen hæc doli exceptio opponi non posset, ne quidem ex persona mulieris [id est, si qua contra mulierem ipsam agentem erat competitura] si nuptiæ secutæ fuissent *d. l. si donaturus* §. 1. Facit enim dolo malo sponsus, & per occasionem iuris ciuilis captat lucrum ex damno alieno, qui ex stipulatione illa interposita dotis nomine agit statim, tanquam ex pura promissione, antequàm nuptiæ sequantur, petitque proculdubio ante tempus, quod tacitè inest *d. l. pecuniam iunct. l. 1. §. 1. de doli mal. except.* perinde atque is qui quod Capuæ dari stipulatus est, petit antè quàm Capuam peruenire possit, nam & hunc casum superioribus æquiparat Paulus in *d. l. interdum* 73. *de verb. oblig.* nec maior vis est tacitæ condicionis quàm taciti temporis, ad impediendum ne obligatio pura sit, quæ expressim nec tempus habet nec condicionem. Bona igitur ratiocinatio est, ob quam Iulianus ex Nerua & Atilicino defendit hunc, qui iussu mulieris pecuniam dotis nomine sponso promisit, & ante nuptias soluit repetiturum, non quasi indebitam, nec condictione indebiti, cùm debita fuerit ex pura stipulatione, sed condictione ob causam dati, causa non secuta, quia licèt soluta fuerit ea pecunia quæ iam debebatur, exigi tamen non poterat nisi secutis demum nuptiis, poteràtque sponsus repelli exceptione doli agens ex ea stipulatione, antequàm secuta esset causa ob quam facta fuerat promissio *d. l. 1. § circa de doli mal. except.* Quare non est quod cum Accursio distinguas quadruplicem doli exceptionem vnam, quæ nascatur tempore contractus, vt si dolo me induxeris ad promittenda tibi decem, & quæ ideo sit odiosa, secundam, quæ succedat in locum exceptionis non numeratæ pecuniæ, & nascatur tempore quo agitur, non tempore confessionis, vt in *d. § circa*, tertiam, quę in locum exceptionis pacti, & iurisiurandi præstiti, quas duas species exceptionis doli negat Accursius esse odiosas, ideóque indebiti condictionem ait ex ipsis dari posse, quartam verò quæ succedit in locum exceptionis facti vel intentionis, quando nec actor habet actionem, sed de facto agit, & sic reus quoque de facto excipit: quæ exceptio nec odiosa est: nec rursum, vt cum Bartolo addas quintam, quæ cum aliis omnibus exceptionibus concurrat, de qua in *d. l. 2. §. & generaliter de doli mal. except.* quia dolo facit quisquis id petit, quod quaque exceptione elidi potest, vt Vlpianus eo loco scribit: etsi enim fateor ex supradictis causis, & aliis variis doli exceptionem dari posse, dico tamen esse omni casu odiosam, propter insertum nomen *doli* quod optimi cuiusque suggillat existimationem apud bonos & graues viros *d. l.* 4. §. *aduersus eod.* ideóque nec obiici vllo casu posse ei personæ, cui reuerentia aliqua debeatur *d. l. licèt* 7. §. 1. *de obseq. parent. & patron. præst.* vbi hanc ob causam, non de exceptione, sed de exceptionibus doli generaliter & indistinctè Vlpianus loquitur: ne quis cum Accursio *ad d. l. qui exceptionem* distinguat doli exceptionem generalem à speciali, quasi hæc sola sit odiosa, illa non item. Quòd certè falsum est: sed tamen odiosam esse hanc exceptionem, cùm dico, ad ipsum doli nomen solum respicio, non ad causam exceptionis: causa enim ipsa per se fauorabilis est, etiam ex parte & persona illius qui obiicit cùm naturali æquitate nitatur, ne cui dolus suus contra naturalem æquitatem prosit *d. l. 1. §. 1. de doli mal except.* Alioqui in factum quoque exceptiones quæ substituuntur à prætore in locum exceptionum doli *d. § aduersus*, sicut & actiones in factum, quæ subrogantur in locum actionis de dolo *l. non debet* 11. §. 1. *supr. de dolo l. si superstite* 5. *C. eod.* perinde essent odiosę, cùm eandem habeant causam, originem, & rationem, ne ex dolo suo lucrentur ij quibus tales exceptiones opponuntur, *l. ne ex dolo* 12. *supr. eod. ill tit.* ob idque nec magis dandæ essent contra parentes vel patronos quàm actio de dolo vel exceptiones doli, vt intelligamus neque actionem ipsam de dolo, neque exceptiones doli esse alia de causa odiosas, quàm quia doli & fraudis habent mentionem *l. 2. l. parens* 5. § *vlt & d. l. licet* 7. *de obseq. parent. & patron. præst.* non etiam si bonæ fidei mentio in actione vel exceptione fiat *d. l. non debet in fin.* Nisi quod actionem de dolo illud odiosiorem facit, quòd infamiam irroget condemnato, si modò ipse per se non per procuratorem iudicium acceperit *d. l. 2. de obseq. parent. præst. l. 1. & l furti* 6. § *si quis alieno supr. de his qui not. infam.* vbi legendum est sine dubio *nec ergo* pro eo quod vulgo scriptum est *nec ergo* quod à nobis cùm ad eum locum scriberemus obseruatum non fuisse miramur. Nam & in præcedentibus retinenda est dictio *meus* quæ *in Pand. Flor.* adest licèt lineis interclusa, & in vulgata editione ma è deest. Cæterùm tolle doli & fraudis mentionem, & retine causam atque originem exceptionis huius, nulla exceptio fauorabilior est quàm doli mali, adeò vt nulla replicatione possit elidi *l. cùm par delictum* 154. *de regul. iur.* quod in cæteris exceptionibus diuersum est, quæ omnes doli replicationem patiuntur. Quare nec ad doli exceptionem vllam pertinere puto, quod scriptum est in *d. l. qui exceptionem.* Non impediri repetitionem soluti per eam exceptionem, quæ detur odio eius cui debetur. Nam præter id quod non prętermisisset Marcianus exemplum exceptionis doli, quæ omnium frequentissima est, sempérque perpetua *l. purè* 5. §. *vlt. de doli mal. except.* Exemplum quod adfert ille de exceptione Senatusconsulti Macedoniani, ostendit satis de ea sola exceptione eum intelligere, quæ non tam ex æquitate vlla, quàm mero creditoris odio sit comparata, & ciuili ratione magis quàm naturali: quod de doli exceptione dici nullomodo potest. Idque probatur optimè ex hac lege, licèt non tam de condictione indebiti loquatur, vt diximus, quàm de condictione ob causam dati causa non secuta, quia doli exceptio quæ non aliam rationem habet, quàm quòd causa ob quam datum fuit, secuta non sit, vt in *d. l. 2. § circa de doli mal. except.* non aliam condicionem parere potest, quàm quæ sit eiusdem rationis & originis, sed tamen eadem æquitatis ratio, quæ inducit in hac specie condictionem ob causam dati causa non secuta, inducit etiam condictionem indebiti in suo casu. Est enim hoc omnibus condictionibus commune, vt naturalem habeant æquitatem, ex eáque proficiscantur. Sequitur apud Iulianum,

a *Sed si cùm sciret se nihil mulieri debere.* RAT. DVB. Nemo fit debitor ex eo solo quòd sciat nihil se alij debere. Obligationes enim omnes non nisi certis, & legitimis modis contrahuntur, inter quos hic non est *l. obligationum ferè* 44. § *placet infr. de verb. oblig.* Ergo quamuis ille qui sponso soluit pro muliere, sciat se nihil debere mulieri, non eo minus tamen habere debet condictionem: cùm reuera nihil de-

beat, siue veritatem inspicias, siue opinionem. Alioqui perinde hoc casu eueniet, vt quis locupletetur ex damno & iactura alterius, quod semper à naturali ratione, & æquitate abhorret, *l. nam hoc natura 14. infr. de condict. indeb. l. iure natura 206. de reg. iur.* D E C. Cuius per errorem soluti repetitio est, eius consultò dati donatio est *l. cuius per errorem 53. eod.* ideóque ei qui sciens indebitum soluit, numquam datur condictio, nec si soluerit ea mente vt repeteret *l. 1. l. quod quis sciens 50. infr. de condict. indeb. l. indebitum 9. Cod eod.* Ergo qui sciens se nihil debere mulieri, dotem nihilominus promittit sponso futuro mulieris nomine, credendus est donare velle & quidem non ei cui soluit, sed mulieri, cuius nomine & promisit & soluit. Exinde igitur incipit pecunia illa ad mulierem pertinere, ex causa donationis, & consequenter cùm negare sponsus non possit, quin eam pecuniam à promissore acceperit ob dotis causam, quæ secuta non est, tenetur vtique condictione mulieri, cui donatum voluit is qui pro ea soluit *l. si donaturus 9. infr. hoc tit.* Condictione, inquam, non indebiti, sed ob causam dati causa non secuta, vt disputauimus in præcedentibus. Videtur enim hoc casu promissor donasse primùm mulieri, & illa soluisse sponso futuro spe nuptiarum, quæ postea non sint secutæ. vt in *l. 3. §. sed si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor.* vbi dicitur in specie non valde dissimili celeritate coniungendarum actionum vnam occultari. Sed quid si donator hic promiserit quidem sponso soluere, sed tamen nondum soluerit, & nuptiis renunciatum sit? dabitúrne mulieri ex illa promissione actio in promissorem, an in sponsum potius? De hoc enim quærit Accursius, & respondet, quod & Bartolus probat, non alium, quàm sponsum agere posse ex illa promissione cùm ei facta sit, sed competituram mulieri aduersus sponsum condictionem, perinde ac competeret si pecuniam accepisset *arg. l. fin. C. ad leg falcid.* quæ probat optimè, paria illa esse promittere & soluere. Sed liberabitur sponsus cedendo actione, quam habet ex cautione ista contra promissorem, inquit Bart. ad Accursium, cùm non alia de causa teneatur sponsus mulieri, quàm quòd aduersus promissorem habeat actionem, ex regula *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* & exemplo eius quod mox subiicitur in *versic seq.* Mihi tamen & ociosa videtur quæstio, & mala ad quæstionem responsio. Nam cùm promissio facta sponso tacitam illam in se condicionem habeat, si nuptiæ sequantur, quomodo potest sponsus, postquàm renunciatum est nuptiis, agere contra promissorem ex illa stipulatione? *d. l. stipulationem 21. de iur. dot.* aut illa actione cedere, quam non habeat, aut quam si habet ipso iure, secundum ea quæ suprà disputauimus, habeat tamen inutilem & inefficacem? *l Stichum 95. §. pen. infr. de solut.* Nisi cum eodem Bartolo velis actionem, quæ in persona sponsi est inefficax, fieri efficacem in persona mulieris *arg l. vlt. in princip. C. de iur. dot. & l. Papinianus 28. mandat.* At neque hoc dici potest, cùm mulieri sit longè commodius agere propria actione, quæ numquam extincta fuit, contra suum debitorem, tanquam qui liberatus numquam fuerit *l. non enim 37. infr de iur. dot* Eadémque ratio facit, vt neque competere possit mulieri condictio aduersus sponsum, etiamsi mulieri donatum debitor voluerit, quia eo demum casu debet mulier habere condictionem, quo haberet ipse debitor si non donasset, hîc autem non haberet, quia nihil possit repetere is qui nihil soluit, satísque ei esse debet quòd non possit cogi soluere, siue quod ex ea promissione non possit agi actio ante secutas nuptias *d. l. 21. de iur. dot.* Siue quod possit se tueri doli exceptione, si ante nuptias conueniatur, vt hæc lex ait, quæ ideo benè loquitur de debitore, qui non tantùm promiserit, sed etiam soluerit, quo casu nullum nisi in condictione soluti potest auxilium superesse.

b *Sin autem verè debitor fuisset.* Non facilè possum mihi persuadere versiculum hunc esse Iuliani, sed credo potiùs esse Triboniani distinguentis suo more varios casus, eósque vndique conquirentis, etiam illos qui ad institutã disputationem nil pertinent, quod & in proposito casu ab eo factum est. Nam cùm Iulianus ex Nerua & Attilicino tractaret casum illum, quo is qui non erat debitor mulieris, pecuniam tamen pro ea dotis nomine sponso promiserat, distinguendum fuit duntaxat, an putaret ille se debitorem, an verò sciret se nihil debere; vt priore casu posset ipse condicere, posteriore autem non posset, sed mulier cui donasse ille videretur, at contrarius planè & contradictorius casus ille est, si promissor ille fuerit verus debitor, de quo nihil tractasse neruam & Attilicinum ex eo apparet, quod verba illa *ipse possit condicere*, quibus ad propositam quæstionem respondetur, non possunt construi & regi ab illis præcedentibus, *Nerua Attilicinus responderunt*, scribendum enim erat consequenter superioribus in infinitiuo, *ipsum posse condicere*, vt paullo antea, *ipsum repetiturum.* Item *mulieris esse actionem.* Deinde quod Triboniano familiarissimum est in suis distinctionibus, locutionem illam vsurpare, *sin autem*, pro eo quod prudentes nostri solent exprimere vnico articulo, *sin*, aut duabus his dictionibus, *si verò*, nam articulus *sin*, idem significat quod, *si autem.* Sed manum & inscitiam Triboniani apertius illud detegit, quod subiicit, *& ante nuptias soluisset, & nuptiæ secutæ non fuissent*, quomodo enim potest quis dici soluisse ante aut post nuptias, quæ numquam fuerint secutæ? Illud certè non nego verum esse, quod placet Triboniano, debitorem verum qui iussu mulieris soluit, pro ea dotis nomine sponso futuro, posse ipsum condicere, non mulierem, quia cùm per eam solutionem, quamuis iussu mulieris factam, non fuerit à muliere liberatus, nec liberari potuerit, nisi secutis demùm nuptiis, consequens omnino est, vt solutio quę ipsi liberationem acquirere non potuit, acquisiuerit saltem condictionem *l. non enim 37. & l. præced. infr. de iur. dot. d. l. si non sortem 26. §. si centum d. l. cùm is 32. §. de condict. indeb.* & quidem contra eum ipsum cui solutum est, non contra mulierem, cui nec solutum est, nec solutio proficit *l. his solis 49. eod. tit.* etsi enim iussu mulieris facta solutio est, ita vt perinde habendum videatur, ac si breuiore manu debitor mulieri eidémque creditrici suæ soluisset, mulier autem pecuniam suã in dotem sponso futuro dedisset *d. l. 3. §. sed si debitorem de donat. int. vir. & vxor. l. singularia 15. supr. de reb. credit. l. solutam 49. iunct. l. vero procuratori 12. §. sed etsi infr. de solut. l. si procurator 6. infr. de condict. indeb.* Id tamen in proposito ideò dici non potest, quia debitor non incepit à solutione, sed à promissione, quam iussu mulieris fecit, ac proinde non tam mulieris, quàm suo nomine soluisse intelligitur, vt se ab ea promissione liberaret. Suo enim nomine soluisse quisque præsumitur potiùs quàm alieno *l. 4. infr. de solut.* Quę

resta-

res facit, vt per eam solutionem liberari non potuerit, neque ipso iure, neque per exceptionem *l. indebitam 47. infr. de condict. indeb. d. l. Papinianus 28. infr. mandat. l. si quid possessor 31. supr. de hered. petit.* & consequenter, vt ipsi soli condictio danda sit non mulieri, nec si ratam habeat solutionem, quamuis cõtrà sentiat Accursius, & eum secutus Bartolus ex *d. l. si procurator 6. infr. de condict. indeb.* Quid enim potest addere ratihabitio ad iussum præcedentem, quem initio legis posuit Iulianus interuenisse? *d. l. si procurator versic. Celsus,* siquidem non alium maiorem aut meliorem effectum habere potest ratihabitio, quàm vt mandato æquiparetur *d. l. vero & d. l. solutam l. vltim. C. ad SC. Maced.* Neque verò potest quis per ratihabitionem suum facere negotium, nisi quod ipsius nomine vel contemplatione gestum sit *l. si pupilli 6. §. sed si ego & §. item quæritur supr. de negot. gest.* & de hoc casu loquitur Paulus in *d. l. si procurator,* non de illo, quo quis suo non alieno nomine soluerit, vt in specie huius legis: quare nec quicquam proficies si cum Bartolo dicas, mutari casum in hoc versic. & eam speciem tractari, in qua nullus mulieris iussus præcesserit, quod est omnino commentitium, aut si cum eodem Bartolo ad tuendum Accursij errorem replices, posse mulierem ratam habere solutionem, etiam non suo nomine factam à debitore, & ex ea ratihabitione acquirere sibi condictionẽ contra sponsum, ex æquitate, inquit, de qua diximus in *l. cùm fundus 31. §. seruum tuum supr. de reb. credit.* vbi defendit ille, quoties quis agendo contra Titium, non aliud consequi potest, quàm vt Titius cedat iis actionibus, quas contra Sempronium habet, permittendum ei esse, vt rectà agat contra Sempronium: nam præter id quod traditio illa Bartoli falsa est, cùm eo casu quo actionis cessio necessaria est, non magis ex æquitate, quàm ex rigore iuris agi sine cessione possit *l. Modestinus 76. de solut. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. pen. eod. l. vt fideiussor 36. de fideiuss. l. si res 59. l. rem hereditariam 65. infr. de euict. l. si res obligata 57. de legat. 1.* non puto verum esse, quod hîc Tribonianus ex suo ingenio docet, causam debiti manere integrã mulieri ad hoc solùm, vt ad aliud nihil debitor compellatur, nisi vt cedat ei condictitia actione. Tunc enim actionis cessio sola pro iusta præstatione est, cùm nõ alia de causa quis tenetur, quàm quòd aduersus alium habeat actionem *d. l. quod debetur 51. infr. de pecul.* at in proposito debitor mulieris, etiam post solutionem sponso factam non ideò tenetur, quòd habeat cõdictionem aduersus eum, cui pecuniam soluit dotis nomine, sed quia debitor mulieris est ex præcedente causa & obligatione, fortè mutui, aut alia, quæ per solutionem illam sublata non fuit *d. l. non enim 37. infr. de iur. dot.* Manet ergo causa debiti integra mulieri, vt debitorem suum vrgere omnimodo possit ad solutionem, acsi non soluisset sponso futuro: salua tamen ipsi aduersus sponsum condictione, nisi quòd si sponsus, qui pecuniam accepit, non esset soluendo ad eam restituendam, æquum esset mandati iudicio consequi eum indemnitatem à muliere, si modò per ignorantiam facti peremptoriam sponsum exceptio e non summouerit *d. l. indebitam 47. in fin. de condict. indeb.* puta quòd secutas fuisse nuptias putaret, nempe cùm iussu & mandato mulieris soluerit. Est igitur tota hæc clausula Triboniani, cuius manum deregunt etiam ablatiui illi absoluti, *causa debiti integra mulieri manente.* Item insulsa illa verborum multiplicatio, *ad hoc solùm manente vt ad nihil aliud debitor compellatur nisi vt cedat ei condictitia actione,* pro eo quod paucioribus verbis dicere poterat, *ad hoc solum manente vt cedat ei condictitia actione.* Quamquam nec stare simul ista possunt, vt integra actio mulieri maneat, & tamen pro pecunia quæ debetur, cogatur esse mulier contenta cessione condictionis. Valde siquidem imminuitur, & delibatur actio, quæ ad exactionem pecuniæ antea competebat, si ex postfacto incipiat non competere, nisi ad extorquendam pro pecunia actionis cessionem. Ex his apparet non sine causa præfari Bartolum, esse hanc vnam ex difficilioribus legibus, cùm explicari tota & defendi nulla ratione possit.

1 ¶ Fundus dotis nomine traditus, si nuptiæ secutæ non fuerint, condictione repeti potest: fructus quoque condici poterunt. idem iuris est de ancilla, & partu eius [a].

Ad §. 1. Fundus.

RAT. DVB. Condictio, de qua hîc agimus, nihil nisi repetitio est *l. 1. & pass. hoc tit. l. 1. infr. tit. prox. l. 1. & tot. tit. de condict. indeb.* Repeti autem non potest, nisi quod datum & traditum fuit, alioqui petitio ea dicenda esset non repetitio. Porrò qui fundum dotis nomine dedit, non ideo videri potest dedisse fructus, qui ex eo fundo posteà percepti sunt, nec eorum dominium transtulisse, quod ipse nunquam habuit *l. 1. §. cùm prædium in fin. infr. de pignor.* nec nouum est, vt ad vnũ pertineat dominium proprietatis, ad alium verò dominium fructuum, vt cernere est in fructuario, & bonæ fidei possessore *l. si fructuarius messem 13. supr. quib. mod. vsusfr. amitt. l. qui scit 25. §. 1. & vlt. infr. de vsur. l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin.* nec permisceri oportet causam possessionis, proprietatis & fructuum, *leg. penult. de acquir. poss.* adeóque nec vsusfructus & fructuum, etiam cùm de dote agitur *leg. si vsusfructus 66. de iur. dot. l. 4. de pact. dotal.* Cùm ergo fundus alicui traditus est, ex ea causa, ex qua dominium transferri in accipientem potuerit, translatum sit, si quando contingat, vt ex aliqua æquitate condictioni locus fit, siue indebiti, siue ob causam dati causa non secuta, siue ob turpem vel iniustam causam: an non apertè iniquum est, cogi eum qui fundum accepit, fructus, quos nunquam acceperit, restituere, & quos dominij iure perceperit, & ex fundo tunc suo? An non plus iuris habere debeat eorum retinendorum, quàm si bonæ fidei possessor duntaxat fuisset, cùm plus quàm bonæ fidei possessor fuerit, qui fuit etiam dominus? Quid enim amplius facere potest bona fides, quàm vt tantundem præstet, quantum veritas, vbi lex impedimento nõ est? inquit iuris regula in *l. bona fides 136. de regul. iur.* atqui hic de quo agimus, verè fuit dominus, aloqui nec condictione teneretur, cùm eæ demùm personales actiones dicantur condictiones, per quas intendimus dari quid, hoc est, dominium in nos transferri oportere *§. appellamus & §. sic itaque*

Instit. de action. Dominium autem transferre non potest ille qui non habet *l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin.* Fructus igitur fundi qui condicitur, in condictionem venire ipsi non possunt, illi saltem qui ante litē contestatam percepti sunt. Nam in fructibus post litem contestatam perceptis, ratio illa specialis videtur posse facere, vt in condictionem veniant quia quale quid est, cùm petitur tale dari debet, nec tantùm in vindicationibus *l. preterea* 20. *l. & ex diuerso* 35. *§. 1. l. qui restituere* 68. *supr. de rei vindic.* sed etiam in actionibus in personam *l. 2 infr. de vsur.* cuiusmodi sunt condictiones omnes *d. §. appellamus.* Sed fructuum ante litem contestatam perceptorum: alia ratio esse videtur, cùm is qui eos percepit, non ex re aliena sed ex sua perceperit, adeóque quod magis est, ex prioris domini qui ipse fundum tradidit, voluntate: quæ ratio etiam in malæ fidei possessoribus attendi interdum solet *l. de eo* 63. *in fin. iunct. l. si vxor* 19. *infr. de donat. int. vir. & vxor.* Dec. Condictiones omnes licèt sint stricti iuris non bonæ fidei, sunt tamen ex æquitate naturali comparatæ, ne quis per occasionem iuris ciuilis, contra naturalem æquitatem ex aliena iactura locupletetur, ipso etiam legislatore ciuili permittente, quod pugnaret certè cum ratione ciuili, non minùs quàm cum naturali *l. nam hoc natura* 14. *l. hæc condictio* 66. *de condict. indeb. l. iure natura* 206. *de regul. iur.* Ideóque sicuti prætor ex ea causa induxit exceptiones doli & metus *l. 1. §. 1. infr. de doli mal. & met. except.* Ita & legislator ciuilis condictiones omnes, quæ ob eam causam dicuntur naturales in *l. indebiti* 15. *de condict. indeb.* non autem vt putat ibi Accursius, quòd dentur etiam ad naturales accessiones. Atqui is in quem translatum est fundi dominium, locupletaretur ex aliena iactura, & quidem sine causa, si cum ipso fundo quem cogitur reddere fructus etiam omnes quos percepit, restituere, non cogeretur, quos vtique non percepisset, si non ipsius fundi dominiū nactus fuisset, omnes igitur quos percepit, etiam ante litem contestatam debet reddere, vt omnia per condictionem in eum statum reducantur, in quo essent, si dominium in accipientem translatum nunquam fuisset *l. videamus* 38. *§. 1. & seq. inf. de vsur.* vbi tractatur specialiter de fructibus fundi quoque in dotem dati, & perceptis siue eo tempore, quo adfinitas sperabatur, siue posteà. Cùm enim fructus non iure seminis percipiantur & acquirantur, sed iure soli, vt scriptum est in *l. qui scit* 25. *§. 1. de vsur.* consequens est, vt sicuti dominiū quod per traditionem à priore domino abscesserat, ad eum redit per cōdictionem [de ea siquidem condictione loquimur, quæ non petitio est, vt certi condictio ex stipulatione, sed repetitio eius scilicet rei quæ aliquando nostra fuit, quemadmodum initio diximus] ita & cùm dominio fructus ad eum redeant, tanquam accessiones naturales & quas percepisset ille, & acquisiuisset sibi, si rei suæ dominium in alium minimè transtulisset: Idque non tam ex æquitate aliqua, quod præcipuè obseruandum est: quamuis cōdictiones ipsæ ex æquitate nascantur, quàm ex mera iuris ratione supposita, tamen condictionis æquitate & necessitate, adeò vt si quis per errorem & imperitiam fortasse iudicis obtinu[er]it in iudicio condictionis, eodem errore necesse sit obtinere illum etiam in fructibus, exemplo eius quod in rei vindicatione scriptum est in *dict. leg. & ex diuerso* 35. *§. 1. supr. de rei vindic.* ne causa fructuum à causa dominij separetur: nec mirum videri debet huius possessoris, qui etiam verus dominus interim fuit, deteriorem condicionem esse, quòd ad fructuum restitutionem attinet, quàm nudi bonæ fidei possessoris, huic enim bonæ fidei possessori, qui ex re aliena quidem, sed quam suam putabat, & quasi ex sua fructus percepit, nihil est quod imputare possis, at ei qui dominium rei meæ nactus est, ex ea causa propter quam ipsam reddere illud mihi debeat, imputari potest, aut cur mala fide nactus sit ex ea causa, quam sciebat vel nullam, vel turpem, vel iniustam esse, aut cur hodie velit retinere sine iusta causa, sine qua non fueram traditurus, aut ex ea causa, quæ iusta quidem ab initio fuerit, sed quæ posteà vel finita vel non secuta sit *l. 1. & pass. infr. de condict. sin. caus.* In eóque obseruanda differentia est, quæ à Paulo traditur in *d. l. videamus* 38. *§. si actionem iunct. d. §. 1. infr. de vsur.* Inter condictionem, per quam repeto id quod meum fuit, & illam, per quam peto id quod nunquam meum fuerit, vt si fundum mihi dari petam condictione certi ex stipulatione, de qua in *leg. si quis certum* 14. *supr. de rebus creditis & §. 1. Instit. de verb. oblig.* Hoc enim casu fructus non veniunt in condictionem, nisi qui post litem contestatam, acceptúmque iudicium percepti sunt, idque non nisi ex æquitate, si Sabino & Cassio credimus, quos Paulus refert in *dict. §. si actionem,* quāuis Papinianus hoc ipsum videatur referre ad strictam iuris rationem illam, quòd quale quid est, cùm petitur tale dari debeat, in *d. l. 2. eod. tit.* Cessat enim in hac certi condictione ex stipulatione ratio illa restituendorum fructuum ante litem contestatam perceptorum, quia is qui fundum ex stipulatione dare debuit, fructus ex re sua percepit, non ex mea, ideóque suos fecit, nec illos ego percepissem, quamuis non percepisset ipse, nisi eos demum, quos ei contigerit percipere post litem contestatam, qui causæ appellatione continentur *d. l. 2. & d. l. preterea* 20. *supr. de rei vindic.* Nisi dies stipulationi adiectus sit, quo casu fructus post diem percepti veniunt in condictionem, iure saltem eius quod interest, si per promissorem steterit, quominùs eo die fundus præstitus sit *l. si fundum certo die* 114. *infr. de verb. oblig.* at in condictione rei quæ fuit aliquando mea, indistinctè veniunt fructus, & ex mero iuris rigore, vt dixi, non ex æquitate. Nec enim æquitas & officium iudicis ad ea extendi potest, quæ ante acceptum iudicium contigerunt, nisi nominatim ei fuerint iniuncta, vel saltem per generalem clausulam, *ex fide bona*, quæ in bonæ fidei iudiciis omnibus addi solebat *l. Ædiles* 25. *§. item sciendū est infr. de adilit. edict.* & ex qua peti ratio debet, cur in bonæ fidei iudiciis fructus veniant, adeóque vsuræ, non à die tantùm litis contestatæ, sed etiam ex die moræ *l. mora* 32. *§. in bona fidei l. vsura* 34. *l. & in contraria* 37. *& d. l. videamus* 38. *§. ex causa & §. penult. de vsur.* Hæc verò Accursius noster non satis benè intellexit, qui actiones istas omnes videtur confundere, quantum ad fructuum restitutionem, id est condictiones, quæ sunt repetitiones cum iis quæ sunt petitiones, & vtrasque cum actionibus bonæ fidei, quasi in omnibus veniant fructus eodem modo. Quod ex iis quæ diximus, apparet euidenter falsum esse, nam in condictionibus eius rei, quæ aliquando fuit actoris, fructus omnes veniunt, etiam qui ante litem contestatam, adeóque ante moram vllam percepti sunt, vt constat ex hoc *§. & l. cùm quis* 12. *infr.*

12.*infr. hoc tit. l. indebiti* 15.*infr. de condict. indeb. d. l. videamus* 38. §. 1. *de vsur.* In iis verò condictionibus per quas petimus, id quod nostrum numquam fuit, fructus quidē veniunt, sed ij tantùm qui post acceptū iudiciū percepti sunt *d. §. si actionē d. l. 2. de vsur. d. l. cùm fundus* 31. *in princ. supr. de reb. credit.* at in bonæ fidei iudiciis fructus veniunt, etiā qui ante litē contestatam percepti sunt, sed tamen non omnes, at illi soli qui post moram percepti sunt *d. l. mora* §. *in bona fidei d. l. vsura* 34. *d. l. & in contraria* 37. *de vsurp.* quomodo accipi debet, quod de fructibus ex iudiciis bonæ fidei omnimodo præstandis indistinctè scriptum est in *d. l. videamus* 38. §. *ex causa* & §. *penult. eod. tit.* nec enim ex bona fide & æquitate est, vt illius quoque temporis fructus præstentur, quo mora nulla contracta sit, satísque est, quod in iis solis moræ ratio habeatur, & in vltimis voluntatibus *l.* 3. *C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. l.* 3. *in princip. de vsur. l. si quis seruo* 84 *l. Titia Seio* 87. §. *vsuras de legat.* 2. non etiam in stricti iuris contractibus & iudiciis. Sunt ergo deterioris hac parte condicionis iudicia bonæ fidei, quàm condictiones, per quas repetimus id quod nostrum aliquando fuit: Sed vicissim sunt melioris in hoc, quod non modò fructuum, sed etiam vsurarum additamentum ex eodem moræ tempore recipiunt *d. §. in bona fidei d. l.* 3. *C. in quib. caus.* quod in condictionibus etiam fauorabilioribus secus est *l.* 1. *C. de condict. indeb. l. quoties* 4. *C. de condict. ob turp. caus.* nempe quia vsuræ sunt accessiones ciuiles, non naturales, nec certum est eas percepturum fuisse illum, qui pecuniam condicit, quia non natura, sed iure percipiuntur *l. si nauis* 62. *supr. de rei vindic.* id est non ex ipsa pecunia, quæ sui natura sterilis est, sed ex negotiatione, id est, ex stipulatione sine qua nec deberi possunt *l.* 3. *C. de vsur. l. Titius* 24. *infr. de praescr. verb.* sicut & precium rei vēditæ non ex ipsa re vendita percipitur, sed ex venditione & negotiatione *l. venditor* 21. *de hered. vel act. vendit.* Is porrò qui pecuniam cōdicit quæ sua fuit, licèt potuerit ex ea negotiari si habuisset, & vsuras stipulari, poterat tamen etiam non negotiari, nec stipulari: denique sufficit non fuisse vsuras in stipulationem deductas, vt nullomodo debeantur *d. l.* 3. *C. de vsur.* quamuis in accessionibus frumenti, hordei, olei, & aliarum huiusmodi mercium aliud sit, vt etiam ex pacto nudo dum incontinenti apposito deberi possint *l. frumenti* 17. *eod. tit.* propter incertam earum rerum æstimationem, quæ per tempora variatur *l. oleo* 23. *eod. tit.* Nec tantùm hac parte alia ratio est fructuum, alia vsurarum, sed & in eo, vt cætera taceam, quod in iudiciis strictis fructus quidem veniūt. Post litem contestatam *d. §. si actionem*, at vsuræ non veniunt ob eandem rationem, quam proximè attulimus, quamuis eæ, quæ ante litem contestatam deberi ex stipulatione cœperunt, non desinant currere lite contestata, nec earum cursus interrumpatur per eam nouationem necessariam, quam litis contestatio inducit. Quæ sententia & ratio est *l. lite contestata* 35. *infr. eod. ill. tit. de vsur. iunct. l. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *inf. de nouat.* non enim sicut vsuræ vicem fructuum obtinent *d. l. vsura*, ita è conuerso fructus vicem vsurarum: illud autem circa legis huius interpretationem obseruatione dignum est, quod ait *d. l. videamus* 38. §. 1. *eod. tit. in versic. sed etsi*, etiamsi per mulierem steterit, quominus nuptiæ contrahantur, magis tamen esse, vt illa fructus recipere debeat. Eiúsque sententiæ ratio statim subiicitur in hæc verba, *Ratio autem hac est, quòd si sponsus non conueniebatur restituere fructus, licuerat ei negligere fundum.* Quæ tamen ratio mihi videtur planè inepta & malè concinnata: inepta quidem, quoniam non probat reddendos esse mulieri fructus eo quoque casu, quo per mulierem steterit, ne nuptiæ sequerentur, quod tamen maximè probandum erat, cùm in toto iure ciuili in præiudicium eius per quem stat, ne quid fiat, pro facto id haberi debeat, tum quoque cùm faciendi cōdicio expressa est, quanto magis si non sit nisi tacita? *l. iure ciuili* 24. *de condic. & demonstr. l. Iulius Paulus* 81. *in fin. eod. tit. l. in iure ciuili* 161. *de regul. iur.* Quamquam responderi potest quod rationis loco addendum erat, nō fuisse metu dotis amittendæ, quæ nunquam dos fuisset constringendam libertatem matrimoniorū contrahendorum, quæ sicut inter inuitos non cōtrahuntur *l. si patre cogente* 22. *de rit. nupt.* ita nec legitimè contracta inter inuitos olim retinebantur, cùm æquè libera essent diuortia, ac multo magis repudia *l.* 2. § 1. & 2. & *pass. de diuort. & repud. l. si sponsalibus* 58. *in princip. de iur. dot.* alioqui mulier, quæ etiam sine causa sponsalibus renunciasset, maneret indotata, atque ita alij nubere prohiberetur, quod non tantùm à ratione & æquitate, sed etiam à publica vtilitate alienum esse *l.* 2. *eod. l.* 1. *solut. matrim. l. interest* 28. *de reb. author. iudic. possid. aliàs l.*, *de priuileg. credit.* Malè autem concinnata est, vt dixi, ratio supradicta, propter insulsam temporū, & verborum compositionem. Sic enim concipi potiùs debuerat, *quòd si sponsus non conueniretur ad restitutionem fructuum liceret ei fundum negligere*, non quomodo concepta est per verba illa, *conueniebatur* & *licuerat*. Nec rursus Latina videri potest illa locutio, *conueniebatur restituere fructus*, pro eo quod prudentes & bonæ latinitatis authores dicerent, *ad restitutionem fructuum*, éstque hîc purus græcismus Triboniano Græco homini, & in latina lingua peregrino familiaris, sicut & illa temporum immutatio, vt ex tot Iustinianiani constitutionibus, quas ille latino sermone conscripsit, videri potest: nec alius error vlius est, qui faciliùs excidat cuilibet aliena lingua, in qua non satis benè sit versatus, siue loquenti, siue scribenti. Triboniano autem tanto faciliùs, quòd ille non tam dotibus, quàm mulieribus fauere impensiùs, & plus æquo volens, maluit nouam & stultam rationem perquirere, quæ solo mulierum fauore niteretur, quàm ex iure communi eam sumere, quæ condictionibus omnibus conueniret. Nam si bona ratio esset extra causam & fauorem mulieris, faceret vtique vt in cæteris quoque personis idem dicendum esset, vt condictione ob causam dati causa non secuta, fructus consequi deberet is quoque, per quem factū fuisset, ne causa secuta esset. Quod probabiliter defendi certè nullomodo potest *d. l. in iure ciuili* 161. *in fin. de regul. iur.* Debuit igitur ratio specialitatis sumi ex fauore dotium & libertate matrimoniorū ac repudiorum, vt diximus. Nec rursum video qua ratione verendum sit, ne maritus negligat fundum tanquam certus de fructibus nō restituendis, quandiu incertus est, an matrimoniū futurum sit, cùm potiùs credere debeat futurum, qui certus est, per se nihil factū iri quominùs matrimonium sequatur, quo secuto esset ille ipse pœnas suæ negligentiæ luiturus, & fundum dotalem incultum, tantóque deteriorem factum habiturus. Quinimò si ius ita esset, vt sponsus conuentus condictione fundi ob nuptias dati, quæ secutæ non essent, nullos tamen fructus reddere teneretur, hoc

ipso excitari deberet ad fundum tanto diligentiùs excolendũ, vt tanto vberiores fructus interim perciperet, quos sciret nullo se casu restituturum. Quemadmodum è contrario quoties fructus restituendi sunt nihil prodest possessori, quòd per suam negligentiam vel nullos, vel minores perceperit, cùm in quæstione fructuum generaliter animaduertẽdum sit, non an malæ fidei possessor fruitus sit, sed an petitor fuerit fruiturus, si ei possidere licuisset, vt scriptum est in *d. l. si nauis 62. in fi. de rei vindic.* Hic autem de quo agimus, qui rem quę mea fuit, possidet, siue ex iniusta causa, siue non ex iusta, siue ex causa iusta quidem & honesta, sed quæ vel non secuta vel finita sit, aut denique sine causa, plus quàm malæ fidei possessor est, quamuis sit dominus, cùm etiam malæ fidei, vt ita dixerim, dominus sit *l. 1. l. perpetuo 6. inf tit. 1. l. 1. de cond. sin. caus. l. rerum quidem 25. infr. Rer. amot.* non enim caret dolo *l. 2. §. circa infr. de doli mali except.*

a *Idem iuris est de ancilla & partu eius.* RAT. DVB. Partus non est in fructu, cùm fructus omnes rerum natura hominum gratia cõparauerit *l. vetus fuit quæstio 68. supr. de vsufr. l. in pecudum 28. inf. de vsur.* Ergo quamuis non secutis nuptiis fundus, qui dotis nomine datus fuerat, condici possit, simul cum fructibus, qui ex eo percepti sunt, aut percipi potuerunt: aliud tamẽ iuris esse videtur, si ancilla in dotem data sit, vt quamuis ea condici possit, partus nihilominus in condictionem non veniat, qui nec traditus fuit, sed apud nouum dominum editus. DEC. Partus licèt non sit in fructu, attamẽ perinde ac fructus accessio naturalis est, ideóque ratio eadem locum habet, quam in fructibus vsurpauimus, vt perinde ac fructus restituendus sit priori domino, licet non perinde ac cæteri fructus acquiratur bonæ fidei possessori. Est enim amplior & fauorabilior restitutio fructuum, quàm acquisitio, & partus quamuis fructuum appellatione non contineatur, nomine tamen & appellatione causę continetur *d. l. 2. de vsur. l. prætereà 20. sup. de rei vind.* quia editus fuisset partus apud pristinum dominum, si non fuisset traditus et qui nunc condicitur.

8. NERATIVS libro 2. Membranarum.

QVod Seruius in libro de dotibus scripsit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam ætatem habeat, nuptiæ factæ sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intelligendum est: vt, si diuortium intercesserit priùs, quàm vtraque persona iustam ætatem habeat, sit eius pecuniæ repetitio: donec autem in eodem habitu matrimonij permaneant, non magis id repeti possit, quàm quod sponsa sponso datis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas. quod enim ex ea causa, nondum coito matrimonio, datur: cùm sic detur, tamquam in dotem peruenturum: quamdiu peruenire potest[a], repetitio eius non est.

Ad l. Quod Seruius 8.

RAT. DVB. Certum est nuptias non consistere inter eas personas, quarum altera nondum nubilem ætatem habeat, non magis quàm si neutra ex iis esset legitimæ ætatis, masculus sc. annorum quatuordecim, fœmina verò annorum duodecim, *Instit. de nupt. in princ.* Atqui non potest dos esse sine nuptiis *l. 3. inf. de iur. dot.* Ergo generaliter verum est, quod Seruius in libro de dotibus scripserat, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam ætatem habeat, nuptiæ factæ sint, id quod dotis nomine datum est, interim repeti posse, & quidem condictione ob causam dati causa non secuta, cùm negari non possit, ideo datam esse pecuniam, vt dotis statim fieret, non vt quandoque posteà in causam dotis perueniret. In quo differt proculdubio hic casus ab eo quem Neratius quasi similem adfert, de eo quod à sponsa datum est sponso dotis nomine. Hoc enim casu, cùm id quod ex causa dotis datur nondum coito matrimonio, sic detur tanquam in dotẽ aliquando peruenturum, meritò placuit quandiu peruenire potest, licèt nondum peruenerit, repetitionem eius esse non debere, quia nec alia mente datum est, quàm vt suo tempore perueniret. At cùm ob nuptias iam contractas aliquid datum est, quasi eo ipso instanti, & ab initio futurum dotis, apparet causam ob quam datum est, neque secutam esse, neque sequi vnquam posse. Nunquam enim fieri poterit, vt ab initio dos fuisse videatur, nec si in eodem habitu matrimonij legitimam ætatem ambo compleant. Quidni ergo interim locus erit huic condictioni, ob causam dati causa non secuta? Idque Seruium sensisse valde probabile est, neque interpretationem & distinctionem Neratij admissurum fuisse, si de ea interrogatus fuisset, vt constat ex dictione *interim* quæ ostendit intellexisse Seruiũ de eo casu, quo spes adhuc aliqua subesset futuri matrimonij, non quo diuortium siue de iure siue de facto, vt Accursius loquitur, intercessisset; priusquã vtraque persona iustam ætatem compleuisset. Etsi non ignoro dictionem illam *interim* non tam ad repetitionem, quàm ad dotis dationem referri oportere. Sic enim lex habet *quod dotis nomine interim datum est repeti posse* non autem ita *quod dotis nomine datum est repeti interim posse.* Sed tamen quis credat, sic Seruium sensisse, vt quod interim, id est, ante completam nubilem ætatem datum est dotis nomine, repeti possit interim quoque, sed post diuortiũ tamen quod secutum sit, priusquàm nubilis ætas illa compleretur? Præsertim cùm sit prępostérum, vt diuortium sit, vbi nullæ sunt veræ nuptiæ *l. inter stuprum 101. §. diuortium l. inter diuortium 191. de verb. signific.* Qua de causa solent nostri, post Accursium, dictionem hanc *diuortium* in hoc loco accipere pro repudio, ponúntque sponsalia etiam in casu Seruij præcessisse: quod tamen neque ipsius verbis conuenit, neque sequenti clausulæ, in qua tractatur de eo quod à sponso datum sit sponsæ dotis nomine. Nec sanè quicquam prohibet, nullis etiam præcedentibus sponsalibus nuptias contrahi, & quidem

& quidem legitimas inter eas personas, quæ sint illegitimæ ætatis: illegitimas verò si alterutra persona contrahentium legitimam ætatem nondum compleuerit. Et alia quæstio est, an illegitimæ & festinatæ nuptiæ inter eos contractæ, qui sponsalia iustè contrahere potuerunt, sponsaliorum saltem vim habeant: Quod etsi plerique putant ex *cap. 1. de despons. impub. in 6.* ad hanc tamen legem nil pertinet, in qua tractatur de pecunia data ob causam nuptiarum, non sponsaliorum: quæ causa non potest videri secuta, quandiu secutum non est verum, iustúmque matrimonium, nec sufficit durare spem matrimonij, nisi cùm data est dos sponsaliorum tempore, intuitu & cogitatione futurarum nuptiarum, quæ sequi adhuc possunt, non autem cùm dos data est propter nuptias quasi iam legitimè contractas, quæ tamen non valuerunt: nam eo casu nihil fit contra mentem contrahétium, etiamsi repetitio interim inhibeatur nisi expressim renuncietur spõsalibus. Sed pro interpretatione Neratij illa decidendi ratio adferri potest, quod tum quoque cùm sponsalia nulla præcesserunt inter personas minoris ætatis, & cœptum est à nuptiis illegitimis, spes tamen probabilis est futuri matrimonij, si mulier apud virum compleuerit annum duodecimum, neque nouo vllo consensu opus est, ad nouum matrimonium contrahendum *l. minorem 4. inf. de rit. nupt.* adeò vt perfici hoc casu videatur matrimonium, quod antè fuerat inchoatum, non autem conualescere, quasi quod antea irritum fuisset. Fuit enim potius in suspenso, quousque legitima ætas compleretur: alioqui non posset dotis datio conualescere, cuius condicio tacita semel defecisset *l. & licèt 12. infr. de iur. dot.* Cùm ergo possit matrimonium perfici ac legitimum fieri ex sola ætate legitima superueniente, nullo hominis, sed naturæ tantùm facto interueniente, vt in *l. filius 28. §. filiusfamilias in fin. infr. de liber. & posthum.* consequens omnino est, vt interim non minùs inhibenda sit repetitio eius, quod in dotem datum est, quàm si à sponsa sponso datum esset, quandoquidem sponsalibus solis præcedentibus nouum consensum sequi necesse est, vt fiat matrimonium: qui tamen non æquè necessarius est, nec noua ductio in domum viri, cùm puella præmaturè nupta duodecim annos apud virum compleuit. Est igitur bona horum casuum comparatio, quod pertinet ad inhibendam interim dotis repetitionem, quandiu spes est, peruenturam pecuniam in causam dotis. Quamuis enim cùm cœptum est à nuptiis id actum videatur, vt iam tùm & ab initio pecunia dotis fieret, quod nec factum est, nec fieri potuit, attamen sicuti matrimonium ab initio imperfectum fit ex postfacto perfectum solo cursu temporis, ita & dos quæ ab initio dos esse non potuit ex euentu iam tum dos fuisse intelligitur, cùm matrimonij causam concomitetur, nec vlla noua dotis datione indigeat, sed tam citò vera dos esse incipiat, quàm matrimonium est, aliud dici oporteret, si noua datio dotis esset necessaria. Quæ enim prius data fuisset absolutè repeti interim posset, vtcunque sit, non puto interpretationem hanc siue Neratij sit, siue, quod facilè crederem, Triboniani fauentis more suo dotibus, aut potius mulieribus, ne mulier tum quoque cùm adhuc nupta non est sit tamen indotata, menti Seruij eiúsque sensui conuenire. Nam præter id quod iam disputauimus, absurdum esse, vt de diuortio tractetur antequàm perfectum sit matrimonium, esset hæc Seruij sententia de casu prorsus indubitabili: cùm etiamsi verum matrimonium, veráque dotis datio præcessisset, dotem tamen secuto vero diuortio reddi oporteret: nisi fortè quis tam stultus sit, vt suspicetur maiorem vim esse nuptiarum imperfectarum, quàm perfectarum ad retinendam dotem, quod esset ridiculum. Non nego tamen Seruij sententiam duram esse, nec audiri debere puellam minorem annis duodecim quæ præmaturè nupsit, & dotem dedit, si pœniteat eam dotis datæ, nec tamen pœniteat festinati matrimonij. Quandiu enim in eodem habitu matrimonij permanet, nulla ratio est, vt quæ adhuc nupta esse vult, dotem repetat, sicuti nec quod sponsa sponso dotis nomine dederit, repeti interim potest, quandiu manet inter eos adfinitas, scilicet sponsalia, quæ tamen non tam adfinitas verè est quàm principium quoddam adfinitatis perfuturum matrimonium contrahendæ non inter virum & vxorem, sed inter vtriusque cognationes *l. non facilè 4. §. sed quoniam infr. de gradib. & adfin.* Quæ dubitandi ratio erat ad *l. non ideo 5. C. de hered. instit.* Vt proinde tam impropriè adfinitatem hanc dixerit hîc Neratius aut Tribonianus, quàm in præcedentibus *diuortium* non pro repudio, cùm nec vlla præcessissent sponsalia, sed pro nuda præmaturè contracti matrimonij pœnitentia? Qua interueniente, & muliere domum viri deserente, nullis etiam aut repudij aut diuortij formulis vsurpatis, dubitandum non est, quin eius quod dotis nomine datum fuerat condictio competat. Est enim hic contractus non dotis, qui non potest fieri sine vero matrimonio, sed innominatus, in quo proinde locus est pœnitentiæ ex parte illius qui dedit, quousque transeat in verum perfectúmque matrimonium *l. si pecuniam 5. sup. hoc tit.* cum qua proinde non pugnat hæc lex, sed consentit potius, vt nec sit necesse dicere cum Accursio & Bartolo præcessisse sponsalia, quod in casu Seruij falsum planè est. Sed cùm dos hæc data sit ex causa quasi præsentis & validi iam matrimonij, non potest diuidi pœnitentia, vt puellam, aut eum qui pro puella dotem dedit pœniteat quidem dotis datæ, sed non tamen festinatarum nuptiarum, ita vt in eodem habitu matrimonij permaneat. Et hoc nimirum est, quod ad Seruium annotare Neratius voluit. Planè sponsalibus contractis, quæ, vt nomen ipsum ostendit, non nisi per mutuam sponsionem solemnémque stipulationem contrahi possunt, cùm sit contractus nominatus, certum est nihil facere nudam pœnitentiam, sed repudij solemnitatem esse necessariam de qua in *l. 2. de diuort. & repud.* Simile quid à Papinianus factum obseruaui in *l. 3. in princip. infr. de vsur.* vbi constitutionem Imperatoris Antonini de nullis vsuris intra iudicati tempora præstandis, cùm dura nimis videretur, nec tamen authoritatem eius auderet vel posset infringere, sic tamen restringit per interpretationem, vt non alio casu locum habere possit, quàm si debitoris mora nulla sententiam præcesserit, quod tamen fatetur ille vix vnquam posse contingere, nisi vno illo casu quẽ adfert, quo falcidia interuenerit, de quo scripsimus *libr. 7. Coniect. cap. 1.* Idem præstat hîc Neratius ad Seruium summę authoritatis Iureconsultum, vt quia sententiam ipsius duram improbare non audet, eam saltem interpretatione sua quamuis parum probabili leniat ac temperet.

a *Quandiu peruenire potest.* RAT. DVB. Potest fieri vt etiam misso post sponsalia repudio, adeóque fa-

cto, quantum fieri potest, ante contractas verè nuptias diuortio, eædem personæ rursus coeant in matrimonium, quo etiam casu dos quę in prius matrimonium data fuerat in posterius conuersa intelligitur *l. dotem 30. infr. de iur. dot.* Ergo si sufficit, vt pecunia quæ dotis nomine data est, siue à puella præmaturè nupta, siue à sponsa, sponso peruenire in dotem quandoque possit, consequens erit, vt nullo casu possit repeti, quandiu eædem personæ viuent, nec si mediæ aliæ intercesserint nuptiæ, vt in *l. si sponsalibus 58. in princip. eod. tit.* quod tamen euidenter falsum est, vt hęc ipsa lex probat, & *d. l. & licèt 22. eod. tit. de iur. dot.* Dec. Etsi verbum *potest* sui natura sit extensiuum in futurum tempus quodlibet, & ad omnem casum possibilem, vt Bartolus loquitur ex *l. 1. de iniust. rupt. Auth cui relictum C. de indict. viduit. tollend. l. ita stipulatus 115. in princip. de verb. oblig. l. si ita quis testamento 51. de leg. 2.* quomodo de verbo *volet* scriptum est in *l. 1. §. si quis addita & l. filij 6. §. 1. infr. ad SC. Tertyll.* cùm tamen restrictum est ad certam causam, non debet eam causam egredi, ne quidem inter easdem personas, multo minus autem ad alias personas extendi debet, sed interpretationem recipere ex vulgari illa clausula, quæ in ipsis quoque conuentionibus omnibus subintelligenda est, *rebus sic stantibus l. continuus 137. §. cùm quis in fi. de verb obl. l. cùm quis 38. in princip. infr. de solut.* Ergo in proposita specie tandiu cessare debet repetitio pecuniæ in dotem datæ, quandiu ea pecunia in causam dotis peruenire potest ex eo contractu, qui celebratus fuit, siue sponsalia fuerint, siue præmaturæ nuptiæ, non ex alia noua causa extrinsecus superueniente: itaque si renunciatum sit sponsalibus solenniter, vel festinatis nuptiis quoquomodo, incipiet vtique competere dotis repetitio, non tanquam dotis, sed tanquam pecuniæ quæ in causam dotis nec peruenit adhuc nec peruenire amplius potest ex priore causa *l. 1. C. de instit. & substit. l. vter ex fratribus 23. de condic. instit. l. Titio centum 71. §. Titio genero de condict. & demonstr. d. l. si sponsalibus 58. de iur. dot.* Ex quo benè infert Bartolus, quoties quis renunciat omni iuri, quod in aliqua re habet, vel habere potest, aut possit, debere renunciationem intelligi *rebus sic se habentibus*, id est, de iure quod sit præsens, & iam natum vel re vel spe, non de illo etiam, quod postea ex noua causa superuenire possit. Quomodo nec statuliberum dicimus omnem seruum, qui ex quacunque causa possit in futurum consequi libertatem, [essent enim hoc sensu serui omnes dicendi statuliberi] sed eum solum cui libertas iam data sit in diem vel sub condicione *l. 1. & 2. infr. de statulib.* Illud sanè verum est, quod ex hac lege notat Accursius, quoties aliquid in pendenti est, expectandum interim esse, quousque certum esse incipiat vel factum id esse, vel fieri amplius non posse ex *d. l. si sponsalibus l. dotis fructum 7. §. vlt. l. si debitor 80. iunct. l. si is qui 56. §. vlt. inf. de iur. dot. l. non omnis 19. l. pecuniam 56. supr. de reb. credit. l. de hereditate 19. §. paterfamilias infr. de castrens. pecul. l. quadam 15. de reb. dub l. qui res 98. in princip. & §. 1. de solut.* Item quod addit Bartolus speciale esse fauore matrimonij, vt qui puellæ nomine pecuniam, aut aliam rem dedit futuro marito, non possit ex pœnitentia repetere quandiu spes est futuri matrimonij, ne contingat ea ratione matrimonium impediri ex *l. si ego 9. in prin. & §. 1. inf. de iur. dot.* Quod & nos scripsimus ad *l prox. in prin. sup.*

9. Pavlvs libro 17. ad Plautium.

SI donaturus mulieri, iussu eius, sponso numeraui, nec nuptiæ secutæ sunt: id mulier condicet. Sed si ego contraxi cum sponso a, & pecuniam in hoc dedi, vt, si nuptiæ secutæ essent, mulieri dos adquireretur, si non essent secutæ, mihi redderetur: quasi ob rem datur: &, re non secuta, ego à sponso condicam.

Ad l. Si donaturus 9.

Rat. dvb. Cùm quid datum fuit ob causam, quæ secuta non est, condictio ei competit qui dedit. Nam & condictio hæc nihil aliud est, quàm repetitio, vt diximus ad *§. 1. l. qui se debere 7. supr.* Repetere autem is demum potest qui soluit. Atqui pecunia quam ponimus sponso numeratam esse, non à muliere numerata est, sed à donatore, quamuis iussu mulieris, vt lex ponit. Ergo mulieri danda condictio non est, sed donatori, si nuptiæ secutæ non sint. Dec. Quod quis donaturus mulieri iussu eius sponso numerauit, non tam à donatore ipso, quàm à muliere datum videtur, ad quam pecunia ex donatione pertinet. Celeritate enim coniungendarum actionum vna occultatur *l. 3. §. sed si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor. l. singularia 15. supr. si cert. pet. l. vt mihi 21. §. 1. inf de donat.* condictio igitur mulieri danda est, non donatori *dict. l. qui se debere versi. sed si cùm sciret.* nec nouum est vt alius soluat, alius repetat *l. nec nouum est 5 cum duab. praced. infr. de condict. indeb.* vbi dicemus, neque pugnat *d. l. 7. vers. sin autem sup.* vt ibi scripsimus.

a *Sed si ego contraxi cum sponso.* Rat. dvb. Quoties quis cum sponso contrahit, & pecuniam ei dat in hoc, vt si nuptiæ sequantur, mulieri dos acquiratur, negari non potest quin dos mulieri donata videatur, non minus quàm in superiore casu. Ergo perinde dicendum est non secutis nuptiis dandam esse condictionem mulieri, non ei, qui pecuniam dedit. Dec. Conuentio facta in vnum casum, porrigi ad alium casum contrarium & contradictorium nunquam potest, etiamsi esset casus ille omissus *l. si dotem 22. in princip. inf de solut. matr.* multo minus si in casum illum contrarium alia pactio facta esset, in fauorem præsertim donatoris, cuius liberalitas nec ei captiosa esse debet, cùm donatio, si contractus est, non bonæ fidei contractus sit, sed stricti iuris *l. eum qui 22. infr. de donat.* atqui ponimus eum qui pecuniam dedit, ita cum sponso contraxisse, vt si quidem nuptiæ secutæ essent mulieri dos acquireretur, si verò secutæ non essent ipsi redderetur. Consequens igitur est, vt in eum casum quo nuptiæ secutæ non sint, mulier non sit donataria, ac proinde, vt non mulieri condictio danda sit, sed ei qui cum sponso contraxit, cùm in eum casum expressa conuentione sibi prospexerit, quæ etiamsi tam expressa non esset, sufficeret tamen meo iudicio, pars illa conuentionis qua cautum est, vt si nuptiæ secutæ essent,

tæ essent, mulieri dos acquireretur, bona enim consecutio est, vt eo igitur casu quo nuptiæ secutæ non sint, reddenda sit dos alij quàm mulieri *arg. l. inter soserum 26. §. cùm inter de pact. dotal.* Cui verò alij, quàm ei ipsi qui dedit? Negotium enim contractum est inter eum & sponsum, vt loquitur *l. 2. infr. de cond. indeb. & l. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact.* quod Paulus noster exprimit his verbis *quasi ob rem datur* ex quo negotio sequitur dandam esse ciuilem actionem, id est, condictionem ei qui dedit, etiamsi nulla specialis pactio de eo facta sit, alioqui erit quæstio de indubitabili, si quæras, an habere debeat condictionem non secutis nuptiis, ille qui dedit ea lege expressim adiecta, vt si nuptiæ secutæ non essent dos illi ipsi qui dedit, redderetur. Qua de causa putabam aliquando, quod etiamnum videtur mihi probabile, irreptitia esse verba illa *si non essent secutæ, mihi redderetur*, & ex glossa interpretis alicuius in textum inuecta, non ob id tantùm quòd non soleat Paulus de iure tam aperto respondere, sed etiam quia sic inita conuentione non competeret condictio ob causam dati causa non secuta, sed condictio certi siue ex stipulatione si interposita esset stipulatio, siue ex contractu incerto & innominato si non esset interposita *l. certi condictio 9. l. si quis certum 24. supr. de reb. credit.* ad repetendam ex conuentione pecuniam ea lege datam. Nunquam enim condictiones istæ concurrunt cum aliis specialioribus ex conuentione expressa descendentibus, tanquam quæ subsidiariæ sint, & à iure ciuili, aliis omnibus deficientibus comparatæ, ne iniquitas illa occurrat, vt quis ex aliena iactura locupletetur, quomodo alioqui locupletaretur. Et certè verba Pauli dantis condictionem ei, qui numerauit pecuniam non secutis postcà nuptiis, ostendunt non illa ratione eum moueri, quòd ita conuenisset nominatim, sed quia ob rem datum esset, quæ secuta non fuisset, vt & in *l. si ego 9. in princip. infr. de iur. dot.* Cætera quæ ad huius loci interpretationem adferri possent, pete ex iis quæ scripsimus ad *leg. si extraneus 6. & ad leg. qui se debere septimo in princip. suprà.*

1 ¶ Si quis indebitam pecuniam, per errorem, iussu mulieris, sponso eius promisisset, & nuptiæ secutæ fuissent: exceptione doli mali vti non potest. maritus enim suum negotium gerit, & nihil dolo facit, nec decipiendus est. quod fit, si cogatur indotatam vxorem habere. Itaque aduersus mulierem condictio ei competit: vt aut repetat ab ea, quod marito dedit: aut vt liberetur, si nondum soluerit. Sed si soluto matrimonio [a] maritus peteret: in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quòd mulier receptura esset.

Ad §. 1. Si quis indebitam.

RAT. DVB. Sponsus cui mulier delegauit dotis nomine quasi debitorem eum qui debitor non erat, plus iuris contra eum habere non potest, quàm ipsa mulier, cùm secundus creditor cui delegatio facta est, non plus iuris habere debeat, quàm is qui delegauit *vulg. l. nemo plus iuris 54. de reg. iur.* nisi quod habet hunc promissionem ex propria sua promissione obligatum: quæ res facit equidem, vt contra eum habeat summo iure actionem, sed quàm tamen æquum sit repelli exceptione doli mali, quia licèt ab initio nihil dolo malo fecerit, cùm dotem ab eo stipulatus est, tanquam à mulieris debitore, nunc tamen dolo facit, qui perseuerat ex ea stipulatione agere contra eum, qui se probet nihil mulieri debuisse, atque ita contractam esse obligationem ex falsa causa *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* nec est, quod quis obiiciat promissorem hunc postquàm soluerit sponso tantundem à muliere repetiturum, atque ita indemnitatem consecuturum, interest namque ipsius non soluere, potius quàm solutum repetere *l. 3. de compensat. l. si stipulatus 15. in princip. de fideiuss.* Permittendum igitur est, vt se doli exceptione tueatur, vt & in specie *l. 2. §. aliud iuris est infr. de donat. l. Iulianus ait 7. infr. de doli mal. except.* DEC. Exceptio doli contra eos comparata est, qui per occasionem iuris ciuilis lucrum captant ex damno alieno *l. 1. §. 1. eod. ill. tit.* Atqui sponsus hic, idémque maritus [ponimus enim secutas esse nuptias] non captat lucrum ex damno alieno: nec enim causa dotis lucratiua est sed onerosa, cùm deseruiat oneribus matrimonij ad maritum pertinentibus *l. ex promissione 19. infr. de oblig. & action. l. dotis fructum 7. in princip. de iur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod. l. vlt. §. 1. inf. quæ in fraud. credit. l. 1. Cod. de impon. lucrat. describt. lib. 10.* nec proinde mulieris negotium gerit, cùm petit dotem sed suum, itaque nihil dolo facit propter quod doli exceptione repelli debeat, tantùmq; abest, vt quemquam decipiat, vt deciperetur potius si exigere prohiberetur, atque ita vxorem aut omnino indotatam, aut minus dotatam habere cogeretur, quam neque nulla, neque minore dote fuerat ducturus *l. purè 5. §. si eum infr. de doli mal. except.* Et in eo similis est causa patris & extranei *l. quemadmodum 46. §. vlt. de iur. dot. l. apud Celsum 4. §. sed etsi mulier 21. de dol. mal. except.* Multóque magis dicendum est, si delegatus debitor mulieri quidem debebat, sed vel doli vel qua alia exceptione summoueri poterat, non posse exceptionem illam habere locum in persona eius cui debitor delegatus est *l. doli exceptio 19. infr. de nouat.* Est enim hic delegatus similis ei qui donat, quoniam exceptionem remittere intelligitur quam sibi competere non ignorauit: quòd si per ignorantiam promiserit creditori, nihilo magis equidem exceptione aduersus creditorem vti poterit quia ille suum recipit, sed is qui delegauit tenebitur condictione vel incerti si pecunia soluta nondum sit, vel certi si soluta sit, ideóque postquàm ipse præstiterit pecuniam aget etiam mandati iudicio, vt eleganter idem Paulus noster tractat in *l. si quis delegauerit 12. eod. tit.* Idque est quod in hac lege idem Paulus scribit, aduersus mulierem competere ei condictionem, vt aut repetat ab ea quod marito dedit, condictione scilicet certi, aut vt liberetur si nondum soluerit, condictione nimirum incerti: quomodo accipi etiam debet quod scriptum est in *l. 2. Cod. de*

condict. indeb. Nihil ergo interest hac parte an omnino indebita fuerit pecunia, quam quis iussu mulieris in dotem sponso promisit, an verò debita quidem fuerit ipso iure, sed cuius petitio excludi potuerit per exceptionem doli *l. nihil interest* 112. *de regul. iur.* Vtroque enim casu maritus securus est, siue per errorem & ignorantiã, siue sponte quis ei promiserit, nemo enim dolum facit qui suum commodum iure persequitur, inquit Accursius ex *l.* 1. §. 1. *de liber. hom. exhib. l. iniuriarum* 13. §. 1. *de iniur. l. si pupillus* 41. *de acquir. hered. l. pen.* §. *vlt. ad leg. Iul. de vi public. l. delator* 44. *de iur fisc. l. si duorum* 52. *de action. empt.* Aliud iuris est si promissio facta sit ei qui lucratiuam causam habeat puta donationis, non onerosam, vt in *d l.* 2. § *aliud iuris est & d. l. Iulianus ait* 7. *de donat.* Aliud item si quis non suo nomine, sed quasi tutor puellæ & ratione officij dotem ampliorem promiserit, quàm cui præstandæ possint facultates puellæ sufficere. Excusandus enim est propter necessitatem officij ex *l. cùm post mortem* 43. §. 1. *versicu. Quòd si mulier infr. de admin. & peric. tutor.* Quamquam locus ille valde à Triboniano corruptus est, vt docui *libr.* 6. *Coniect. cap.* 18. vbi vide iunge *l. tutorem* 22. *infr. de his qua vt indign.*

a *Sed si soluto matrimonio.* RAT. DVB. Exceptio doli obstat ei qui petit id quod redditurus est illi ipsi à quo petit, at non etiam ei qui petit id quod restituru us est alij *l. dolo facit* 8. *inf. de doli mal. except. l. in condemnatione* 173. §. *vlt. de reg iur. l. si socer* 44. §. *Lucius solut. matr.* Atq i cùm soluto matrimonio maritus petit dotem quæ ante contractas nuptias promissa ei fuerat, pet t quidem id quod redditurus est, sed mulieri, non ei ipsi à quo petit. Ergo exceptionem doli pati non debet, ne de eo quidem quod mulier ex dote receptura est; si fortè conuenerit, quomodo conuenire olim plerunque solebat, vt soluto m trimonio præsertim per diuortium, maritus partem dotis lucraretur, alia verò pars mulieri restitueretur, si mulieris culpa diuortium factum esset, aut etiam citra conuentionem propter liberos ex eo matrimonio susceptos retentis in singulos liberos sextis ad dimidiam vsque partem dotis, vt Vlpianus in Fragmẽtis refert *Ti. de dotib.* & nos scripsimus in libris Coniecturarum. DEC. Maritus exigens dotem soluto matrimonio quam ex parte sibi retinere, & ex parte mulieri restituere debet, partim suum, partim mulieris negotium gerit: suum, quatenus ex ea dote retenturus est, mulieris quatenus ei restituturus. Et sicuti quatenus suum negotium gerit, nulla doli exceptione repelli potest, quia nihil dolo facit nec decipiendus est, vt proximè diximus. Ita quatenus mulieris negotium gerit, non est audiendus si pro muliere indebitam pecuniam petat, quam illi ipsi siue statim siue ex interuallo restituere debeat: nullus enim hac parte mariti fauor est, sed in solius mulieris vtilitatem ea res cederet, cui solutum intelligeretur, quicquid ipsi marito solutum esset, vt ei redderetur. Quid enim referre potest an mulier ipsa petat, an alius pro muliere? Repellendus igitur est hoc casu maritus doli mali exceptione, nec adiuuandus eo prætextu, quòd non statim restituere dotem mulieri debeat, sed ex interuallo, id est, annua bima trima die secundum ius vetus. Iure autem nouo post annum *l. vnic.* § *exactio C. de rei vxor. act.* Etsi enim ita futurum est, vt priuetur interusurio medij temporis, nihil tamen in eo absurdi est, aut iniqui, cùm id tempus ad restituendam dotem ei datum sit, non tam obligationis iure aliquo, quàm ex mera iuris indulgentia, sicuti de tempore quod iudicatis datur scriptum est in *l. cùm militi* 16. §. 1. *de compensat. l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Nec tam vt lucrum faciat maritus ex interusurio illo medij temporis, quàm ne ex præcipiti solutionis necessitate damnum sentiat. Non enim tam facilè pecunia restituenda in numerato est & in expedito *l. si dubitet* 10. *de fideiuss.* nec tam amarè, & vt inter infestos ius restituendæ dotis tractandum est, sed vt inter eos qui aliquando coniuges & maximo affectu coniuncti fuerunt, quomodo de donationibus inter virum & vxorem prohibitis scriptum est in *l. si id quod* 28. §. *si quas de donat. int vir. & vxor.* Cæterùm nulla fit iniuria marito, etiamsi prohibeatur fructum vllum ex dote consequi totius illius temporis, quo maritus amplius non est. Quidni ergo doli exceptione repellatur pro ea dotis parte quam mulieri restituere debeat ex interuallo, perinde acsi statim restituere cogeretur? Ne alioqui mulier cui nihil debetur per mediam mariti personam consequatur quod ex sua consequi non posset. Nec quod post factam solutionem succurri posset debitori delegato, data ei aduersus mulierem condictione, vt diximus, æquitatem tollere potest obiiciendæ exceptionis doli, cùm intersit eius qui cùm nihil deberet, delegatus tamen est, tanquam debitor, non soluere potius quàm solutum repetere *l.* 3. *de compens. l. si stipulatus* 15. *in princip. de fideiuss.* Extra hunc casum non esset repellendus doli exceptione is qui id peteret quod etiam illi ipsi à quo peteret restituturus esset ex interuallo, propter commodum scilicet medij temporis, quod actori auferendum non esset, *arg. l. debitor* 82. *de leg.* 2. Bartolus more suo distinctionem adfert multiplicem, multásque habentem partes, quam tamen pluribus hîc persequi non conuenit, cùm in ea quid verum quidve falsum sit ex iis quæ ad *l qui se debere* 7. & ad hanc legem scripsimus intelligi facilè possit.

IO. IAVOLENVS libro I. ex Plautio.

SI mulier ei, cui nuptura erat, cùm dotem dare vellet, pecuniam, quæ sibi debebatur, acceptam fecit, neque nuptiæ secutæ sunt: rectè ab eo pecunia condicetur: quia nihil interest, vtrùm ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem peruenerit.

Ad l. Si mulier 10.

RAT. DVB. Licèt verum sit dotem posse constitui per acceptilationem *l. promittendo* 41. § *accepti quo que latione infr. de iur. dot.* id tamen ita intelligi debet si nuptiæ secutæ sint, cùm in qualibet dotis constitutione siue per promissionem, siue per traditionem siue denique per acceptilationem fiat, ea condicio tacitè intelligatur *d. l. promittendo in princ. l stipulationem*

pulationem 21. & seq. eod. tit. Idque est quod Scæuola dicebat, & Vlpianus probat in *l. licet 43. eod.* acceptilationem matrimonij causa factam non secutis nuptiis nullam esse, ideòque pristinam obligationem petiisse saluam & integram remanere acsi nulla acceptilatio facta esset *l. debitor 36. & seq. eod.* Atqui in hac specie in qua ponimus mulierem ei, cui nuptura erat, cùm dotem dare vellet, pecuniam quæ sibi debebatur acceptam fecisse, non fuerunt secutæ nuptiæ. Ergo non valuit acceptilatio, nec proinde pecunia condici potest, quæ nec vlla numerata fuit, sed ex pristina obligatione tanquam quæ extincta non sit, agere mulier potest & debet, aut si pristina obligatio extincta esset, agere in id mulier deberet, vt obligatio illa restitueretur, nec tam condicere pecuniam quę data non est, quàm liberationem ex *l. 4. supr. hoc tit.* quam ita intelligere nostri solent. Dec. In arbitrio mulieris est quæ debitori suo acceptam fecit dotis causa pecuniam, vt dicat nullam esse acceptilationem, agatque si malit ex prima obligatione, acsi nulla acceptilatio interuenisset *d. l. licet & d. l. debitor & seq.* Sed tamen si non secutis quoque nuptiis malit ratam facere acceptilationem, non est prohibenda: nec querelæ occasionem vllam habet debitor qui ex ea causa conuenitur in qua ipse se constituit, stipulando acceptilationem, & quam mutare ipse non potest ni mulier velit *arg. l. si iudex 41. in fin. supr. de minor.* Porrò satis ratam habet mulier acceptilationem, cùm pecuniam, quam acceptam fecit, mauult condicere, quàm ex pristina obligatione petere. Condictio enim præsupponit validitatem acceptilationis, vt & alterius cuiuslibet actus ex quo condictio nascatur *l. si non sortem 26. §. si centum l. cùm is 32. §. 1. infr. de cond. indeb. iunct. l. 3. §. falsus procurator l. si sine iudice 22. l. vlt. §. 1. infr. Rat. rem haber.* Permittendum igitur ei est, vt possit hoc casu pecuniam condicere, non liberationem, tametsi pecuniam nullam dederit, quia vt Iauolenus hîc scribit, nihil interest vtrum ex numeratione pecunia ad debitorem, an per acceptilationem peruenerit, nec alius Vlpiani sensus est in *d. l. 4. supr. hoc tit.* vt ad eam docuimus, neque est quod cum Accursio & Bartolo dicas fuisse hîc debitum pręsens & liquidum. Ibi verò in diem vel sub condicione, nec rursus, vt cum Bartolo comminiscaris actum hîc fuisse, vt acceptilatio non haberet tacitam illam condicionem, si nuptiæ sequerentur: sed nodus hic, quem dissoluere illi non potuerunt, eo quo diximus modo dissoluendus est. Benè autem Iauolenus hîc æquiparat acceptilationem numerationi cùm acceptilatio vim solutionis habeat, & nihil aliud, quàm solutio imaginaria sit *§. 1. Instit. quib. mod. tollit obl. l. pen. inf. de sol.* Sic & præstari & peti intelligitur ęquipollenter, quod compensatur inquit Accursius ex *l. si filiusfamilias 25. in pr. inf. solut. matrim. l. amplius non peti 15. inf. Rat. rem haber.*

10. Ivlianvs libro 11. Digestorum.

SI hæres arbitratu liberti certa summa monumentum iussus facere, dederit liberto pecuniam, & is accepta pecunia monumentum non faciat: condictione tenetur.

Ad l. Si heres 11.

Rat. dvb. Cùm heres arbitratu liberti certa summa monumentum facere iussus est, & ex ea causa pecuniam liberto dedit, non tam cum eo contraxisse certa lege videri debet quàm voluntati testatoris sui satisfecisse, nec tam dedisse pecuniam ad libertum obligandum quàm ad se liberandum, denique ad distrahendum negotium potiùs quàm ad contrahendum, vt de eo scriptum est, qui indebitam pecuniam soluit, quam putat se debere *l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action.* Hic enim re vera debet quod soluit, & soluendo liberatur, ne actione ex testamento conueniri amplius possit. Non ergo potest habere condictionem etiamsi libertus accepta pecunia monumentum non faciat, aut in monumentum minus eroget quàm erogari testator voluerit, solutio enim quæ liberationem parit, nunquam potest parere condictionem, *l. si non sortem 26. §. si centum l. cùm is 32. §. 1. infr. de condict. indeb.* Ideòque non debuit heres pecuniam illam dare liberto, quin priùs satisdedisset libertus se monumentum ex ea pecunia facturum *l. quibus diebus 40. §. vlt. inf. de condic. & demonstr.* vt fieri aliàs solet quoties alicui legatur sub modo. Cauere enim legatarius debet de modo implendo, vt si non impleat legatarius, possit heres habere actionem ex stipulatu quam alioqui nullam habere posset nam neque olim competebat pro modo actio ex testamento quam Gordianus tandem concessit in *l. 2. C. de his quæ sub mod.* Et tamen implendus omnino modus est non minùs quàm condicio, vt non circũueniatur voluntas testatoris. Id enim est quod dici solet, in legatis & fideicommissis etiam modum adscriptum pro condicione obseruari *l. 1. eod. tit. iunct. l. si cui legatum 92. de cond. & demonstr.* quamuis reuera modus à condicione differat *l. libertas 17. §. hac scriptura l. Mauia 44. de manum. testam.* In eo maximè quod condicio suspendit, modus non suspendit & condicio fit per *si*, modus autem per *vt l. cùm ab eo 41. infr. de contr. empt.* Ergo in proposita specie si satisdationem non exegerit heres à liberto de monumento extruendo cùm pecuniam ipsi in hanc rem dedit, imputare sibi debet, nec ideò danda ei condictio est. Dec. Non tantùm heredis sed ipsius etiam testatoris maximè interest, adeóque Reipublicæ ne defuncti voluntas, præsertim tam iusta circumueniatur *d. l. si cui legatum iunct. l. vel negare 6. infr. Testam. quemad. aper.* Nec minus cùm testator modum, quàm si condicionem adscripserit *d. §. hac scriptura & d. l. Mauia.* Neque permittendum est liberto, vt impunè fraudem faciat voluntati testatoris, quod tamen contingeret si acceptâ pecuniâ ad monumentum extruendum, aut omnino non faceret, aut in eam causam minus erogaret quàm erogari testator iussit. Non enim legata ei est pecunia, sed vt nudus minister & executor electus videtur, vt in *l. si quis Titio 17. de legat. 2.* ad suscipiendam curam condendi corporis, & monumenti extruendi, vt in *l. Lucius 88. §. à te peto eod. tit.* vbi hanc ob causam dicitur si in monumentum ædificandum minus impensum sit, reliquam summam

heredis commodo proficere debere non eius cui summam dari testator noluit, vt monumentum extrueretur. Neque repugnat quod in specie huius legis *arbitratu liberti* monumentum fieri testator voluit. Non enim ideo videri debet eius arbitrio permisisse, vt ex ea pecunia monumentum faceret vel non faceret, eámque pecuniam aut totam aut pro parte sibi retineret, sed vt grati liberti virique boni officium in ea re pręstaret. Quod si non fecerit, condictione illum teneri æquum est, ne testatoris voluntati impunè illuserit. Accipiendo enim pecuniam ab herede ad extruendum monumentum, negari non potest quin aliquod negotium gerat per quod contrahitur *συνάλλαγμα*, & ex quo nascitur condictio, vt in *l.2.infr.de condict. indeb.l. iuris gentium 7.§.1.sup.de pact.* Præsertim cùm nec satisdationem heres ab eo exigere potuerit aut debuerit, qui non sui commodi causa, sed tanquam nudus minister & executor eam pecuniam accipiebat, quę nec fuerat ei legata, nec per fideicommissum relicta, ita vt nec liberatio vlla heredi per eam solutionem acquiratur. Vt proinde nec imputari quicquam heredi possit. Qui tamen etiamsi non satis prudenter sibi ab initio prospexisset, non idcirco sibi ex postfacto prospicere prohibendus esset *arg. l. si res obligata 57.in fin.de legat.1.* vt secundum voluntatem testatoris monumentum ei extrueret, quod libertus non extruxisset. Aliud esset, si quis per stipulationem aliquid dare vel facere arbitratu alterius promisisset *l. si quis arbitratu 43.& seq. de verb.obl.*

12. PAVLVS libro 6. ad legem Iuliam & Papiam.

CVM quis mortis causa donationem fecerat, cùm conualuisset donator, condicit: fructus quoque donatarum rerum, & partus, & quod adcreuit rei donatæ, repetere potest.

Ad l. Cùm quis 12.

RAT. DVB. Donatio quælibet liberalitas est, nec ad negotij contracti causam pertinet *l. interdictum 14.infr.de precar.* vbi donatio contractui opponitur, & negotio gesto, atqui non nisi ex aliquo negotio gesto potest nasci condictio *l.iuris gentium 7.§.1.supr. de pact.l.1.infr.de condict.indeb.* Ergo si quis donationem etiam mortis causa fecerit, licèt conualuerit donator, condictio tamen locum habere non potest, cùm imputare sibi donator debeat, cur non melius sibi prospexerit interposita stipulatione, vt in eum casum quo conualesceret res donata sibi redderetur. Aut saltem danda potiùs ei est ciuilis actio Præscriptis verbis quæ & ex negotio gesto nasci solet *d. l.iuris gentium §.1.l.naturalis 5.& §.1.& seq. l.si dominus 8.& pass. infr. de praescript. verb.* quàm condictio. DEC. Is qui mortis causa donat in hoc dissimilis est ei qui purè & absolutè donat, quod non tantùm de donatario cogitat & de liberalitate in eum exercenda, sed etiam de seipso, vt si ex ea infirmitate conualuerit reddatur sibi. Mauult enim habere se quàm donatarium, & amore vitæ recepisse potius quàm dedisse, porrò qua parte se cogitat negotium gerit. Proinde ex illo negotio æquum est nasci condictionem de qua in hoc Tit. ob rem dati re non secuta. Vt ex Cassianorum sententia eleganter Paulus noster disputat in *l. Senatus 32. §. sed mortis causa & seq.infr.de mort.caus.donat.* quę lex sumpta est ex eodem Pauli *libro 6. ad legem Iuliam & Papiam* ex quo & hæc lex. Et quamuis donatio causa mortis æquiparari soleat vltimis voluntatibus, magis quàm contractibus, cùm dicatur capi ad instar legati *l. etiam 15. l. illud 37. eod. tit. l. vltim. Cod. eod.* habet tamen hoc simile cum contractu, quòd negotium gestum continet, siue fiat per traditionem siue per stipulationem, quia semper fit certa lege. Non illa quidem, vt si testator conualuerit, reddatur id quod donatum est, sed vt vel illo vel aliquo saltem alio casu sit repetitio *dict. l. Senatus §. mortis causa in fin. iunct. l. si alienam 13. §. 1. eod. tit.* Nam vbi ita donatur mortis causa, vt nullo casu reuocari possit donatio magis donandi causa mors est, quàm mortis causa donatio, vt eleganter Marcianus scribit in *l.vbi ita donatur 27.eod.* Sed & in donatione facta inter viuos, potest interdum contingere, vt negotium aliquod geratur, scilicet cùm facta est certa lege & sub modo, quod cùm accidit, etiam ex ea datur condictio, si modus non impleatur *l.1. & 3. C.de donat. quæ sub mod.l.vlt. C.de rer.permu.* Quamuis detur etiam præscriptis verbis actio donatori si eam eligat in id quod sua interest legem donationis impleri *d.l.vlt.l.legem 9.l.cùm res 22. Cod.de donat.* Mirum igitur non est ei qui mortis causa donauit, dari condictionem quasi re non secuta si conualuerit, nec tantùm si donationi hanc legem expressè dixerit, sed etiamsi nihil dixerit, nisi se donare mortis causa, cùm esset in infirmitate constitutus, sicut & qui donauit peregrinaturus, vbi à peregrinatione redierit, condicere potest. Est enim hoc commune omnibus mortis causa donationibus, vt condictionem & spem redhibendi aliquam habeant, in quo differunt à donatione inter viuos, quę ideo pura, simplex & absoluta dicitur à Papiniano in *l. Seia 42. in princ.& §.1.de mort.caus. donat.* Denique tum demum condictioni ex donatione locus est, cùm certa lege donatio facta est siue inter viuos siue mortis causa, non si absolutè quamuis facta sit à moriente, nisi moriens etiam mortis causa donare se addiderit, *d.§.1.* vbi eleganter dicitur aliud esse si moriens quis donet, aliud si mortis causa. An verò condicatur donatio ipsa, an res donata, de quo laborat Accursius, parum curandum est, etsi non dubito quin condictio fiat ipsius corporis quod donatum est *arg.l.in re furtiua 8.inf.de condict.furt.* ideóque nimirum & fructus & partus in hanc condictionem veniunt, vt sequitur in hac lege, quia sunt accessiones naturales non ipsius donationis quæ aliam donationem parere non potest, sed rei donatæ, vt Paulus docet verbis illis sequentibus *fructus quoque donatarum rerum.* Circa quem versiculum dubitandi, & decidendi ratio eadem est quæ ad *§.fundus l.qui se debere sup.* vbi diximus. Iunge *l.videamus 38. §.1.versic.idémque est si mortis infr. de vsur.*

13. MARCIANVS

13. MARCIANVS libro 3. Regularum.

SI filius contulerit fratri, quasi agniturus bonorum possessionem, & non agnouit: repetere eum posse, Marcellus libro quinto Digestorum scribit.

Ad l. Si filius 13.

RAT. DVB. Cùm filius emancipatus præteritus contulit fratri in potestate retento, quasi agniturus bonorum possessionem contra tabulas patris, ad quam alioquin admitti ex prætoris edicto non potuisset *l. ea demum 6. & pass. C. de collat. l. Prætor 3. §. emancipatus & seq. infr. eod. ill. tit.* verum quidem est, factam esse collationem ob causam, & eam causam secutam non esse, si postea idem filius qui contulit malit bonorum possessionem contra tabulas repudiare: sed tamen illud quoque verum est, non nisi per filium ipsum stare quominus causa sequatur, cùm facta collatione potuerit agnoscere bonorum possessionem. Perinde igitur haberi debet quod ad ipsum pertinet, acsi bonorum possessionem agnouisset ex regula *l. iure ciuili 24. de condic. & demonstr. l. in iure ciuili 161. de regul. iur.* nec quod consilium mutauerit in fratris fortasse iniuriam, condictionem ei debet acquirere *l. nemo potest 75. eod.* Sibi enim imputet qui conferre maluit, cùm non cogeretur. Debuerat enim prius benè explorare vires hereditarias, & an sibi expediret bonorum possessionem agnoscere, an repudiare cùm sciret futurum, vt agnoscendo bonorum possessionem hereditariis oneribus implicaretur *l. si duo 38. inf. de acq. hered. l. 4. ad SC. Treb.* DEC. Collatio quæ ab emancipato fit filio in potestate retento habet tacitam illam condicionem, si emancipatus agnoscat bonorum possessionem, vel contra tabulas si factum sit testamentum, in quo emancipatus fuerit præteritus vel vnde liberi, si pater intestatus decesserit. Nam & ad hunc casum hæc lex pertinet, quamuis eam malè Accursius coarctet ad bonorum possessionem contra tabulas. Est enim introductum à prætore ius collationis vtroque casu ex summa illa æquitate, quòd conueniens sit vt sua conferant, qui appetunt aliena *l. 1. §. 1. & pass. de collat. bonor.* ne alioqui læderetur filius in potestate retentus, ad quem siue ex testamento siue ab intestato patris successio ipso iure tota pertinet, si per concursum fratris emancipati partem successionis amitteret, nec vicissim ab ipso consequeretur partem bonorum, quę frater emancipatus sibi acquisiit beneficio emancipationis, & quæ non sibi sed patri acquisiuisset, si emancipatus non fuisset, atque ita reperirentur hodie in patris communi hereditate ac inter fratres ex æquis partibus diuiderentur *l. cùm duobus 52. aliàs l. si fratres §. idem Papinianus infr. Pro socio.* Vt quemadmodum prętor cùm admittit filium emancipatum cum fratre in familia retento ad bonorum possessionem, siue contra tabulas siue vnde liberi, rescindit emancipationem *l. 1. §. si emancipatus de bonor. poss. contr. tabul.* ita in diuidendis bonis paternis eandem obseruet rationem, quam obseruaret si emãcipatio nulla interuenisset: atqui nulla fit iniuria fratri in potestate retento, si malit emancipatus bonorum possessionem repudiare, nec proinde subest hoc casu necessitas, aut æquitas vlla faciendæ collationis: neque potest frater in familia retentus conqueri si emancipatus auxilio & beneficio iuris prætorij vti nolit, cùm liceat vnicuique iuri pro se introducto renunciare *l. pen. C. de pact.* nec potuerit frater in familia retentus quicquam iuris habere aut sperare in bonis emancipati fratris, si is quasi agniturus bonorum possessionem collationis necessitatem sibi ipsi non imposuisset *l. si iudex 41. supr. de minor.* Quare nec vllam ex huius mutatione consilij frater iniuriam recepisse videri potest, cui seruantur eadem ipsa iura integra omnia, quæ habuisset, si emancipatus prætoris auxilium ab initio abiecisset: quòd si collatio aliquod ei lucrum erat allatura, quia fortè plus contulisset bonorum frater emancipatus, quàm ex agnita bonorum possessione fuerat recepturus, lucrum equidem hoc amittit filius in potestate retentus, sed nõ ideo damnum vllum incurrit. Aliud enim est lucrum non percipere, aliud verò damnum incurrere *l. quod autem 6. § simili modo infr. quæ in fraud. credit. l. 3. in princip. vnde vi* Prætoris autem propositum in edicto, de collationibus non illud est, vt liberis in familia retentis lucrum aliquod adferatur, sed nè damnum iis vllum ex agnitione bonorum possessionis, nullaque iniuria per emancipatos inferatur, quæ inferretur si ea saltem quæ sibi propter emancipationem acquisiuerunt, conferre non cogerentur, prætor enim nemini vult beneficium suum esse captiosum *l. Paulus notat 8. infr. de stipulat. prætor.* Ergo cùm emancipato repudiante bonorum possessionem deficiat condicio tacita, quæ inerat collationi, si emancipatus conferens agnosceret possessionem, consequens omnino est, vt competat ex ea causa condictio bonorum collatorum *l. 1. §. 1. l. qui se debere 7. supr. hoc tit.* quamuis non nisi per eum stet quominus causa sequatur, perinde acsi staret per fratrem in familia retentum, quia emancipati arbitrio relictum voluit prætor an bonorum possessionem mallet agnoscere an repudiare, *l. si filius 12. de vulg. & pupill. subst.* nec quòd filius emancipatus parum cautè ab initio destinauerit agnoscere bonorum possessionem facit, vt hoc ipso statim agnouisse illam videatur, cùm in eam rem adeundus esset olim prætor *l. 3. §. acquirere de bonor. poss.* vt & hodie iudex quilibet competens *l. vlt. C. qui admitt. ad bonor. poss.* quod quandiu factum non est, sunt omnia integra, ideóque & pœnitentię locus est *l. 5. supr. hoc tit.* Non enim sola voluntas agnoscendæ bonorum possessionis facit bonorum possessorem. Aliud ergo esset, si agnita iam bonorum possessione vellet emancipatus ex pœnitentia condicere: hoc enim ei non liceret, solúmque superesset ipsi beneficium restitutionis si fortè captus & minor proponeretur *l. nam postea quàm 9. § si minor sup. de minor.*

14. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

SI procuratori falsò indebitum solutum sit, ita demum à procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, vt Iulianus scribit. quod si dominus ratum non habuisset, etiam si debita pecunia soluta

fuisset, ab ipso procuratore repeteretur: non enim quasi indebitum datum repetetur: sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit, ratihabitione non intercedente. vel quòd furtum faceret pecuniæ falsus procurator, cum quo non tantùm furti agi, sed etiam condici ei posse.

Ad l. Si procuratori 14.

Valde se torquent interpretes in huius legis explicatione, vt ex glossis Accursij, & commentariis Bartoli videre est. Nam cùm procuratorum alij sint in rem suam, alij simplices, alij verò nudi ministri ac nuncij, & rursum alia sit condictio indebiti, alia ob causam dati causa non secuta, alia furtiua, de quibus omnibus hæc lex loquitur, alij denique sint veri procuratores, alij verò falsi, sed qui veri fiunt per subsecutam ratihabitionem, emergunt varij casus, in quibus solutione facta falso procuratori tractãdum est de condictione, quænam, & contra quem possit competere: nam si facta sit vero procuratori, hoc est, qui præcedens & sufficiens mandatum habeat, certum est acquiri ex ea solutione liberationem *l. vero procuratori 12. inf. de solut.* Idémque est si mandatum aliquando habuit, nunc verò non habet, quia reuocatum fuerit si modò solutio facta sit bona fide, ac priusquàm sciret debitor mandati reuocationem *l. si seruus 32. l. qui hominem 34. §. si Titium l. cùm quis 38. §. 1. infr. de solut.* ne bona fides ei noceat cui nihil imputari potest, cùm imputari potiùs possit ei qui mandato reuocato non citius reuocationem debitori denũciauerit, nisi iustam debitor habuerit causam aliquam suspicandi mutatam fuisse creditoris voluntatem, vt in *l. si cùm Cornelius 82. eod. tit.* neque hoc casu expectanda est ratihabitio, cùm mandatum præcesserit *l. si procurator 6. vers. Celsus inf. de cond. indeb.* Nam & qui aliquem præponit aut exigendis pecuniis aut suis negotiis omnibus, etiam debitoribus mandare intelligitur, vt ei soluant *d. §. si Titium.* quamuis aliquando contingat, vt ob malam fidem eius qui solutionem accipit, impediatur liberatio ne contingat ipso iure, sed tantùm ope exceptionis *d. l. cùm quis §. 1.* At cùm falsus procurator est, cui solutum fuit, quia non potest liberatio contingere *d. l. qui hominem §. si nullo de solut. l. crediteris 8. C. de condict. indeb.* necesse est, vt condictio competat *d. l. crediteris*, ex illa iuris regula quæ habet solutionem, quæ ad liberationem non proficit, proficere ad condictionem, & contrà, *l. si non sortem 26. §. si centũ l. cùm is 32. l. Neratius 63. de cond. indeb. d. l. cùm quis 38. §. 1. & seqq. de solut.* De illo tantùm dubitari potest contra quem ea condictio danda sit, an contra verum creditorem, an contra procuratorem falsum, qui veri creditoris nomine solutionem accepit, nimirum si verè debitum fuit quod solutum est. Alioqui non de vero creditore tractandum esset, sed de falsi creditoris procuratore, qui rursum aut verus aut falsus esse potest. An autem verus sit an falsus nil attinet quęrere, quantum ad liberationem, cùm verus creditor nullus est, nec enim liberatio vlla potest contingere, si nullum debitum, nulláq; obligatio præcesserit, potest tamen hoc etiam casu circa condictionem quæri & distingui, an verus procurator fuerit, an falsus. Hęc verò lex de falso tantùm procuratore loquitur non de vero sed de falso procuratore creditoris siue falsi siue veri, ac primùm de falso procuratore falsi creditoris, id est, de eo qui fingens se procuratorem, cùm non esset, indebitam pecuniam alterius nomine recepit, de hoc autẽ sic Paulus scribit, si procuratori falso indebitum solutũ sit, ita demum à procuratore repeti nõ posse, si dominus, id est, is qui creditor putabatur, ratũ habuerit, sed hoc casu dominum teneri, ergo si è contrario dominus ratum non habeat, teneri procuratorẽ. Quamuis enim Paulus hanc secundam propositionem ex prima nõ inferat, sed ad alium casum trãseat de pecunia debita à falso procuratore exacta, id tamen priori propositioni consequens omnino est, nec vllam admittit dubitandi satis probabilem rationem. Quis enim alius indebiti condictione teneri potest, quàm falsus procurator, cùm indebitũ solutũ fuit, nec secuta vlla ratihabitio est? Nam nec vero procuratori mandare vnquam dominis intelligitur, vt indebitam pecuniã exigat, quod nec sine dolo malo mandari posset *d. l. si procurator 6. §. 1. de cond. indeb.* Doli autem mandatum nullũ esse potest, vt nec alterius cuiuslibet rei quę iure fieri non possit *l. si pater filiosfam. 12. inf. quæ in fraud. cred. l. creditor 60. §. vlt. inf. mand.* Sed quod ad priorem propositionem, quã hîc Paulus ex Iuliano exprimit. Ratio dubitãdi adferri illa potest, quòd ratihabitio secuta falsi creditoris facere non possit, vt quod solutum est indebitũ, fiat debitum, ergo neq; poterit mutare causam condictionis, vt alius ea condictione teneatur quàm procurator, qui solutionem indebiti accepit, quiq; proculdubio indebiti cõdictione teneretur, si ratihabitio nulla secuta esset. Pręsertim cùm his solis condici possit pecunia quib. quoquomodo soluta est; non quib. solutio proficit *l. his solis 50. de cond. indeb.* Quid verò aliud addere ratihabitio domini potest quàm vt ei proficere incipiat solutio, quæ alioquin soli procuratori fuerat profutura? Sed decidẽdi ratio fortior hæc est, quòd ratihabitio ęquiparatur mandato *l. qui in aliena 6. §. 1. de acq. hered. l. vlt. C. de SC. Maced.* facitq; negotium illius qui ratum habet etiãsi reuera ipsius non erat, si modò eius contẽplatione gestum fuerit *l. si pupilli 6. §. sed si ego & §. itẽ quæritur sup. de negot. gest.* etiam inuito eo qui soluit *l. si ego 24. eod. tit.* Secuta ergo domini ratihabitione, cuius nomine falsus procurator indebitũ accepit, perinde haberi debet ac si solutionẽ ipse accepisset *l. cùm indebitũ 57. §. 1. inf. de cond. indeb. & d. l. si procur. 6. §. 1. eo. l. si quis offerenti 58. de sol.* Sed quænam condictio hoc casu dabitur siue cõtra dominũ, siue contra procuratorẽ? An indebiti? An ob causam dati causa non secuta? An sine causa? An deniq; furtiua? Et quidem de condictione indebiti non potest dubitari quin cõpetat, cùm pecunia verè sit indebita *d. l. si procur. §. 1. & d. l. cùm indeb. 57. §. 1. de con. indeb. l. si indeb. 16. in pr. & l. si sine iudice 22. inf. Rat. rem hab. l. qui hominem 34. in pr. de sol. l. si vẽdidero 80. §. si Titius & §. vlt. de furt.* nisi soluta fuerit ab eo qui sciebat falsum esse procuratorẽ, quo casu videtur donata, & quidẽ procuratori ipsi non ei, cuius se dicebat esse procuratorẽ. Quẽadmodũ si sciẽter soluta esset vero procuratori falsi creditoris, non procuratori, sed creditori falso donata videretur: In traditionibus enim omnibus, sed maximè in donationibus voluntas eius potissimum spectanda est, qui donat, cuius gratia & contemplatione tradat, non autem eius qui accipit *l. qui mihi donatum 13. infr. de donat. Iunct. l. cuius per errorem 51. de regul. iur. l. 1. l. quod quis sciens 50. infr. de condict. indeb.*

Sed

Sed & condictio sine causa hoc casu competit, quæ valde generalis est, & cum indebiti condictione facilè concurrit *l.1.& vlt.& pass. de condict.sin.caus.* Idque sine falso procuratori si soluerim ob eam causam vt statim liberer, siue vt ille reddat pecuniam vero creditori, vt eo demum casu contingat mihi liberatio, veluti *in d.l.siquis offerenti 58.de solut.* Nulla enim causa est consequendæ liberationis per solutionem, cùm nulla subest obligatio quam in necessarium antecedens omnis liberatio præsupponit. Sed an & condictio ob causam dati causa non secuta? Minimè verò. Nec enim illa cōcurrit vnquam cum condictione indebiti, à qua diuersam omnino & disparatam causam habet, vt diximus ad *l. qui se debere 7. in principio supr.* Multò minùs cum condictione sine causa, cui contradictoriè opponitur. Potest tamen interdum fieri vt condictio ob causam dati causa non secuta hoc quoque casu locum habeat, non etiam condictio indebiti, nec condictio sine causa, nimirum si falso procuratori solutum sit eâ lege, vt falsus creditor, qui verus putabatur, ratam habeat solutionem intra certum tempus. Nam si non sequatur intra illud tempus ratihabitio, quæ fuit causa faciendæ solutionis, condici vtique potest condictione ob causam dati causa non secuta, quamuis nec per subsecutam ratihabitionem possit contingere liberatio, quia satis est per ratihabtionem factum iri, vt possit condici pecunia falso creditori, cui alioquin condici non posset *d.l.si in debitum. 6.in princip. ratam rem haber.* Sicuti nec posset condici falso procuratori, si ratihabitio sequeretur *d.l. siquis offerenti & d.l vero procuratori. De solut.dicta leg si procurator 6. De condict. indeb. l.si tibi dederim 25. infr. De donat. & hac ipsa leg.* Quoniam, vt diximus, ratihabitio semper æquiparatur mandato, parum siquidem interest an intercesserit stipulatio, Ratam rem dominum habiturum, vt in *d.l.si indebitum*, an verò solutio facta sit ea lege vt rat habitio sequeretur. Non enim pactum nudum videri debet, quoties certa lege datum aliquid probatur. *leg si dominus. 8. de præscript. verb. leg. vltim. Cod. de rerum permutat.* quod sufficit ad producendam condictionem, adeóque interdum actionem præscriptis verbis, *leg. naturalis 5. §. 1. & sequenti. infr. de præscriptione verb. leg. secund. in princip. infr de condiction. indeb.* Itaque si nullum tempus ratihabitioni præscriptum sit, agi tamen adhuc poterit, vt certum tempus præfiniatur intra quod ratihabitio proferatur, vt eo elapso, si nolit dominus ratum habere, condictionem procurator patiatur. Interim namque dum pendet ratihabitio, condictionem quoque pendere necesse est, cùm ex pacto solutioni adiecto appareat non id egisse soluentem, vt statim liberaretur, sed vt ratihabitione demùm secuta *dict. leg. siquis offerenti.* De condictione furtiua dubitari minùs potest, quin competat aduersus falsum procuratorem, vt in fine huius legis disertè scriptum est. Eo scilicet casu quo etiam furti actione tenetur, vt hîc & in *l. falsus procurator. 19. Cod. de furt.* Nempe cùm intercipiendi & lucrandi animo accepit solutionem, vt *in l.cùm quis 38.§.1.infr. de solut.* Non enim furtum fit sine furandi & lucrandi consilio. *§.placuit Instit. de obligat. quæ ex delict. nasc. l.1.§. penultim leg.si quid fur 22. leg.1.falsus. 43. §. 1. leg.si is qui simulabat 75. infr. de furt.* Euenire autem interdum potest, vt falsus quoque procurator accipiat solutionem bona fide, etiamsi se falsum procuratorem sciat, sed eius tamen quem putat esse verum creditorem, si putet ratam eum habiturum solutionem, nec intercipiendi animo id faciat. Et ita intelligi debet quod scriptum est in hac lege, *& in dicta leg. falsus. 19. Cod. de furt.* Quo casu cùm nummi maneant debitoris, quia furtum non est modus acquirendi dominij *d.leg. cùm quis 38. §. 1. De solut.* condictionem quoque furtiuam ei competere certum est, quæ non datur nisi domino *leg. prim. De condict. furt. leg. vltim. supr. vsufruct. quemadmodum caueat.* Sed an aliæ quoque condictiones competant, de quibus diximus, difficilius est dicere. Primùm, quia non solent cum furtiua condictione concurrere, cùm illæ non competant nisi non domino, hæc autem soli domino. Sunt verò ista contradictoria, dominum quem esse, & non dominum. *dicta leg. vltima.* Deinde quia quo casu dominium non transfertur in procuratorem, nec condictio indebiti, nec ob causam dati, nec sine causa competere potest: sed sola furtiua si furtum factum sit. Et tamen videtur Paulus in hac lege dare contra falsum procuratorem, qui nummos accipiendo furtum fecerit, non minùs condictionem ob rem dati re non secuta quàm condictionem furtiuam, & actionem furti. Atque ita Vltramontanos nostros olim sensisse pro tuenda Martini opinione, Bartolus refert, probátque. quia (inquit) omnis condictio degenerat contra furem. Sed hoc falsum est. Sola enim condictio furtiua degenerat, vt contra naturam cæterarum condictionum omnium detur domino, adeóque soli domino, cùm cæteræ omnes dentur non domino aduersus dominum. Nec sicut odio furis hoc receptum est, quo pluribus & quidem contrariis & contradictoriis actionibus teneatur, *§. fit itaque Instit. de action.* Ita & illud aut receptum aut recipiendum fuit, vt aliæ quoque condictiones aduersus furem competerent, etiam illi qui dominus esset. Alioqui non fuisset necesse speciali iure condictionem furtiuam inducere, si in cæteris condictionibus idem iuris eodem furis odio posset obtinere. Verius itaque est, quod Accursius credidit. Id quod in hac lege scribitur de danda ei qui falso procuratori soluit & condictione ob rem dati re non secuta, & condictione furtiua, ad diuersos casus referri debere, vt nunquam possint illæ condictiones concurrere, quomodo potest furtiua condictio cum vindicatione: sed vno casu locum habeat condictio ob rem dati re non secuta, alio autem condictio furtiua. Illa quidem ob rem dati re non secuta, eo demum casu quo dominium trāslatum sit in falsum procuratorem, cui solutio facta est, id est quo non habuerit falsus procurator animum intercipiendæ pecuniæ & furti faciendi, nec rursum is qui soluit, animum retinendi dominij quousque vel liberatio, vel ratihabitio secuta esset, sed alienandæ statim pecuniæ & liberationis statim consequendæ. Neque enim per solutionem acquiri potest liberatio, quin nummi alienentur, & in accipientem eorum proprietas transferatur *dicta leg. si quis offerenti leg. is qui 55. leg. si alieni 78. eod. titul. De solut.* Condictio autem furtiua eo tantùm casu quo nummorū furtum factum sit à falso procuratore ob id quòd animus furandi interuenerit, vt in *dict. leg. falsus procurator 19. Cod. de furt.* Impossibile namque est & implicat contradictionem, vt ex qua solutione quis fit dominus, etiam fur fiat, cùm eos nummos falsus procurator contrectet ex domini voluntate, vt subtiliter ratiocinatur Vlpianus in *leg. falsus*

creditor 43. §.1. *iunct. d. l. si vendidero* 80. §. *si Titius & vlt. infr. de furt. & l. prox. seq. in fin. hoc tit.* Et ideo quoties legimus condictionē furtiuam competere ei qui soluit, ponendum est, dominium translatū non fuisse in accipientem, siue falso creditori solutum sit vt in *l. quoniam* 18. *infr. de condict. furt. & in d. l. falsus creditor* 43. *in princip. de furt.* siue falso procuratori, vt in hac lege. Sicque Paulum nostrum sensisse ex eo clarissimè apparet, quod postquàm dedit soluenti condictionem ob rem dati re non secuta, si ratihabitio nulla intercedat, subinde dat condictionem furtiuam alternatiuè & disiūctim non coniunctim illis verbis, *Vel quòd furtum faceret pecunia falsus procurator, cum eo non tantùm furti agi, sed etiam condici ei posse*, sic enim legendum est *cum eo* vt in *Pand. Florent.* non vt in vulgarib. *cum quo.* Furti verò actionem & condictionem furtiuam coniunctim nō disiunctim, quia ad eundem casum, licèt ad diuersos effectus, vtraque actio pertinet *l. si pro fure* 7. §. 1. *infr. de condict. furt.* At hîc rursus illa incurrit hęsitatio, quòd cùm quis procuratori quāuis vero soluit pecuniā quasi debitā creditori etiā vero non transfert dominium in procuratorem, quia nec id agit is qui soluit, quia de creditore cogitat, nō de procuratore, nec procurator ipse siue verus siue falsus sit, quia negotiū creditoris gerit nō suū *l. si ego* 24. *sup. de negot. gest.* Quomodo igitur condictionem habere potest is qui soluit procuratori etiam falso, cùm post solutionem remaneat dominus, condictio autem, si solam furtiuā excipias, numquā detur domino, sed tantùm vindicatio? Hac nimirum obiectione victus Bartolus cogitur dicere, legem hanc qua parte dat condictionem nō modò indebiti si falso procuratori indebitum solutum sit, sed etiam ob rem dati re non secuta si ratihabitio nulla interuenerit veri creditoris, restringendam esse ad eū casum, quo nō solùm furandi animus non fuerit, sed etiam consumptione pecuniæ solutio conciliata sit, vt ea consumptio non minùs prosit ad condictionem ob rem dati re non secuta, quàm ad condictionem certi, & indebiti ex *l.* 3. §. *subtilius supr. hoc tit. l. certi condictio* 9. §. *si nummos l. rogasti* 11. §. *vlt. & l. seq. supr. de reb. credit.* Sed vereor ne nimis magna sit hæc restrictio, parúmque probabilis: cùm in tota lege nulla consumptionis mentio fiat, nec nisi dationē pecuniæ Paulus intueri videatur. Malo ego restringere ad eum casum quo facta sit solutio falso procuratori siue debitæ pecuniæ, siue indebitæ, eo animo vt confestim liberaretur soluēs ab ea obligatione qua vel reuera tenebatur, vel teneri se putabat. Hoc enim ipso necesse est vt cogitauerit de dominio in procuratorem aut in creditorem, quem verum esse credebat, statim transferendo: cùm sine translatione dominij eius rei, quæ soluitur, non possit contingere liberatio. Quæ res facit, vt tum quoque, cùm per procuratorem acquiri proprietas creditori non potest, quod tunc accidit, cùm procurator vel falsus est, vt in specie huius legis, vel speciale mandatum non habet vt in *d. l. si ego* (aliud enim esset in procuratore speciale mandatum habente, vt ad eam legem scripsimus ex *l. si procurator* 13. *infr. de acquir. rer. domin. l. per procuratorem* 8. *Cod. de acquir. poss.*) acquiratur illa procuratori ipsi, ac proinde cōdictio soluenti contra procuratorem, quousq; creditor ratum habuerit, & contra dominum ipsum secuta ratihabitione, cùm ab eo tempore secutæ ratihabitionis proprietas creditori acquiratur *d. l. si ego.* Nihil autem vetat transferri dominium in procuratorem etiam qui sit falsus, cùm ea fuit voluntas soluentis, quemadmodū & ex stipulatione quā absentis procurator fecerit, actio procuratori ipsi acquiritur, non ei cuius fuit procurator, licèt actione mandati cogatur ea cedere *l. possessio* 49. §. 1. *infr. de acquir. poss. l.* 1. *Cod. per quas person. nob. acquir.* Nec quod dici solet neminem errantē suam rem amittere *l. si procurator meus* 35. *de acquir. rer. domin.* ad hunc casum pertinet, in quo non errans dominus pecuniæ, sed animo & proposito eius alienandæ soluit eam falso procuratori, quamuis erret ac labatur in persona procuratoris aut domini, qui error nō potest impedire translationem dominij *arg. l. si quis cū existimauerit* 29. *in fin. principij supr. Commun. diuid.* sicuti nec error in causa alienationis impedit alienationem, nec obligationem error in causa obligationis, vt Bartolus quoq. tractat ad *l.* 2. *C. de error. aduocat.* probátque ex omnibus his Titulis qui tractat de condictionibus, quarum pleræque supponunt errorem aliquem in persona tradentis, nec eo minùs secutā esse trāslationē dominij, præsertim verò condictio indebiti, & condictio sine causa. Hoc igitur saltem casu fatendum est, condictionem indebiti posse aduersus procuratorem, quamuis falsum competere, & quidē statim, non expectato eo an ratihabitio secutura sit, nécne. Itémq. cōdictionem ob rem dati re non secuta si solutio facta sit ea quidem mente vt dominium statim transferatur in accipientem, sed ea tamen prætereà lege vt ratihabitio sequatur, quæ posteà secuta nō sit. Condictionem denique sine causa si quis falso procuratori soluerit indebitam pecuniam, causa hac adiecta vt statim liberetur, nulla enim potest esse, vt diximus, causa liberationis, vbi nulla obligationis causa præcedit. Et hæc quidem omnia ad primam huius legis speciem potissimùm pertinent, quæ est de solutione indebitæ pecuniæ falso procuratori facta: quamuis idem iuris sit etiamsi pecunia quæ falso procuratori soluta est, debita fuisse proponatur, nisi quod eo casu nō potest tractari de condictione sine causa, sed tantùm de condictione indebiti aduersus procuratorem si facta sit solutio animo consequendæ statim liberationis *d. l.* si quis offerenti *& d. l. creditoris* 85. *de furt.* Aut si ea mente vt sequeretur liberatio, cùm dominus ratum habuisset, nec eo magis tamen dominij translatio differretur. Aut de condictione ob rem dati re non secuta, si ratihabitio nulla sequatur, aut denique de condictione furtiua, si furandi animum falsus procurator habuerit: id enim est quod Paulus subiicit, ab illis verbis, *Quòd si dominus ratum non habuisset*, ad finem vsque legis, quæ tota ex iis quæ diximus, satis explicata relinquitur. Nec attinet disputare cum Bartolo an hic procurator fuerit in rem suam, an simplex procurator, an denique nudus minister, & nuncius. Nā in falsum procuratorem cadere non potest hæc distinctio, sed in eum solum qui verus sit, qui porro nulla indiget ratihabitione. Ideóq; verba legis suadere videtur potiùs, vt intelligatur hæc lex de eo qui soluit falso procuratori tanquā procuratori simplici, quod & Bartolus cōcludit cū Paulus hîc det cōdictionē ob rē dari re nō secuta si nō interueniat ratihabitio. Quā quam nec absurdū aut nouū est exigi etiā ab eo qui se simulet procuratorē in rē suā vt curet ratā rē haberi à domino cuius mādatū nullū pferatur, quod nec habere potest is quē ponim.⁹ falsū

esse procuratore. Interest enim soluentis vt possit agentem postea directis actionibus creditorem repellere *l.3.C.de nouat.* licèt nō ipsius nomine, sed suo solutionem accipiat falsus in rem suam procurator, quod non satis bene videtur obseruasse Bartolus, allegans *l.debitor 59.§.vlt.infr.ad Senatusconsultum Trebellianum*, qui tamen locus de hærede grauato loquitur, non de procuratore in rem suam. Nec enim hæres procurator est fideicommissarij *d.l. postulante 44.ad fin.eod.tit.* Cætera igitur quæ hîc Bartolus tractat de procuratore in rem suam, vel de nudo ministro ac nuncio, prætermittimus consultò tanquam ad hanc legem minùs pertinentia, alio fortassis commodiore loco, cùm se præbebit occasio, tractaturi.

15. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

CVM seruus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quæstionem sub ea causa, vt, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi. is eum tradidit præfecto vigilum, quasi in facinore deprehensum. præfectus vigilum eum summo supplicio adfecit. ages cum Attio, dare eum tibi oportere [a], quia & ante mortem dare tibi eum oportuerat. Labeo ait, posse & ad exhibendum agi: quoniam dolo fecerit, quo minus exhiberet. sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem. quo casu ad exhibendum agere te non posse, sed si tuus mansisset etiam furti te acturum cum eo, qui re aliena ita sit vsus, vt sciret se inuito domino vti, aut dominum, si sciret prohibiturum esse.

Ad l. Cum seruus 15.

De huius legis interpretatione quomodo accipienda sit & concilianda cum *leg. si dominus 8. infr. de praescript. verbor.* tam multa scripsimus contra Accursij, Cujacij & aliorum omnium sententias, *in error. 5. & 6. decad. 83. de error. pragmat.* vt nihil adnotandum hîc supersit, aut monendum. Adferemus tamen ad singula legis capita quæ tria sunt, suas dubitandi & decidendi rationes tantò breuiores.

a *Ages cū Attio dare eum tibi oportere.* RAT. DVB. Impossibilium nulla obligatio est, vt habet iuris regula: Atqui impossibile est dari seruum qui iam periit, & summo supplicio affectus est. *l.si homo mortuus 69. de verb.oblig.* Ergo agere cum Attio non potes dare eum tibi seruum oportere: præsertim cum id quod Ædilis authoritate factum est, tanquam vi maiore factum impediri abs te non potuerit, quia Magistratui licèt per iniuriam aliquid facienti resistere nec potuisti, nec debuisti. Constat autem perempta re quæ debebatur, obligationem extingui nisi mora debitoris aliqua præcesserit: quam porrò hîc ponimus nullam præcessisse. *l.si ex legat. 23. & seq. eod.ill.tit.* DEC. Quicquid datum est ob causam aliquam si causa secuta non sit, repeti potest condictione illa de qua in hoc tit. Atqui ponimus te seruum tuum dedisse Attio in quæstionem id est vt ille ipse de eo quæstionem haberet sub ea causa, quòd is in suspicionem furti Attio venisset: Sed ea lege addita vt si id repertum in eo non esset tibi redderetur: & nulla de eo per Attium habita quæstione nullisque aliis contra eum prolatis furti probationibus, Attium hunc tuum seruum tradidisse Præfecto vigilum castigandum, quasi in facinore deprehensum, Præfectúmque vigilum per summam iniuriam ex sola suspicione contra iuris regulam (quamquam non aliud esset etiamsi furti probationes eæ fuissent) summo illum supplicio affecisse; quasi parum referret an seruus an quadrupes occideretur *leg. 2. ad leg. Aquil.* & quòd iniquitas illa magni exempli publica vtilitate compensari posset ad cæteros seruos deterrendos ne tale quid committerent per nequitiam seruilis ingenij cui nihil erat procliuius quàm vt furta, sceleráque omnia maiora passim perpetrarent, vt apud Cornelium Tacitum dicebat ille, qui ob percussum occisumque vno ictu dominum, quingentos seruos sub eodem tecto commorantes summo supplicio affici debere clamabat in Senatu, tandémque vt ita constitueretur, obtinuerat. Alioqui certum est furti crimen in capite libero capitale nunquam fuisse, licèt de eo criminaliter quoque agi iam olim potuerit *leg. interdum 56. §.1. & leg. vlt. infr. de furt. iunct. leg. capitalium 18. §. vlt. de pæn.* Nec si atrociores fures essent, id est expilatores nocturníque effractores *leg. 1. & 2. infr. de effract. & expilat.* licèt contrà scripserit vir doctissimus Iacob. Cuiac. *libr. 9. Obseruat. cap. 37.* Sicut & illud certum est Præfectum vigilum de capitalibus causis cognoscere non potuisse, sed ad Præfectum vrbi cognitionem remittere debuisse *leg. 1. C. de offic. praefect. vigil. leg. 3. §. primo supr. eodem illo titul.* Sed non poterat causa esse capitalis in seruum qui caput nullum in ciuitate habere credebatur *leg. tertia supr. de capitis minut. leg. nullomodo 7. infr. ad leg. Corneliam de fals.* Ergo cùm res secuta non sit, ob quam tu seruum tuum Attio dederas, nec vnquam compertum sit furtum ab eo factum fuisse; consequens est vt eo iam adhuc viuo cœperit tibi quæsita esse condictio ob rem dati re non secuta. Ab eo scilicet tempore quo seruus desijt reddi posse, id est à quo primo instanti summo supplicio affectus esse & mori cœpit. Instans enim mortis vitæ tribuitur, cùm mortuus nemo moriatur, sed viuus *leg. vltim. de condict. institut. leg. qui duos 18. §. primo de manumiss. testam.* Porrò quæ tibi quæsita condictio est viuo seruo, ea morte serui intercidere non potuit;

cùm non fato suo naturali perierit, sed facto Attij, qui eum Præfecto vigilum tradidit non quasi suspectum, vt de eo haberetur quæstio, quomodo conuenerat, sed quasi deprehensum in crimine vt citra aliam inquisitionem ex sola suspicione tua summo supplicio afficeretur, non enim æquè apud te fuerat periturus si tu eum Attio in quæstionem non dedisses, vt in *leg. si pecuniam* 5. *in finem supr. hoc titul.* Benè igitur Pomponius concludit, Agere te posse cum Attio dare eum tibi seruum tuum oportere, id est posse te illum condicere (hoc enim demum est intendere dari oportere §. *appellamus Instit. de action.*) & quidem condictione illa de qua nunc tractamus, id est ob causam dati causa non secuta, vel potiùs ob rem dati re non secuta, *Quia & ante mortem dare eum tibi oportuerat.* Nam si condictio hæc nata non fuisset ante mortem serui tui, vtique post eius mortem nasci & incipere non potuisset, siquidem ad eum casum res peruenisset à quo non potuisset actio incipere, *ex reg. leg. quia in eum casum* 16. *supr. ad leg. Aquil.* cùm homo mortuus in obligationem & actionem deduci non possit *dict. leg. si homo mortuus*, nisi cum perit post moram *leg. si seruum* 91. §. *vlt. de verbor. obligat.* Sed quomodo, inquies, agetur ad hoc vt seruus ipse detur, ac non potiùs serui mortui æstimatio? vt in condictione furtiua *leg. in re furtiua* 8. *in princip. iunct.* §. *vltim. legis praecedentis infr. de condict. furtiua leg.* 1. *C. eod. leg. si pecuniam* 5. 9. *primo supr. hoc titul.* Bartolus distinguit obligationes dandi & reddendi ab obligatione restituendi, vt ex hac possit agi non tantùm ad rem, sed etiam ad rei æstimationem *ex dict. leg. in re furtiua & leg. si seruus* 14. §. *boue subrepto infr. de condict. furtiua & dict. leg.* 1. *C. eod.* ex illis verò agendum sit ad rem præcisè, quamuis & condemnatio & executio possit fieri in æstimatione, *Ex leg. Iulianus* 3. *infr. de confess. & leg. vlt. infr. quæ sentent. sin. appell. rescind.* In quo miror certè ingenium Bartoli, qui leges illas, quæ loquuntur de condictione furtiua, intelligit de obligationibus restituendi eo fortassis prætextu, quòd per condictionem furtiuã dominus rem suam petat, cùm tamen certum sit per condictionem furtiuam non minùs, quàm per cæteris condictiones, actorem intendere dari sibi rem oportere §. *sic itaque Instit. de action.* in eo que ius singulare elucere, quod in condictione furtiua odio furis inductum est. Sed & in eo errat Bartolus quòd non videt actionibus omnibus commune illud esse, siue ad dãdum siue ad reddendum, siue ad restituendum, aut aliquid denique faciendum dentur, vt litem æstimari per sententiã semper oporteat, nec nisi æstimationem in condemnationem deduci, vt iudicatitia fieri facilè ac citra vim & impressionem executio possit inuito etiam cõdemnato, vt docuimus in *Chiliade nostra de error. pragmat. ex leg.* 4. §. *ait Prætor infr. de re iudic. leg.* 3. *& vlt. infr. de condict. tritic. l. vinum* 22. vbi diximus *supr. de reb. cred.* Et ita hic quoque locus intelligi debet, quamuis nullum in eo verbum sit de æstimatione, nihil enim speciale hac parte potest habere condictio, ob rem dati re non secuta, & dissimile à cæteris condictionibus, tantòque minùs cùm agitur de condicendo homine iam mortuo, qui nisi in æstimatione præstari iam nullo modo potest. Videtur tamen à Pomponio nostro dissentire Papinianus in *l. si dominus* 8. *infr. de præscr. verb.* vbi in eadem vt videtur specie dat domino actionem Præscriptis verbis, non etiam condictionem. Nostri post Accursium & Bartolum respondent diuersas esse species, quòd apud Pomponium seruus non fuisset æstimatus, apud Papinianum verò fuisset. Quod verissimum quidem est, & Papiniani verbis comprobatum, sed tamen ad rem omnino non pertinet, vt probauimus in *dict. Error* 5. *& 6. decad.* 83. *de error. pragmat.* longéque alia conciliationis ratio quærenda est, quam ibi attulimus.

b *Labeo ait posse & ad exhibendum agi.* Refertur hæc Labeonis sententia à Pomponio vt reprehendatur, non in eo quidem absolutè quod dabat in proposita specie actionem, ad exhibendum quasi absolutè dari non debeat, sed in eo tantùm quod absolutè ac simpliciter eam dabat, id est non adhibita distinctione illa, quæ tamen omnino necessaria est, an tu dominium serui tui in Attium transtuleris, cùm ei seruum tuum tradidisti, vt ipse de eo quæstionem haberet, an verò non transtuleris, vt si transtuleris, condictio tibi competat, quam dat Pomponius, sed non æquè actio ad exhibendum, quæ cum condictione nunquam potest concurrere: Si verò non transtuleris, condictio tibi competere non possit, quoniam non alius condictione teneatur quàm qui dare possit, id est dominium transferre, quod porrò transferre non potest qui non habet *l. traditio* 20. *de acquir. rer. dom.* Sed vindicatio tibi danda esset, si seruus adhuc extaret. Quo peremptо quia summo supplicio affectus est, non alia tibi actio superesse possit quàm ad exhibendum quæ præparatoria vindicationis est *leg.* 1. *supr. ad exhibend.* Non igitur in alio reprehenditur Labeo à Pomponio, quàm in eo, quod credidit posse actionem ad exhibendum etiam cum condictione concurrere, si tamen ita est, vt actionem ad exhibendum dandam putauerit, eo quoque casu quo competere posset condictio. Quod ego certè non puto probabile, ne cogamur dicere tantum Iureconsultum quantus Labeo fuit, id ignorasse quod ex Principiis iuris scire quilibet possit ac debeat. Ratio tamen dubitandi siue pro Labeone, siue pro alio quolibet qui contra Pomponium sentire vellet, illa adferri potest, quòd actio ad exhibendum detur omnibus, quorum ex iusta & honesta causa interest, puta si in eo dicto aliquo sint vsuri vel optaturi, vel noxali aliqua actione experturi, quamuis non sint vindicaturi *leg.* 3. §. *sciendum est &* §. *sed & si quis cum seqq. &* §. *si mecum eod. illo titulo.* Atqui non potest negari quin eius qui condicturus est, intersit maximè rem exhiberi, & quidem ex iusta & honesta causa. Quidni ergo etiam actio ad exhibendum ei dabitur? Etsi enim datur regulariter contra eum solum qui exhibendæ rei facultatem habet *dict. leg.* 3. §. *vlt. & seq. leg. Celsus* 5. *in princip. eod.* datur tamen etiam contra eum qui fecit quominùs exhibere possit, alioqui nec daretur contra eum qui dolo malo possidere desiisset *dict. leg. Celsus* §. *idem Iulianus leg. Iulianus* 9. *in princip. eod. titul.* Sed decidendi ratio pro Pomponio est, quod actio ad exhibendum non nisi propter vindicationes aliasque actiones, in quibus de possessione quæritur, comparata est, quia non potest res possideri, nisi quæ sit præsens *leg. hac si res* 47. *de rei vindication.* In condictionibus autem omnibus de iure ac dominio quæritur, non de possessione *dict.* §. *appellamus, &* §. *sic itaque. Institution. de actionibus.* non potest igitur teneri ad exhibendum is qui condictione aliqua tenetur, si furtiuam excipias, quia contra furem qui

rem

rem furtiuam occultat, vel peremit, etiam actio ad exhibendum datur perinde atque condictio *dict. leg. si pro fure 7. §. 1. de condict. furt. leg. 1. §. vlt. infr. de tign. iunct.* sed non iure aliquo singulari & odio furis, vt condictio, at iure communi & ordinario, quo tenetur etiam fur rei vindicatione, tanquam possessor, sicut & alius quilibet, ac proinde etiam ad exhibendum siue possideat, siue dolo malo desierit possidere. Tenetur ergo non quia condici ei possit, sed quia vindicari ab eo res potest. Et hoc benè Proculus ad Labeonem annotauit, Proculique notam meritò Pomponius probat.

c *Sed si tuus mansisset.* RAT. DVB. Etiam illo casu quo seruus, quem Attio in quæstionem tradidisti, tuus mansit, quia scilicet non eo animo tradideris, vt dominium in Attium transferres, sed solam possessionem, non est tamen bona consecutio, vt Attius furtum tibi fecerit, ideóque etiam furti actione teneri debeat, & condictione furtiua, cùm sine affectu furandi & lucrandi furtum non fiat *§. placuit Instit. de oblig. quæ ex delict. nascuntur.* In proposito autem non habuit Attius animum furti lucri ve faciendi, sed damni potius quod ex furto passus fuerat, reparandi. DEC. Species lucri est & quidem iniusti, animo suo nihil nisi vindictam & minas spiranti satisfacere ex damno alieno, in eam quæ rem abuti re illa, quam à domino in alios vsus quis acceperat, sicut & species lucri est itidem iniustè acquirere ex alieno beneficij debitorem *leg. si pignore 54. §. primo infr. de furt.* vt eleganter ac subtiliter Accursius noster hîc ratiocinatur. Atqui in proposita specie Attius, cui tu seruum tuum tradideras in quæstionem, retento tamen penes te dominio, cùm eum te ignorante Præfecto vigilum castigandum tradidit, quasi in furto deprehensum, vsus est re aliena, & quidem ita vt sciret se inuito domino vti, & dominum si sciret prohibiturum esse. Furtum ergo tibi fecit, nec potest videri dolo carere, qui tantam tibi fecit iniuriam, propter quam, etiamsi seruus non decessisset, iniuriarum tamen actione tibi Attius tenetur *leg. sed si vnius 17. §. primo infrà de iniuriis.* Et improbum lucrum est, quod non benè piéque agendo percipitur *Nouell. 1. de hered. & falcid. cap. 2. §. vltim.* Consequenter tenebitur Attius hoc casu etiam condictione furtiua, licet non hoc addat Pomponius, quia furtiua condictio semper consequens est actioni furti, quoties furti actio iure dominij defertur, quomodo Papinianus loquitur & distinguit in *leg. si vendidero 80. §. primo de furt.*

16. CELSVS libro 3. Digestorum.

DEdi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares. vtrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est, [a] an nulla hîc alia obligatio est, quàm ob rem dati re non secuta? in quod proclinior sum. & ideo si mortuus est Stichus, repetere possum [b]: quòd ideò tibi dedi, vt mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum [c], sed te tamen eum tradidisse: repetere à te pecuniam potero: quia hominem accipientis non feceris. & rursus si tuus est Stichus [d], & pro euictione eius promittere non vis: non liberaueris, quo minùs à te pecuniam repetere possim.

Ad l. vlt. Dedi tibi.

Hanc quoque legem fusissimè & ex professo explicauimus *libr. 6. Coniectur. cap. 10.* Sed tamen explicabimus nunc more nostro per dubitandi, & decidendi rationes, ne quid de Rationalium nostrorum methodo ac instituto detrahatur. Iunge tamen quæ scribemus *ad leg. 1. in fin. infr. de rerum permutat. & ad leg. naturalis 5. §. primo infr. de prescr. verbis.*

a *Vtrum id contractus genus pro portione emptionis, & venditionis est.* RAT. DVB. Cùm dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, atque ita ex vna parte interuenit res, ex altero autem pecunia, contractus adeò similis est emptioni & venditioni, in qua semper necesse est interuenire ex vna parte mercem, ex altera precium *leg. 1. infr. de rer. permut. leg. 1. de contr. empt.* vt Paulus scripserit, quod plus est, emptionem & venditionem esse in *leg. naturalis 5. §. primo de præscr. verb.* Ergo debet habere vel omnia vel saltem quàm plurima, similia venditioni, non omnia ferè dissimilia: qualia sunt ea maximè quæ in hac lege Celsus tradit. Nam & contractus innominati cæteri qui similitudinem aliquam habent cum emptione, & venditione, multa ex eius natura mutuantur, vt cernere est in rerum permutatione *leg. 2. infr. de rerum permutat. leg. 1. & 2. C. eod. & in æstimatoria, de qua in leg. 1. infr. de æstimat. action.* quod & in aliis contractibus innominatis obtinet, similitudinem & adfinitatem aliquam cum alio quolibet innominato contractu habentibus *dict. leg. naturalis § penult. & l. Titius 24. eod. tit. de prescr. verb.* DEC. Non potest emptio esse aut venditio nisi de certo precio conuenerit *dict. leg. 1. de rerum permutat. leg. 2. §. 1. & dict. leg. 1. de contr. empt.* Substantia enim emptionis consistit ex precio *leg. pacta conuenta 72. versic. Paulus notat eod. tit.* Precium autem licet in pecunia numerata, & taxata consistere debeat, *§. precium Instit. de empt. & vendit.* non adeo tamen conuertitur cum pecunia numerata, vt quoties pecunia interuenit etiam quæ pro re detur, dicendum sit emptionem esse. Nec enim precium esse potest nisi id demum de quo inter contrahentes conuenit, vt sit precium, cùm emptio & venditio ex iis contractibus sit qui consensu solo, non etiá traditione perficiuntur, nec possunt à datione incipere. Cùm ergo cótractus incipit à datione, vt in specie huius legis, in quá dedi tibi pecuniá vt mihi Stichú dares, non potest videri cótracta éptio, nec rursus permutatio, quæ proximè

ad venditionem accedit, quia permutatio non est contractus do vt des, sed do quia dedisti, vt pluribus probauimus *eod. libr. 6. Coniect. cap.* 8. & 9. nisi cùm præcessit placitum permutationis, vt in *l ex placito* 3. *C. de rer. permut. d. l.* 1. *infr. eod. ill. tit.* non ergo potest hoc contractus genus esse pro portione, id est ad similitudinem emptionis & venditionis, sed magis est, vt nulla hîc alia obligatio sit, quàm ob rem dati re non secuta: ex qua proinde certum est nasci condictionem, ob rem dati re non secuta, de qua in lege etiam præcedente, & in toto hoc titulo, quæ tamen actio nō excludit aliam actionem, quæ perinde nascitur ex contractu, do vt des, ad id quod interest eius qui dedit eam rem, quam alius vicissim dare debuit accepisse *d. l. naturalis* §. 1. & §. *at cùm do.* Et ideo benè hîc Celsus ita loquitur, *an & hîc nulla alia obligatio est.* Vt intelligamus vnicam quidem esse obligationem, sed ex qua tamen duplex actio nasci possit, condictio scilicet & actio Præscriptis verbis, at non etiam actio ex empto vel ex vendito, id enim duntaxat agit Celsus tota hac lege, vt probet contractum hunc neque emptionem esse, neque similem emptioni: probat autem tribus non rationibus, vt malè scribit Accursius, sed effectibus potiùs, qui dissimilitudinem horum contractuum conse juuntur: nec repugnat quod Paulus scribit in *d l. naturalis* §. 1. Si pecuniam tibi dem, vt rem accipiam, emptionem & venditionem esse. Id enim debet intelligi suppositis terminis habilibus, *l. tutor* 35. §. 1 *sup de iureiur.* id est, si conuentio de precio præcesserit, aut ea pecunia precij nomine data sit, nam, vt diximus, omne quidem precium consistit in pecunia numerata: Sed non è conuerso pecunia omnis numerata precium est, nec proinde necesse est, vt cum Ioanne diuines datam fuisse pecuniam, quasi speciem, puta decem quæ in illa arca sunt, vt in *l. planè* 34. § *sed si non corpus, vers. sed hoc ita de legat.* 1. aut cum Azone, quem Accursius & Bartolus sequuntur, totam huius legis rationem ad id referas quod de dando non de tradendo Sticho conueneiat. Etsi enim verùm est non teneri venditorem ex vendito, vt det rem venditam, id est vt dominium eius in emptorem transferat, sed tantùm vt tradat *l.* 1. & 3. *l. ex empto* 11. §. 1. *de action. empt.* magis tamen ad modum contractus ineundi respexit Celsus, quàm ad verbum *dandi* vt apparet ex prima illatione, quæ his verbis continetur, *Et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi vt mihi Stichum dares.* Nemo enim non videt eandem rationem locum habituram esse, tametsi verbum *tradendi* pro verbo *dandi* in conuentione adpositum fuisset. Perinde namque dici posset, permittendam mihi repetitionem pecuniæ, quam ideo tibi dederim vt mihi Stichum traderes, cùm hoc casu æquè verum sit, non esse rem secutam ob quam data fuit à me pecunia. Quamuis non negem reliquas rationes duas non aliunde, quàm ex *dandi* verbo pendêre.

b *Si mortuus est Stichus, repetere possum.* RAT. DVB. Periculum rei venditæ solet pertinere ad emptorem, etiamsi res nondum ei tradita sit §. *cùm autem Instit. de empt. & vendit. l.* 1. & 2. *C. de peric. & commod. rei vend.* Ergo & hoc casu periculum Stichi ad me pertinere debet, qui si non emptor saltem emptoris loco sum. Atque ita videtur Paulus concludere in *d. l. naturalis* §. 1. *vers. sed si scyphos.* RAT. DEC. Non debet esse melior conditio eius qui contractum innominatum ex suâ parte non impleuit, quàm eius qui impleuit: quæ durior è contrario esse debet, vt est in eo quod ex parte illius, qui impleuit, locus est pœnitentiæ, non etiam ex parte illius qui nondum impleuit *l. si pecuniam* 5. *supr. hoc tit.* Ergo si pecuniam tibi dederim vt mihi Stichum dares, periculo tuo debet Stichus viuere, non meo, nec aliud Paulum sensisse putandum est, nisi eo demùm casu, quo sic eueniret vt periculo duplici onerateris, & eius rei quam à me accepisses, & Stichi præterea quem nondum mihi dedisses: vt in specie *d. vers. sed si scyphos.* Tam enim facilè amitti possunt scyphi quàm Stichus perire. Quod non similiter euenit, si dederim tibi quid immobile quod vel nullomodo, vel longè difficiliùs perire possit, aut pro Sticho pecuniam, quæ licèt & ipsa tanquam mobilis valde lubrica & fragilis res sit, *l. si chorus* 79. §. 1 *de leg.* 3. facilè tamen eo periculo eximere se potest, qui pecuniam accepit, siue conuertendo eam in nomina, siue in emptionem prædiorum *Auth. nouissimè C. de adim. tutor.* Atque ita locos istos qui alioquin valde pugnare inuicem videntur conciliandos esse scripsimus *dict. cap.* 10. Probabiliùs ni fallimur, quàm si cum Ioanne commíniscaris non fuisse te distracturum Stichum in specie huius legis, quem distracturus fuerasapud Paulum, quod planè diuinatorium est: nec distinctio ipsa valde probabilis tanquam desumpta ex *l.* 1. §. *sed si tibi dedero & d. l. si pecuniam* 5. §. *vlt supr.* quos locos Triboniani potiùs quàm Iureconsulti esse ostendimus. Non enim solent prudentes distinguere, an distracturus fueris necne, quod in animi tui destinatione sola positum est, sed an potueris distrahere necne, quod ex rerum statu cōst tui addiscerni facilè potest *l. cùm res* 47. §. *vlt. de legat.* 1. mihi tamen probabilius nunc videtur, & conuenientius verbis Pauli, vt distinguamus an per te steterit vt Stichum dares, à quo tempore pecuniam meam accepisti an non, vt si per te steterit, quia cùm primùm dare potuisti non dedisti, hoc ipso videaris esse non solùm in mora, sed etiam in culpa, quamuis nulla interpellatio præcesserit, quæ necessaria esse solet ad moram contrahendam *l. mora* 32. *infr. de vsur.* Quasi sit hic vnus ex casibus in quibus mora contrahitur re ipsa & ipso iure citra vllam interpellationem vt in *l.* 3. *C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. l. curabit* 5. *C. de action. empt. l. Titia Seio* 87. §. *vsuras de legat.* 2. An non enim satis interpellaris, vt mihi des Stichum hoc ipso, quod à me pecuniam accipis, vt Stichum mihi des? Hoc igitur casu Stichum periculo tuo viuere æquum est non meo, cùm tibi imputare debeas cur non citius Stichum mihi dederis, cùm dare posses vt te ab eo periculo liberares, at si per te non steterit, fortè quòd à me pecuniam acceperis vt mihi Stichum dares, qui tum erat in prouincia, & Stichus priùs decesserit quàm in potestatem meam peruenisset, vt eum mihi dare posses, æquiùs certè est periculo meo eum viuere, nec quicquam præstare te debere nisi culpam, vt Paulus loquitur, id est vt neque culpa tua Stichus perierit, neque post culpam & moram tuam in eo non soluĕdo contractam. Sic enim Paulū intelligo, & quod generaliter scriptum est in *l. pecuniam* 10. *C. hoc tit.* Pecuniam à me datam si hæc causa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minimè repeti posse, nec enim casus fortuitus excusat, quem siue culpa, siue mora aliqua præcessit *l.* 3. §. 1. *vers. sed si Stichus* vbi diximus *supr. hoc tit.* Ex quo textu apparet id quod à Celso hîc scriptum est, si mortuus sit Stichus repetere me posse pecuniam quam ideo tibi dedi, vt mihi Stichum dares, sic intelligi debere, si non dederis

Stichum

Stichum quamplurimùm dare potuisti, neque hæc valde magna, vel improbabilis suppletio est, quam & prima quæ apud Accursium est solutio, confirmat: qua enim fronte possis dicere periculo meo Stichum & viuere & mori, si qua tibi culpa imputari possit? Sequitur

c *Finge alienum esse Stichum.* RAT. DVB. eadem est quę ad versiculum præcedentem, quòd hic contractus, si emptio non est, simillimus tamen sit emptioni, cùm ex vna parte pecunia, ex alia verò merx interueniat. Atqui venditor non ad aliud tenetur, quàm vt rem venditam emptori tradat: per quam traditionem fit, vt si dominus est dominium transferat, sin minùs vsucapiendi condicionem séque de euictione obliget *l. ex empto* 11. §. 1. *de action. empt. l. clauibus* 74. *de contr. empt.* nec idcirco quod rem quæ vendita fuit, alienam esse appareat, precij repetitio emptori datur: numquam enim ex contractu nominato datur condictio, nisi cùm certæ rei contemplatione contractus initus est, qui alioquin initus non fuisset, & causa illa finalis secuta non est dolo malo emptoris, vt in *l. cùm te fundum* 6. *C. de pact. int. empt. & vendit. iunct. l. ea condicione* 14 *C. de rescind. vendit. iunct. l.* 3. 5. *& aliis pass. eod. tit.* Ergo & in proposita specie dicendum est, si alienus fuit Stichus quem tu mihi tradideris, non ideo repetere me à te pecuniam posse, sed satis mihi esse debere quòd te habeam de euictione obligatum. DEC. Contractus quis & qualis sit, & an nominatus an innominatus ex modo ineūdi dignoscendum est *l. si procuratorem* 8. *in princip. infr. mandat. l. non tantùm* 16. *de S C. Maced.* Innominati autem sunt omnes qui incipiunt à datione, nominati enim omnes incipiunt à conuentione *l. iuris gentium* 7. *in princip. & §.* 1. *supr. de pact.* atqui in contractibus innominatis locus est non solùm pœnitentiæ ex parte illius, qui dat, sed etiam condictioni si causa ob quam datum vel factum aliquid fuit, secuta non sit: *Tot. hoc tit.* Ergo si Stichum alienum mihi tradideris, possum à te repetere pecuniam, quia verum est te Stichum non dedisse, cùm eum non feceris meum. Dare siquidem nihil aliud est, quàm dominium transferre *l. vbi autem* 75. *§. vlt. infr. de verb. oblig. l. non videntur data* 167. *de regul. iur.* nec proinde ad dandum sufficit tradere, si is qui dat non sit dominus, quia tradere nihil aliud est quàm possessionem transferre *l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin. l.* 3. *& d. l. ex empto* 11. §. 1. *& pass. de action. empt.*

d *Et rursus si tuus est Stichus.* RAT. DVB. Si tuus est Stichus, dubitari non potest, quin eum mihi tradendo eius dominium in me transtuleris *d. l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin.* Fecisti ergo quod ex contractu facere debuisti, nec proinde permittendum mihi est, vt pecuniam possim repetere, quam tibi dedi, etiamsi de Stichi euictione nolis promittere siue satisdationem à te exigam siue nudam repromissionem, cùm in contractu nihil de eo dictum aut actū sit: Aut si ex hoc cōtractu etiam obligari te de euictione æquum est, agere cōtra te debeo, vt mihi caueas de euictione saltem per nudam repromissionem non pecuniam repetere quomodo in venditione seruaretur *l.* 2. *infr. de euict.* DEC. Non videtur datum etiam id cuius dominium in alium translatum sit nisi quod ita datum est vt auocari nullo casu possit. Quid enim si priusquàm Stichum mihi dares eum alij obligaueris qui postmodum iure pignoris sit à me auocaturus vt in *l. si rem meam* 20. *l. si quis aliam* 46. *l. qui res* 98. *de solut.* Euictio siquidem non vna tantùm est, si quis dominium rei petierit, & euicerit, sed & si quis actione Seruiana experiatur *l. si mancipiū* 34. *vlt. §. & l. seq. infr. de euict.* quod autem euincitur in bonis non est *l. quod euincitur* 190. *de regul. iur.* Ergo vt plenum dominium, & irreuocabile in me transtulisse videri possis, non modò translatum à te Stichi dominium esse oportet, sed etiam promissam mihi abs te euictionem nuda saltem cautione: cùm aduersus periculum dubij euentus nullum nisi cautionis remedium adferri possit *l. si post acceptum* 18. *supr. de rei vindic.* Proinde si nobis de euictione te obligare, cùm hoc ipso dubium facias an Stichum irreuocabiliter meum feceris, perinde haberi debes acsi meum non fecisses, & consequenter teneri eàdem condictione ob rem dati re non secuta: nec enim vlla mihi contra te potest actio competere ad hoc, vt caueas mihi de euictione, cùm de eo nihil in contractu dictum sit, nec veniat ex natura contractus quomodo veniret ex contractu venditionis *d. l. ex empto* 11. *§.* 1. *de action. empt. d. l.* 2. *l. si dictum* 56. *l. si in venditione* 60. *de euict. l. pacta conuenta* 72. *de contr. empt.* Quamuis si ex hac quoque causa esset interposita duplæ stipulatio, non minùs quàm ex causa venditionis committeretur *l. sciendum est* 52. *de euict.* Igitur ex hoc quoque intelligimus differre contractum hunc à contractu emptionis, vt & in aliis duobus de quibus diximus. Cæterùm obseruandum est, quod & Accursius noster hîc notat, & nos iam in præcedentibus monuimus, non ex omni contractu innominato nasci posse condictionem, sed ex eo tantùm qui à datione incipiat siue tibi dem vt des, siue vt facias *d. l. naturalis* 5. *§.* 1. *&* 2. *de præscript. verb. & l.* 1. *§. vlt. de rer. permut.* aut ne facias, puta ne quid alienes *l. ea lege* 1. *C. hoc tit.* non etiam ex contractu Facio vt des, & Facio vt facias *d. l. naturalis* 5. *§. quòd si faciam & seq.* Facta enim sicuti pro infectis haberi non possunt, ita neque condici *l. pen. eod. iunct. l. in bello* 12. *§. facti autem causæ infr. de capt. & postlim. l. si non sortem* 26. *§. libertus infr. de condict. indeb.* Illud difficilius est, cur etiam ex donatione facta sub modo & certa lege detur condictio hæc ob rem dati re non secuta, si donatarius non impleat, quod promisit *l.* 1. *&* 3. *C. de donat. quæ sub mod.* quamuis ex hac causa etiam præscriptis verbis actio competat *l. legem* 9. *l. cùm res* 22. *C. de donat. l. vlt. Cod. de rer. permut.* cùm donatio videatur esse contractus nominatus, non ab eo solùm tempore quo Iustinianus constituit, vt nudo consensu perficiatur in *l. si quis argentum* 35. *§. vlt. C. de donat.* dum ne confundamus pactum de donando eum donatione, sed vetere quoque iure inspecto, cùm suum nomen proprium & elegans habuerit, si Bartolo credimus, qui contra Accursiū ita disputat. Sed dicēdū est, meo iudicio, donationem licèt habeat habueritq; iam olim nomen elegans, in modo tamen ineundi similem esse & fuisse semper contractui innominato quatenus non à conuentione vlla incipit, sed à datione & traditione (de hac enim loquimur, non de illa quæ fit per stipulationem, quæque nihil nisi stipulatio est habens donationem pro causa *l. cùm enim* 6. *infr. de nouat.*) fitque nullo tractatu præcedente quia nec nisi liberalitatem & beneficium continet ex parte donantis *l. interdictum* 14. *infr. de precar. l. Aristo* 18. *de donat.* vbi hanc ob causam distinguitur donationis causa à negotio & à contractu, vt intelligamus nullum inter donantem & eum cui donatur, geri negotium quod tractetur primum, deinde cō-

trahatur, nam & inde contractus nomen fluxit, vt bene Iacobus Cuiacius obseruauit. Itaque si propriè & partitè loqui volumus, donatio pura cùm nullomodo contractus sit, neque nominatus contractus dici potest, neque innominatus, & stulta est quæstio an contractus nominatus an innominatus sit, si neque contractus est, nam cui nomen generis non conuenit, nec nomen speciei conuenire potest, quamuis quatenus obligat donantem ne pœnitere possit, contractus vim habeat. Quid enim aliud efficere cõtractus potest, nisi vt inducat obligationem? *dict. leg. iuris gentium in princip. & §. 1. supr. de pact.* Vnde est quod pater filiosfamilias donare non potest *leg. 2. C. de inofficios. donat. leg. siue emancipatis 17. C. de donat.* quòd inter patrem & filiumfamilias nulla possit contrahi obligatio *leg. imperator 50. infr. ad SC. Trebellian.* Eóque videtur respexisse Modestinus in *leg. cum qui 22. infr. de donat.* cùm ait in bonæ fidei contractibus donationis speciem non deputari, sic innuens quodammodo, esse igitur contractum quatenus omnis obligatio pro contractu habenda est *leg. omnem obligationem 20. supr. de iudic.* sed stricti iuris. Quamquam obseruandum est, quod nemo obseruat, in ea lege non de ea donatione agi quæ facta sit per traditionem, quam nos solam negamus contractum esse, sed de ea quæ per stipulationem, quæ cùm nihil aliud sit quàm stipulatio facta ex causa donationis, vt diximus, vtique non potest non esse contractus, & quidem stricti iuris, vt stipulationes omnes *leg. quicquid adstringendæ 99. de verbor. oblig.* At cùm donatio per traditionem quidem facta est, sed certa lege & sub modo, non autem purè, & absolutè, negari certè non potest quin contractus sit, cùm pariat obligationem, & actionem ciuilem, quia nimirum eo casu negotium aliquod geritur inter donantem & donatarium, *dict. leg. Aristo 18. de donat.* sed actionem vtique non aliam, quàm duplicem illam, quæ ex contractu do vt facias, nasci solet, id est condictionem ob rem dati re non secuta, & Præscriptis verbis ad id quod interest donatoris *d. leg. 1. C. de donat. quæ sub mod. dict. leg. vlt. C. de rer. permut. dict. leg. legem 9. & leg. cùm res 22. C. de donat.* quia nec alia inter huiusmodi donationem & contractum do vt facias, differentia est, nisi quæ inter hæc verba *Do* & *Dono*, quoniam quisquis donat dat, sed non è conuerso quisquis dat, donat: nec eo minùs tamen retinet donatio hoc etiam casu suum nomen donationis, quia non minùs donat qui certa lege donat, quàm qui purè & absolutè, cùm æquè sua sponte liberalitatem hic exerceat quamuis minorem & certæ rei contemplatione, sine qua non fuerat donaturus: quo casu diximus etiam ex contractu nominato, vt puta venditionis, posse locum esse condictioni *d. l. cùm te fundum 6. C. de pact. int. empt. & vendit.* neque tantùm donationis nomen retinet donatio, quæ fit certa lege & sub modo, sed etiam donationis simplicis & inter viuos, nisi cùm facta est sub lege & condicione redhibendi: quo causa sumit nouam denominationem, & dicitur donatio causa mortis *l. Seia 42 in princip. & §. 1. de mort. caus. donat.* ex qua tamen sola condictio nascitur rem repetendam, cùm casus euenerit, non etiam actio Præscriptis verbis *l. Senatus 32. §. 1. eod.* quia nec aliam legem & condicionem habet, quàm vt aliquo casu res donata reddatur, quasi reuocata donatione *l. vlt ita donatur 27. eod. tit.* non quomodo in aliis donationibus sub modo factis, vt donationi satisfiat & donationis lex impleatur, nec enim donatio sub modo facta reuocari magis potest, aut alias leges & condiciones recipere, quàm si purè & absolutè facta esset, quia perfecta donatio nouas condiciones non admittit *l. perfecta 4. C de donat.* quæ sub modo & deliberare donatorem oportuit priusquàm donaret, an donare vellet necne, non ex pœnitentia donationem reuocare *leg. possessionem 3. l. velles necne 6. & pass. C. de reuoc. donat.* Non enim beneficio decipi donatarium sed iuuari oportet *l. in commodato 17. §. sicut autem infr. commod.* Satisque debet esse donatori, quod habeat donatarium obligatum naturaliter ad ἀντίδωρα *l. sed etsi 25. § consuluit sup. de hered. petit.* licèt ea obligatio non possit facere, vt eo magis donatio videri debeat contractus, quia non ciuilis obligatio est, sed tantùm naturalis *d. l. Aristo.* nec aliter parit obligationem ciuilem, quàm si donationi aliud mixtum sit negotium, vt ibidem scriptum est: mixtum autem esse intelligitur, quoties quis donauit certa quod aliter non fuerat donaturus, non etiam si donatio causam duntaxat aliquam impulsiuam habuerit, solius enim causæ finalis defectus non etiam impulsiuæ parit condictionem. Finalis autem causa ea demum esse intelligitur quæ fauorem donatoris respicit non quæ donatarij *l. 2. §. vlt. & l. 3. eod. l. cùm tale 72. §. falsam causam de condic. & demonstr.* Planè addito donationi pacto aliquo in fauorem donatoris potest donator mutare voluntatem, sed non reuocare liberalitatem vt Bart. hîc tractat ex *d. l. Aristo & l. quæsitum 8. infr. de seru. export.*

DE CON-

DE CONDICTIONE OB TVRPEM, VEL INIVSTAM CAVSAM.

TIT. V.

1. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

OMNE quod datur, aut ob rem datur, aut ob causam, & ob rem, aut turpem, aut honestam, turpem autem, aut vt dantis sit turpitudo, non accipientis: aut accipientis duntaxat, non etiam dantis, aut vtriusque. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res propter quam datum est, secuta non est. Quòd si turpis causa accipientis fuerit [a], etiam si res secuta fuerit, repeti potest.

Ad l. 1. Omne quod.

RAT. DVB. Quicquid ob rem datur, etiam datur ob causam, cùm res illa dandi causa sit, & similiter quicquid ob causam datur, etiam ob rem aliquam datur, cùm non possit causa esse sine re aliqua *l. 2. §. circa infr. de dol. mal. except. l. cùm enim 6. infr. de nouat.* Ergo non debuit Paulus distinguere id quod datur ob causam, ab eo quòd datur ob rem, quasi sit duplex condictio, vna ob rem dati re non secuta, altera ob causam dati causa nō secuta. DEC. Vidi ego qui dicerēt latiùs patere nomen rei quàm causæ, non enim omne quod datur ob rem aliquam ob causam etiam datur, licèt quod ob causam datur etiam ob rem detur, si rei nomine intelligas omnia, etiam quæ in faciendo consistunt. Sed si ea tantùm quæ dari possunt, habebunt se res & causa tanquam excedentia, & excessa, in proposito autem videtur rei nomen sumi strictiùs pro re danda non etiam pro re facienda, nomen verò causæ pro re facienda tantùm, non etiā pro re danda. Horum tamen sententia improbabilis mihi semper visa est: ita enim fieret vt condictio ob rem dati re non secuta nasceretur ex solo contractu Do vt des, non etiam ex illo Do vt facias, & è conuerso vt ex contractu Do vt facias, nasceretur tantùm condictio ob causam dati causa non secuta, non item ex contractu Do vt des: quod vtrumque tamen falsum est, vt constat ex *l. si procuratori 14. supr. tit. prox.* vbi datur condictio ob rem dati re non secuta, cùm ratihabitio secuta non est quæ tota facti est. Itémque *ex tot. tit. de condict. ob caus. dator. C.* Ex quo apparet quantum ad condictionem pertinet, nihil interesse an ob rem an ob causam datum aliquid sit, si modò de re futura vel de causa futura intelligas. Sed si de re futura, & de causa præterita, quomodo Accursius noster benè hanc distinctionem interpretatur ex *l. damus 52. inf. tit. prox.* sicuti cùm causam opponimus conditioni vt in *l. 2. §. vlt. & l. 3. de donat.* aut pœnæ vt in *l. si iam facta sint 11. de condic. & demonstr.* multum interest an ob rem futuram aliquid datum sit, an ob causam præteritam. Priore casu locus est condictioni ob rem dati re non secuta, de qua in *Tit. præced.* quæ & condictio dicitur ob causam dati scilicet futuram causa non secuta, quoniam inter rem & causam futuram nihil distat, quemadmodū nec inter rem futuram & condicionem, sed hoc ita si res ob quam datum fuit, & quæ secuta non est, sit honesta, vt sequitur in hac lege. At posteriore casu cùm ob causam præteritam aliquid datum est, quæ falsa inuenitur, nō est locus repetitioni, vt disertè scriptum est in *d. l. damus*, vbi dicemus. Quòd si datum sit non quidem ob causam præteritam, sed ob rem futuram, at quæ tamen turpis sit vel iniusta, æquè locus est repetitioni per condictionē, de qua specialiter in *hoc tit. & in C. ob turpem vel iniustam causam.* Separat enim hic Titulus duas illas causas tanquam diuersas [quamuis quod pertinet ad vim condictionis, eundem habeat effectum] quas tamen Accursius noster malè confundit. Turpis enim res dicitur, quæ est contra bonos mores, iniusta verò quæ cōtra ius & leges vt in *l. condiciones 14. & l. filius 15. de condic. instit.* neq; verò quicquid est contra ius & leges statim est contra bonos mores, quāuis è contrario quicquid est cōtra bonos mores, sit etiā contra ius ciuile, cuius primum ac potissimum præceptum est quo reliqua duo includuntur, Honestè viuere. Adeò latiùs patent fines honestatis, quàm iuris aut etiam æquitatis *l. non omne 144. de regul. iur. l. semper 42. de rit. nupt.*

a *Quòd si turpis causa accipientis fuerit.* Benè distinguit Paulus, cùm ob rem turpem aliquid datum est an turpitudo sit ex parte accipientis tantùm, an ex parte dantis solùm, an ex parte vtriusq;. Aliud enim atque aliud iuris in his casibus constituitur, incipit autem ab eo casu quo turpitudo sit ex parte solius accipientis: Et ait esse hoc casu repetitionē, etiamsi

res secuta sit: in eo que differre condictionem hanc ab illa de qua in Tit. superiore, quæ necessariò requirit vt causa secuta non sit, nisi proponatur secuta post moram aut post pœnitentiam, vt apud Accursium Ioannes notat ex *l.3. §. sed etsi tibi dedero & l. 5.§.si seruum supr.tit.prox.* Exemplum est huius versiculi in princip. *l.prox. seq.* si dederim tibi decem ne sacrilegium facias, aut furtum, aut ne hominem occidas. RAT. DVB. Turpe est sacrilegium, aut furtum facere, aut hominem occidere, cùm sint hæc omnia non modò contra leges, sed etiam contra bonos mores & publicam honestatem lædant *l. generaliter 26.& seq.de verb.oblig.l.condiciones 14.& seq.infr.de condic.instit.* Ergo sacrilegium, aut furtum non facere, & hominem non occidere honestum est, ac proinde quod eam ob causam datum est, ob turpem causam datum videri nō potest. DEC. Honestè quidem facit quisquis à furto, sacrilegio, & homicidio se abstinet: sed turpiter, qui vt se abstineat, pecuniam ab aliquo accipit. Debet enim sua cuique innocentia sibi esse præmium, nec amore pecuniæ sed solius virtutis, adeóque nec pœnæ formidine à sceleribus abstinendum est, & ad publicam vtilitatem maximè pertinet vt sola legum authoritate coerceantur homines, ne delinquant, qui solo virtutis amore ad innocentiam inuitari non possunt, quæ nunquam venalis esse debet *l. iuris gentium 7. §. si ob maleficium supr.de pact.* Qui enim pecuniam accipit ne maleficium faciat hoc ipso testatur se facturum fuisse si pecuniam non accepisset, quod ipsum per se solum turpe est. Turpitudo enim delictorum omnium non tam in delictis ipsis, quàm in voluntate delinquendi consistit, quamuis cogitationis solius pœnam nemo patiatur *l. qui iniur.d. 53. in princip. infr. de furt.iunct.l.cogitationis 18.de pœn.* Sic Papinianus dicebat liberos ad paterna obsequia meritis prouocandos, non pactionibus adstringendos, vt Iustin. refert in *l.si quando 35.C.de inoff.testam.* similiter è contrario accidit aliquando vt accipiatur quid honestè ob id quoque, quod tamē turpiter fiat, vt in pecunia, quæ meretrici datur. Etsi enim turpiter facit quòd sit meretrix, honestè tamen accipit cùm sit meretrix *l. 4.§.sed & quod meretricii inf hoc tit.* Porrò quod turpiter accipitur, honestè iustéq; cōdicitur cùm ex parte solius accipientis turpitudo versatur. Nam si vel ex parte solius dantis, vel ex parte vtriusq; aliud dicendum est, nec vlla dari potest condictio *l.3.& 4.§.quoties infr.hoc tit.l.4.& l.pen.C.eod.l.1.supr.de calumniat.*

2. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

VT puta, dedi tibi, ne sacrilegium facias, neu furtum, néve hominem occidas. in qua specie Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas condici posse. Item si tibi dedero, vt rem mihi reddas depositam apud te, vel vt instrumentum mihi redderes.

Ad l.2. Vt puta.

Adferuntur in hac lege ab Vlpiano exempla duorum generum in quibus pecunia non datur turpiter, sed accipitur tamen turpiter, ita vt ex parte solius accipientis turpitudo versetur, ideóque & condictioni locus sit de qua in hoc tit. ob turpem causam. Priora illa sunt de quibus proximè diximus si pecuniam tibi dederim ne maleficium facias, puta sacrilegium aut furtum aut homicidium. Posteriora verò hæc duo, si pecuniam tibi dedero vt mihi rem apud te depositam reddas, vel vt meum instrumentum. RAT. DVB. & DECID. eadem ferè quæ ad finem legis præcedentis: qui enim depositum reddit vel instrumentum, licèt accepta pecunia, facit tamen quod debet. Nihil ergo turpiter: sed tamen verum est illum accipere pecuniam ob turpem causam, cùm accipiat ob id tantùm ne sit perfidus qui alioquin, si pecuniam non accepisset, perfidus futurus fuisset. Nam quid aliud est, pecuniam te accipere, vt depositum mihi reddas, quàm facto ipso testari te nolle reddere si nulla detur tibi pecunia? Atqui parùm distat à fure, qui depositi restitutionem denegat, cùm hoc ipso furtum faciat, ideóque etiam furtiua condictione teneatur *l.si quis inficiatus 13.§.1.infr.depos.* neque ergo valde interest an accipias à me pecuniam ne furtum facias, an vt depositum mihi reddas, licèt vno casu causa dandæ pecuniæ sit affirmatiua, alio autem negatiua: quoniam effectu ipso res tota eodem recidit. Et vtroque casu turpitudo versatur, non quidem ex parte dantis, sed ex parte accipientis tantùm, ideóque non impeditur condictio *l.vlt.in princip.* quæ ita accipienda est, quomodo benè interpretatur Accursius licèt verba illa repugnare videantur *tamen turpitur datum est infr. hoc tit.* Nec tantùm condictio pecuniæ hoc casu competit, sed etiam actio depositi si pecuniam acceperis vt depositum redderes *d.l.l.vlt.in fin.infr.l.vlt.inf. deposit.*

1 ¶ Sed si dedi, vt secundùm me in bona causa iudex pronunciaret: est quidem relatum, condictioni locum esse. sed hic quoque crimen contrahit: iudicem enim corrumpere videtur. & non ita pridem Imperator noster constituit, litem eum perdere.

Ad §.1. Sed si dedi.

Duplex huius §. sensus adfertur ab interpretibus. Vnus ille, vt si quis iudici pecuniam dederit vt secundum se pronunciet, distinguendum sit, an bonam causam habuerit, an verò malam, & iniustam, & quidem si bonam causam habuerit, possit condicere quod dedit, quasi hoc casu turpitudo versetur ex parte accipientis tantùm, vt in aliis exemplis, de quibus dictum

ctum priùs est, si verò malam & iniustam, non possit condicere, quòd eo casu turpitudo versetur non minùs ex parte dantis, quàm ex parte accipientis. Alter sensus est, vt neutro casu condictio locum habeat, quia in vtroque turpitudo interueniat ex parte vtriusque: priorem interpretationem quam Bartolus probat, coniunctio legis sequentis adiuuat, in qua tractari incipit de eo casu quo & dantis & accipientis turpitudo versetur quasi de eo casu nondum tractatum sit in lege præcedente, sed de illo tantū quo ex parte solius accipientis adsit turpitudo. Item quod in dictæ legis sequentis fine scriptum est *veluti si pecunia detur, vt malè iudicetur*. Quid enim faceret dictio illa *malè* si non aliud dicendum esset, quamuis data esset pecunia vt benè iudicaretur? At in contrarium & pro posteriore interpretatione illud vrget fortiter, primùm quod Vlpianus postquàm varios casus attulit in quibus condictio locum habere debeat, quia in iis nulla turpitudo sit, nisi ex parte accipientis, subiungit hunc casum per aduersatiuam, *sed si dedi*, tanquam non modò diuersum, sed alio etiam iure censendum, & in quo nullus condictioni locus esse debeat, propter mixtam ex vtraque parte turpitudinem. Deinde, quòd postquam retulit Vlpianus, non defuisse ex prudentibus qui responderint dandam ei condictionem qui iudici pecuniam dedit vt secundum se in bona causa pronunciaret. quasi nulla in eo esset turpitudo nisi ex parte iudicis, statim contrariam suam opinionem subiicit, cùm adfert rationem, propter quam contrà ipse sentiat, illis verbis. *sed hic quoque crimen contrahit.* Sensus enim est, non illum duntaxat qui dat pecuniam iudici vt malè iudicet, sed hunc quoque qui dat vt pro se in bona causa iudex pronunciet, crimen contrahere. Non enim minùs hic, quàm ille iudicem corrumpere videtur, adeò vt ab Imperatore Antonino constitutum sit litem eum perdere, & actionem amittere quòd diffidentia iustæ sententiæ in pecuniæ corruptela spem negotij reposuerit, vt habet *l. 1. C. de pœn. iudic. qui mal. iudic.* Nec sanè video quid ad hanc rationem pro Bartolo respondere quis possit, non enim negari potest, quin crimen contrahat & delinquat etiam hic, qui pecuniam dat vt benè pro se iudicetur, cùm nihil vetet & bonam causam illum habere, & tamen quia de victoria certus esse non potest, in pecuniæ corruptela potiùs spem negotij reponere, nam quemadmodum qui malam causam habet, potest tamen casu obtinere vt loquitur *l. posthumus 6. §. 1. supr. de inoff. testam.* (vnde est quod nostri sententiam iudicis siue bonam siue malam, inter casus fortuitos non malè enumerant) ita & qui bonam causam habet, succumbere facilè potest, non tantùm per sordes, aut per gratiam vel imperitiam iudicis, sed etiam casu, id est, per imprudentiam iudicis ad facti circumstantias non satis prudenter attendentis *l. si per imprudentiam 51. infr. de euict. l. exceptione 67. de fideiuss. l. seruo 65. §. cùm prætor infr. ad SC. Trebell. l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* Porrò delictum & crimen vbicumq. est, ibi etiam vt turpitudo sit necesse. Quod ergo data sit iudici pecunia pro bona causa, facere non potest vt eo magis cōdictioni locus esse debeat, cùm nec possit facere, vt eo minùs turpitudo ex parte dantis quoq. versetur. Atq; ita omnino cōtra Bartolum pro Vlpiano sentio: nec me mouet quod in *l. prox. seq.* Paulus tractās de eo casu quo turpitudo ex parte vtriusq. versetur, ponit datam esse iudici pecuniā vt malè iudicetur, nō quia putem Paulū ex eorū numero esse quos Vlpianus perstringit, cùm nec Antonini constitutionem, nec ratiocinationē Vlpiani ignorare potuerit, sed quia cùm alius casus esset controuersus quo data sit pecunia iudici ad benè iudicandū maluit & debuit Paulus exemplum adferre quod positū esset extra controuersiā de pecunia data iudici, vt malè pronūcietur: quo casu nemo dubitat, quin turpitudo sit ex parte vtriusq. nec proinde quin ea ratione cōdictio impediatur: Sed qui diligentiùs rē perpendūt idē iuris esse vident, tametsi pecunia data sit iudici vt benè iudicetur. Nā nec pœna iacturæ litis, quā induxit Antoninus, ad aliū pertinere potest, quàm ad eū qui bonā causam habeat, cùm in iactura malæ & iniustæ litis damnū nullum esse possit. Etsi verò aliud est litē principalem amittere, aliud verò condictionem nō habere, quis tamē æquum putet quod vult Bartolus vt qui ob crimen quod cōmisit dādo iudici pecuniā amittit litē, habeat nihilominùs datæ pecuniæ condictionē? An nō hoc esset frui minoribus eū, qui careret maioribus, quomodo Papinianus loquitur in *l. cui pacto 5. de seru. export.* Sunt qui putent hunc *§.* cum *l. seq.* sic coniungēdū esse, vt vtroq. loco vnus quasi syllogismus cōtineatur, cuius prima propositio sit in hoc §. secunda verò *in l. seq.* in hunc modū: Cū quis vt in bona etiam causa secundū se iudicetur dat iudici pecuniā, crimē contrahit, ac proinde turpiter facit dādo, non minùs quàm iudex accipiēdo. Atqui vbi & dātis & accipiētis turpitudo versatur, dicimus nō posse repeti, veluti si pecunia detur vt malè iudicetur, sola deest cōclusio quæ tamen ex dictis propositionibus colligi facilè ac suppleri pōt. Sed ne hāc quoq; interpretationē probare possim illud facit nō solū quod diuersorū Iureconsultorū, hæ leges sunt, sed etiam quòd lex sequēs lōgè meliùs cū fine legis primę, quę eiusdē Pauli est, quàm cū fine legis huius cōnectitur: nec rursus huic interpretationi cōuenire possūt verba vltima legis sequētis, *veluti si pecunia detur vt malè iudicetur.* Nā cū prima propositio sit de eo qui pecuniā dedit vt benè iudicetur, mutarētur termini si minor propositio esset de eo qui dedisset pecuniā vt malè iudicaretur, constarētq. hic syllogismus ex quatuor terminis, quod nō seruūt Dialectici, neque bonum esset argumentum ab eo qui pecuniam dedit pro obtinenda sententia in mala causa, ad eum qui dedisset in bona, nisi præsupponeres, & probares ex parte illius quoque turpitudinem versari: quod certè ita est. *Ratio* igitur *dubitandi* ad hunc §. illa est, quod cùm dedi pecuniam iudici, vt secundum me in bona causa pronunciaret, nulla videatur ex parte mea esse turpitudo, quæ impedire debeat condictionem. Sed decidendi fortior illa, quod imò ex mea quoque parte turpitudo est, quandoquidem hic quoque crimen contrahitur, (sic enim legendum est, non vt vulgo *contrahit* cùm de me in prima persona locutus esset Vlp.) Saltem post supradictam Antonini constitutionem in *d. l. 1. C. de pœn. iudic. qui mal. iudic.* quæ sanè videtur vt & aliæ pleræque Imperatorum constitutiones ex non delicto fecisse delictum: vt ante eam non valde errauerint, qui condictioni locum dederunt. Nec mirum videri debet, quod Bartolus obiicit pro absurdo, vt lex sequens nihil addat ad hanc legem si nostra interpretatio recipiatur. Fateor enim ita esse: Sed addidit Antoninus ad ius vetus, eiúsque rationem hac parte immutauit, non principaliter (nec enim de danda vel deneganda condictione quicquā cōstituit) sed per necessarias tamē cōsequētias, quia delictū nullū etiā quod tale factū sit

ex non delicto, potest esse sine turpitudine, nec turpitudo ex parte dantis cum condictione vnquam concurrere. Denique sufficit vt hæc lex addat aliquid ad legem sequentem, licèt lex sequens nihil ad hanc addat. Quid? An ergo retinebit iudex pecuniam, quam turpiter acceperit ad iudicandum siue benè siue malè? Retineret vtique, si non ei cum alio res esset, quàm cum eo qui dedit, ob regulam quæ ponitur in *l. seq.* quòd vbi dantis & accipientis turpitudo versatur, non possit quod datum est repeti. Non enim hic locum habet quod aliàs dici solet, in re obscura melius esse fauere repetitioni quàm aduentitio lucro. *l. nō debet actori.* 41. *§. 1. de regul. iur.* nec enim res obscura est, cùm apparet ex parte dantis adesse turpitudinem. Benè tamen hoc casu prouisum est à Iustiniano *Nouell.* 124. *vt litig. iu. in exord. lit. c. 2.* vnde sumpta est *Auth. sed nouo iure C. de pœn. iudic. qui mal. iudic.* & constitutum vt fisco ea pecunia applicetur. Quærit Accursius, quid si pecunia iudici non data, sed tantùm promissa sit, pro ea verò data sint pignora, an possint repeti? Et respōdet posse quia non magis possit pignus accedere obligationi inefficaci quàm ei quæ nulla est *arg. l. 3. §. 1. infr. de constit. pecun.* Idem tamen putat ad *l. 2. C. eod. tit.* distinguendum esse, an velit is qui dedit agere vindicatione, an pignoratitia, vt pignoratitia quidem non possit, quia pignus nullum est, sed tamen vindicatione possit, quia rei pignoratæ dominus manet. Vltramontani, quos Bartolus refert, negant vindicationem posse magis, quàm pignoratitiam competere, quoniam aduersus vindicationem obiici possit conuentio pignoris, quam si velit is qui vindicat elidere per replicationem illam, quòd ea pignoris conuentio facta sit ob turpem causam, non sit audiendus tanquam qui propriam in eo alleget turpitudinem. Bartolus verò defendit, imò verò vtraque actione agi posse, cùm neutra fundetur, inquit, ex turpitudine agentis, sed ex alio, quamuis in replicatione quæ ad iuuandum agentis intentionem necessaria est, turpitudo ipsius allegetur, secundum ea quæ idem Bartolus tractat ad *l. alias* 18. vbi diximus, *supr. de iureiur.* Subiungit tamen Bartolus posse has opinionum varietates & difficultates euitari, si is qui dedit pignora malit agere vt à principali obligatione liberetur tanquam facta ob turpem causam *l. ex l. 1. hoc tit.* vt eo modo sublata principali obligatione pignoris quoque obligatio quæ non nisi accessoria est, euanescat, mihi Vltramōtanorum sentētia magis placet. Qui enim pecuniam turpiter iudici promisit, eóque nomine pignus dedit, fieri certè non potest, quin turpiter quoque pignus dederit, ideóque non magis ei permittendum est vt condicat possessionem pignoris (nam de condictione proprietatis tractari hîc nihil potest, cùm proprietas per pignus non transferatur *l. cùm & sortis* 35. §. 1. *de pignor. act.*) quàm vt condicat pecuniam si eam dederit, nec fauorabilior potest esse hac parte condictio pignoris aut etiam possessionis, quàm proprietatis: Vt verò vindicet rem pignoratam, non magis ei permittēdum est, quia licèt dominus maneat, pignoris tamen dati exceptione repellitur, nec replicare potest datum esse pignus ob turpem causam: quoniam ita fieret vt propriam turpitudinem allegaret, quod non magis per replicationem facere potest, quàm per actionem instituendam. Est enim generalis sententia huius Tituli, quicquid dicat Bartolus, vt nullum possit auxilium ei competere qui turpiter quid fecit siue ex turpitudine illa suam fundet intentionē siue replicationē tātùm, quādoquidem semper actor est. Qui enim conuenitur, licèt ipse quoque turpiter fecerit, nullo tamē auxilio indiget, vt vincat, cùm sit ipse possessor, & hoc ipso fauorabilior in pari causa *l. 2. vti possid. l. fauorabiliores* 124. *de regul. iur. l. 1. infr. de pignor.* Nec alia Iureconsulti sententia est, *in d. l. alias* 18. *in fin. sup. de iureiur.* vt ad eum locum docuimus. Quod verò addit Bartolus posse illum qui dedit pignus agere vt liberetur à principali obligatione tanquam facta ob turpem causam ex *l. 1. C. hoc tit.* æquè ineptum est, non solùm quòd principalis obligatio nulla sit quæ turpem causam habet *l. generaliter* 26. *& seq. infr. de verb. oblig.* ideóque nec liberatio vlla sequi possit, quæ præcedentem aliquam supponit obligationem, sed etiam quia quod scriptum est in *d. l. 1.* ad eum casum pertineat, quo quis ex promissione ob turpem causam facta conueniatur, non quo agat, vt ex interpretibus nostris ij obseruarunt, qui hac parte contra Bartolum responderunt, eiusdem enim iuris & æquitatis est agere quē vt liberetur ab obligatione ob turpem causam cōtracta, quod nihil aliud est quàm condicere ipsam obligationem, & agere ad repetitionem pecuniæ. Quid? si principalis obligatio & pecuniæ promissio nulla est, vt diximus, quomodo potest pignoris obligatio, quæ non nisi accessoria est, subsistere? Respondeo non quidem subsistere, sed tamen pignoratæ rei retentionem perinde saluam esse ei, qui pignus accepit, ac si res vinculo pignoris teneretur, cùm possessionem per manus domini, ac sine vitio acceperit. Itaque si vindicatione conueniatur, tueri se debet non exceptione conuenti pignoris, vt Vltramontani nostri putabant, in quo errasse mihi videntur, sed nuda exceptione traditæ possessionis; *Si non per teipsum tradita mihi huius rei possessio est ob causam ex tua quoque parte turpem*, cùm nō tam de ipsius iure quærendum sit, quàm de non iure actoris qui rei suæ possessionem quam nunc auocare vult, vltrò amisit, & transtulit ex turpi causa, vt in *l. 3. in fin. infr. de pignor. l. militis* 36. *§. veteranus in fin. infr. de testam. milit.* Vnde fit, vt si quo casu hanc possessionem posteà iudex amittat qui pignus accepit, non sit ei permittendum, vt prætextu pignoris quod re vera nullum fuit possessionem illam repetat, cuius nimirum retinendæ duntaxat ius habet, nō etiam reposcendæ vt in *l. in hoc iudicium* 14. *§. 1. supr. commun. diuid. l. si in area* 33. *infr. tit. prox.* habiturus procul dubio etiam reposcendæ si pignus tenuisset.

3. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

VBi autem & dantis & accipientis turpitudo versatur: non posse repeti, dicimus. veluti si pecunia detur, vt malè iudicetur.

Ad l. Vbi autem 3.

RAT. DVB. Nunquam æquum est, vt quis ex aliena iactura locupletetur *l. nam hoc natura* 14. *infr. tit. prox. l. iure naturæ* 206. *de regul. iur.* Ne tum quidem cùm honesta causa dandi & accipiendi fuit quantò minùs si ex turpi & inhonesta? Ergo etiam si dantis simul & accipientis turpitudo versetur, non

non est tamen ferendum, vt qui turpiter rem accepit eam retineat, & ex eius qui dedit damno locupletior fiat. Dec. Quoties nihil sine captione inuestigari potest, id sequendum est, quod minimum habet iniquitatis *l. quoties nihil 200. De regulis iuris.* Atqui vtrumque certè iniquum est, & eum qui turpiter dedit, actionem habere, ad repetendum id quod dedit, cùm turpitudinis suæ pœnam illam pati debeat, vt nullam habere debeat repetitionem: Et eum quoque qui turpiter accepit, retinere, cùm æquè publicam honestatem offenderit, & primum iuris præceptum, quod in honestè viuendo consistit. Et tamen alterutrum euenire necesse est, vt vel is qui turpiter accepit, retineat, aut qui turpiter dedit condicat: cùmque ius omne aut in acquirendo, aut in conseruando, aut in amittendo versetur, vt ait *lex vltima suprà De legibus*, non magis hic, quàm ille auxilio iuris vllo dignus esse potest siue ad acquirendum siue ad retinendum. Minùs tamen iniquum est retentionem dari ei qui accepit turpiter, quia iniquius & difficilius est dari actionem quàm retentionem. Actio enim non datur nisi iure, retentio autem plerumque occasione magis, quàm iure, vt loquitur *lex secunda De riuis*, id est non tam quòd æquitas aliqua suadet dari retentionem, vt cùm quid retinetur ex vi naturalis alicuius obligationis, vt *in l. naturales decim. De obligation. & action. aut in specie l. in hoc iudicium decimaquarta, paragraph. primo Commun.diuiden. & l. si in area trigesima tertia, infr. titul. proxim.* quàm quia nemo sit qui rem euincat aut possit euincere, quo casu nec si contra possessorem iudicatum esset, possessio tamen ei auferri posset, & etiam post condemnationem habere ei liceret *leg. habere licere quinquagesima septima, De euiction.* Hoc enim est quod solemus dicere, In pari causa, vel potiùs in pari non iure vtriusque potiorem esse causam possidentis *lege penultim. infr. hoc titul. lege secunda Codic. eod. lege vltim. in princip. infr. De condict. sine causa.* Et aduersus extraneos id est nullum ius habentes ad agendum & ad auocandam possessionem, etiam illam quæ vitiosa sit, prodesse *lege vltim. infr. De acquirend. possession.* quia quisquis possidet, quamuis nullo iure, hoc ipso tamen plus iuris habet quòd possidet, quàm qui omnino non possidet *lege secunda infr. Vti possid.* Denique habet retentionem potiùs quàm ius retentionis. Quanquam non semper fit vt qui turpiter accepit ab eo qui ipse quoque turpiter dedit, retentionem habeat. Extorquetur enim lucrum ei aut à fisco si ex parte dantis adsit etiam turpitudo, aut ab eo ipso qui dedit, si non ipse turpiter dederit *lege in heredem quinta, in princip. supr. De calumniat.* Quid ergo si quis rem aliquam indiuiduam dederit, puta seruitutem, ob causam aliquam partim turpem, partim honestam? De hoc enim quærit Accursius, vtrum totius rei danda sit aut retentio, aut condictio, cùm pro parte dari non possit. Et respondet, quod & Bartolus probat, non malè, præualere honestam causam debere, non vt totum condicatur, quomodo tamen sensisse videtur Accursius, ex *lege tertia, paragraph. prim. infr. De iur. fisc.* sed vt æstimatio partis reddatur *argument. l. cùm filius septuagesima sexta, De legat. secund.* licèt aliquando accidat vt potentior sit causa quæ nocet, quàm quæ prodest *lege tertia paragraph. vltim. infr. De senatuscons. Silan.* & dici soleat in indiuiduis vtile vitiari per inutile, *lege penultim. in fin. De iur. Codic. leg. cùm pater septuagesim. septim. paragraph. cùm existimaret. De leg. secund. leg stipulationes non diuiduntur septuagesim. secund. De verborum obligation.* Datur tamen interdum repetitio totius propter indiuiduitatem, vt ita loquar, vt in specie *leg. si non sortem vicesim. sext. paragraph. si centum infr. titul. proxim.* Nimirum propter errorem qui proponebatur eo loco interuenisse in solutione, vt Bartolus explicat. Idem Bartolus benè Accursium reprehendit, quòd quæstionem concipiens de re indiuidua, promiscuè adfert exempla seruitutis, & equi, quasi equus perinde indiuiduus sit atque seruitus. Quod certè non ita est. Habet enim equus suas partes iuris, licèt diuisione corporis nullas partes habeat non solùm actu, vt in specie *leg. Mæuius sexagesim sext. paragraph duorum De legat. secund.* Sed neque potentia. Cæterùm potest quis habere dimidiam aut tertiam, aliámve quamlibet partem equi sicut & hominis perinde ac alterius speciei cuiuslibet *leg. secund. in princip. De verbor. obligat. lege stipulatus sum nona. paragraph. primo De solution.* At seruitus, quæ tota & in iure consistit, & iure indiuidua est, nullas omnino partes admittit, ne quidem iuris intellectu. Alioqui iure indiuidua dici non posset. Est ergo equus indiuiduus quidem ipsa in re, sed non ipso iure, aut, vt loquar cum pragmaticis, indiuiduus est de facto non de iure: at seruitus, libertas, & si qua alia sunt huiusmodi, non minùs de iure quàm de facto indiuidua sunt. Quod non satis benè videtur intellexisse, aut explicasse Bartolus, qui equum absolutè negat esse indiuiduum: cùm tamen aliquo sensu sit etiam indiuiduus.

4. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

IDem, etsi ob stuprum datum sit. vel si quis in adulterio deprehensus, redemerit se. cessat enim repetitio. Idque Sabinus & Pegasus responderunt. Item si dederit fur, ne proderetur, quoniam vtriusque turpitudo versatur, cessat repetitio. Quotiens autem solius accipientis [a] turpitudo versatur: Celsus ait, repeti posse. veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias.

Ad l.4. Idem etsi ob stuprum.

Exempla hæc alia sunt eius propositionis quæ tradita est in lege præcedente, vbi dantis & accipientis turpitudo versatur nō esse locum repetitioni, vt puta, si quis ob stuprum faciendum dederit, vel si quis in adulterio deprehensus se aliquo dato redemerit: item si fur ἐπαυτοφώρῳ deprehensus aliquid dederit ne proderetur, nam hoc casu quoque versatur ex vtraque parte turpitudo, & ex parte furis & ex parte illius qui pecuniam accipit ne prodat: etsi enim furem prodere & indicare nemo cogitur, turpiter tamen pecuniam accipit, qui accipit ne indicet, vt benè noster ratiocinatur Accursius ex §. *si tibi infr.* vbi additur posse me condicere, quod à fugitiuo meo quis acceperit, ne eum indicaret, quasi & ipse fur sit, aliud verò iuris esse si quis pecuniam acceperit vt furem vel fugitiuum indicet, quia non accipit hic turpiter, cùm fures detegi & indicari etiam reipublicæ intersit, ne impunita furta remaneant. Eadem igitur ratio dubitandi & decidendi est ad huius legis initium, quæ ad legem præcedentem. Sed illud tamen obseruandum est, quod Accursius non omisit, si quis in furto vel adulterio, aliòve flagitio deprehensus, dederit aliquid vel promiserit, ne occideretur vel in vincula coniiceretur, etiam illo casu quo iure id fieri non potuerit, posse illum repetere per actionem quod metus causa id quod per condictionem, ob turpem causam repetere non posset, quia ad hunc quoque Prætoris edictum pertinet *l. nec timorem 7. versicul. Proinde si quis in furto & l. seq. supr. De eo quod met. caus.* vbi diximus, nam in actione quod metus causa nihil aliud inquirit Prætor, nisi vtrum metu aliquo illato quid gestum sit *d. l. isti quidem 8.* In condictione autem ob turpem causam non tantùm an turpitudo aliqua fuerit ex parte accipientis, sed etiam ex parte dantis, cùm non sit ferendum vt aduersario turpitudinem obiiciat is, qui prior ipse turpiter fecerit, nisi enim prior ipse turpiter dedisset, alius turpiter accipere non potuisset: verùmque est eum aduersarij turpitudini causam dedisse.

a *Quoties autem solius accipientis.* Hoc quoque iam diximus & explicauimus *ad l. 1. §. vltim. & ad l. 2. in princip. supr.* Vnde petendæ sunt rationes dubitandi & decid. *ad hunc versiculum.* Nihil enim referre potest an à me pecuniam acceperis ne sacrilegium aut furtum facias, an verò ne iniuriam: nam & illis casibus iniuria fit, nisi quod iniuriæ nomen latiùs patet tanquam genericum. Iniuria enim dicitur, quicquid non iure fit *l. 1. infr. De iniur.*

1 ¶ Sed & quod meretrici datur, repeti non potest, vt Labeo & Marcellus scribunt: sed noua ratione non eò, quòd vtriusque turpitudo versatur: sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quòd sit meretrix: sed non turpiter accipere, cùm sit meretrix.

Ad §. 1. Sed & quod meretrici.

RAT. DVB. Nulla speciali & noua ratione opus est, vbi vetus sufficit, & quæ sit ex iure communi *l. in causa 16. in princip. supr. De minor.* Est enim semper ius commune fauorabilius speciali *l. Imperatores trigesim. De reb. author. iudic. possid. alias l. decimaquarta. De priuileg. credit.* Atqui ex iure communi est, vt quoties dantis & accipientis turpitudo versatur, toties cesset repetitio, secundum ea quæ proximè diximus & ad legem præcedentem. Ergo non alia noua aut melior ratio quærenda est, cur id quod ob turpem causam datum fuit meretrici, id est ob stuprum, repeti non possit, cùm eo casu turpitudo versetur ex vtraque parte & meretricis, & eius qui dedit. DEC. Turpiter quidem facit meretrix quòd sit meretrix, sed non accipit turpiter, quod ei etiam tanquam meretrici datum est, cùm sit meretrix, vt eleganter ac subtiliter Labeo & Marcellus dixerunt, quod fortassis ante eos nemo dixerat, adeo fuit difficile veteribus distinguere actiones istas meretricias, quæ perpetuò se concomitantur. Omnes quidem in hoc consentiunt, vt quod meretrici datum esset, repeti nunquam posset, quia nec dubitare quisquam potuit, quin hoc casu versaretur turpitudo ex parte dantis, quæ sola vtique sufficit ad impediendam repetitionem. Sed nōn obseruarunt veteres ex parte solius dantis versari eo casu turpitudinem, non etiam ex parte accipientis, quod cùm accidit, longè minorem dubitationem res habet quin cessare debeat repetitio: quisquis enim proponit condictionem ob turpem causam, fundat eam ex aduersarij turpitudine non ex sua. Itaque nemo vnquam dixit condictione ista teneri eum qui non acceperit turpiter: proinde non impugnarunt Labeo & Marcellus veterum sententiam, quæ illa fuit, vt quod meretrici datum esset ob stuprum, condici non posset, sed rationem duntaxat qua mouebantur. Dices primam causam inspici debere potiùs quàm secundam, vt causa faciendi magis spectetur quàm factum ipsum, quomodo eleganter Vlpianus noster loquitur in *lege verum est, si meretricem trigesima nona infr. De furt.* vbi hanc ob causam respondet, quod à proposito nostro non valde abhorret, si alienam ancillam meretricem rapuerit quis vel celauerit furtum non esse, quia causa faciendi libido fuerit, non furtum. Sed respondebo cum Bartolo, Primam causam eo casu tollere causam & effectum secundi actus, quia facit cessare non quidem dolum, vt malè addidit idem Bartolus. sed animum furandi sine quo furtum non committitur

mittitur. *§. placuit Instit. De action.* In proposito autem actus posterior meretricis in accipienda pecunia, non tollitur per primam causam turpem quæ fuit libidinis, sed potiùs fit in eius consequentiam, nec tamen turpiter, cùm meretrici liceat etiam honestè pecuniam accipere ex qua victitet. Secunda igitur causa & immediata spectanda est non primaria, verùm quid si pecunia meretrici non data sit, sed promissa tantum, an peti poterit? Accursius negat, quia turpis sit stipulatio ex *l. generaliter 26. & seq. l. si flagitij 123. De verbor. obligat.* & quia multa retineri honestè possint, quæ non perinde honestè peti possent *l. 1. §. 1. De var. & extraord. cognit.* Sed Bartolus Vltramontanos nostros & Cynum sequutus contrà putat, & veriùs. Non enim turpis videri potest stipulatio eius pecuniæ, quæ non turpiter accipi posset, & adfectionis gratia neque honestæ, neque inhonestæ donationes sunt prohibitæ puta circa meretrices vt generaliter scriptum est in *l. adfectionis 5. infr. De donat.* Cõstat autem donationẽ fieri posse non minùs per stipulationẽ, quàm per traditionem *l. Papinianus 23. l. cùm hic status 32. §. & generaliter cum l. seq. & pass. De donat. int. vir. & vxor.* Solæque donationes excipiendæ illæ sunt, quę à milite fiunt focariæ *l. 2. Cod. de donat. int. vir. & vxor. iunct. l. donationes in concubinam 31. in princip. infr. de donat.* vel ab adolescente, id est, à minore annis viginti quinque luxurioso aut etiam à maiore, si fiant per viã mandati *l. si verò non re munerandi 12. §. si adolescens infr. mandat.* vbi prioris propositionis ratio redditur, quia videtur credere perituro minori, qui mandatu eius soluit, aut fideiubet pro meretrice, posterioris verò, quasi aduersus bonam fidẽ mandatum illud sit, quæ ratio supponit mandatum esse contractum bonæ fidei, & actionem quoque mandati: proinde non posse illam ex hac causa competere. Non magis igitur contra maiorem quàm contra minorem, cùm generalis ratio sit, quod non satis benè obseruatum est à Bartolo, nostrisque interpretibus, qui etiam in specie illius § distinguunt minorem à maiore. Cęterùm hæc ipsa ratio probat euidenter aduersus Accursium, aliud iuris esse in stipulatione quæ stricti iuris est, & consequenter in actione quæ nascitur ex stipulatione, quæ & ipsa quoque stricta est, non vt actio mandati ex bona fide. Planè si alij mulieri quàm meretrici aliquid detur vel promittatur ob stuprum, nemo dubitat, quin turpiter faciat mulier siue pecuniam accipiat siue stipuletur, cùm non sit meretrix. In cóque melioris condicionis est mulier quæ iam est meretrix, quin quæ nunc primum stuprum patitur. Meretrices enim sunt non omnes mulieres quæ in corpus suum peccant, vt vulgus opinatur, sed quæ eo viuendi genere publicè quæstum faciunt, & precio se prostituunt, & quas vitæ vilitas dignas legum obseruatione non credidit, vt loquitur Constantinus *in l qua adulterium 29. C. ad leg. Iul. de adulter.* Neque hoc Bartolus ignorauit. Sed quod obiicit ex *l. vlt. §. 1. infr. De oblig. & action.* ad rem omnino non pertinet. Ibi enim neque de meretrice agitur, neque de promissione facta meretrici, sed de muliere salarium per literas constituente mutuam affectionis testandæ & remunerandæ gratia, in quo nihil turpe. Nam sicuti non omnes masculorum adfectiones erga fœminas sunt inhonestæ, *d. l. adfectionis*, ita neque fœminarum erga masculos.

2 ¶ Si tibi indicium dedero, vt fugitiuum meum indices, vel furem rerum mearum: non poterit repeti, quod datum est, nec enim turpiter accepisti.

Ad §. 2. Si tibi.

RAT. DVB. Qui aliquid accipit vt faciat quod gratis, & ex sola honestate facere tenetur, accipere turpiter intelligitur *l. vlt. infr. hoc tit.* Vt in indice diximus pecuniam accipiente ad benè indicandum *l. 2. §. sed si dedi supr. hoc tit.* & in eo qui à me accipit pecuniam ne mihi iniuriam faciat *§. prox. supr.* Atqui cogitur quis gratis ea facere omnia quæ ad publicam vtilitatem pertinent, inter quæ non postremum illud est, vt peccata nocentium nota sint, ne alioqui remaneant impunita *l. eum qui nocentem 18. infr. De iniur. iunct. l. si à reo 70. §. vlt. De fideiuss. l. ita vulneratus l. 1. §. vlt. supr. ad leg Aquil.* Non possunt autem detegi fures, si non indicentur. Ergo qui vt furem indicium accipit, id est aliquid quod detur in præmium futuræ indicationis aut saltem ad prouocandam indicationem, turpiter accepisse videri debet, vt proinde condictione ob turpem causam teneri debeat, cùm nulla hîc turpitudo sit ex parte dantis. Exemplo eius quod in hac ipsa lege scriptum est *versicul. item si dederit*, à fure pecuniam accipit ne eum prodat, turpiter accipere. DEC. Multum interest an quis pecuniam accipiat vt furem indicet an ne indicet. Posterius hoc turpe est, at illud non item. nam si turpiter facit, qui pecuniam accipit, ne furem indicet, consequens omnino est vt honestè faciat qui accipit vt indicet. *argum. l. prima §. vltim. supr. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* Et ratio diuersitatis euidens est, quam & Accursius noster adfert, quod aduersus publicam vtilitatem est, id facere per quod crimina detegi ac puniri non possint, quod fit acceptâ pecuniâ ne fur indicetur. Qui enim pecuniam accipit ne furem indicet hoc ipso profitetur se indicaturum fuisse si pecuniam non accepisset: quam voluntatem & facultatem indicandi sibi præripit accipiendo pecuniam ne indicet. At is qui accipit pecuniam, vt indicet, nihil facit contra publicam vtilitatem, imò vt potiùs prosit publicè qui hoc ipso se obstringit ad indicandum id quod alioqui nullo iure nec naturali nec ciuili indicare cogebatur. Nam nec publicam vtilitatem offendit is qui non indicat crimen, cùm possit dummodò nihil faciat per quod eripiat sibi potestatem indicandi, cùm volet, vis enim tota legum in eo est, vt possit quis facere si velit, nõ vt cogatur facere, etiamsi nolit: sic dicimus facere contra leges eum qui præripit sibi aut alteri facultatem liberam testandi *l. pactum quod dotali 15. C. de pact. l. stipulatio hoc modo concepta 61. De verb. oblig.* Non etiam illum qui mauult intestatus decedere, quàm testatus: liberum enim cuique est ab intestato aut testato decedere *l. confirmantur 8. in princip. De iur. codicill. l. posthumus 6. § . supr. De inoffic. testament.* Item facere contra leges eum

qui paciſcitur ne filius aut filia inteſtato patri ſuccedat *l. vltim. infr. de ſuu & legit.* non etiam filium aut filiam, qui patri iam defuncto etiam inteſtato, non vult ſuccedere, cùm habeat beneficium abſtentionis, dum ne vnquam ſe miſcuerit *leg. ei qui 12. l. neceſſariis 57. de acquir. hered. l. ſi filius 12. de vulg. & pupill. ſubſt.* Sic denique dicimus, ne plura exempla conquiramus, contra leges facere legatarios, qui paciſcuntur cum herede ne falcidiam ex legatis poſſit ille detrahere *leg. quod bonis 15. paragrapho primo, d. ad leg. falcid.* cùm tamen lex falcidia non cogat heredem falcidiam detrahere, ſi malit legata integra præſtare, & plenam fidem teſtatori exhibere, vt loquitur *leg. vltim. Cod. eodem titul.* Similiter igitur dicamus facere, ſi non contra leges, ſaltem contra bonos mores, & aduerſus publicam vtilitatem, eum qui accipit pecuniam ne furem prodat, ſed non eum qui accipit, vt probat, & indicet, non magis quàm eum, qui cùm indicare poſſit, non vult tamen, nam ſicuti furem indicare nemo cogitur, ita nec gratis indicare. Quomodo etiam dicimus eum, qui nocentem infamat, quod plus quàm indicare eſt, tale quid facere, quod ſit vtile reipublicæ, ita vt præmium magis quàm pœnam mereatur *dict. l. eum qui nocentem.* ſed tamen non ideò cogendum eſſe, vt infamet, proinde nec prohibendum pecuniam accipere ne infamet. Qui enim honeſtè ac licitè poteſt non indicare, non poteſt accipere turpiter, vt indicet. Placet in ſumma quod ex Azone Accurſius hîc notat, licere alicui gratis non facere, quod tamen non gratis facere non licet. Licet enim tibi furem non prodere, ſi gratis, nullâque accepta pecunia id facias, at non gratis, id eſt, accepta pecunia idipſum facere tibi non licet: contrà verò furem prodere non ſolùm gratis licet, ſed etiam non gratis, acceptâque in eam rem pecunia, vt prodas, quia prodere non cogebaris, nec præmium aut potius incitamentum & inuitamentum aliquod denegandum eſt ei, qui rem aliquam facere velit, honeſtam quidem & licitam, ſed quam tamen prætermittere ſine ſcelere potuiſſet. Alioqui ſi non potuit ſine pœna, nullo certè dignus eſt præmio, facitque turpiter, ſi quid ob eam cauſam accipiat. Non eſt omittendum quod Accurſius & Bartolus hîc notant, quamuis cogi nemo poſſit, vt furem indicet, inſtante priuato cui furtum factum eſſe dicitur, ſiue per actionem ſiue per officium iudicis id poſtuletur, poſſe tamen cogi quem, vt indicet vigente Præſiſide prouinciæ aut alio Magiſtratu ad cuius officium pertineat, vt malis hominibus purget prouinciam ex *l. congruit 13. ſuprà de offic. Præſid. iunct. leg. ciuile 5. Codic. de furt.* Alia quæſtio eſt, an teſtimonium ferre quis cogatur contra furem iam indicatum & accuſatum. De quo nemo dubitat ex *Titul. de teſtibus cogend.* Adeò autem verum eſt poſſe accipi pecuniam ad furem indicandum, vt etſi promiſſa tantùm ſit, nec præſtetur, comparata ſit, in eam rem actio præſcriptis verbis *leg. ſolent 15. infrà de præſcript. verb.* vbi præfatur Vlpianus eos qui ſic pecuniam accipiunt non ideò fieri fures. Ex quo apertiùs intelligitur non facere turpiter eum qui furem non indicat, dum ne pecuniam accipiat, ob hoc ipſum, ne indicet. Cur enim id cogatur facere, quod aliquam licet iniuſtam furti ſuſpicionem apud aliquos poſſit inducere? Nec enim quiſquam eſt qui certius indicare furem poſſit quàm qui furti ipſe conſcius eſt, eique vel conſilium vel opem dedit, vt proinde inferre liceat: tanto minus igitur facere turpiter eum qui pecuniam accipit, vt furem indicet, & conſequenter non timere eum condictionem, vt ſcriptum eſt in *d. l. ſolent.*

3 ¶ Quòd ſi à fugitiuo meo acceperis, ne eum indicares, condicere tibi hoc, quaſi furi, poſſum. ſed ſi ipſe fur indicium à me accepit[a] vel furis, vel fugitiui ſocius: puto condictionem locum habere.

Ad § 3. Quod ſi à fugitiuo.

RAT. DVB. Eius eſt condicere qui dedit, & quidem ita ſi dominium tranſtulit, cùm is qui condicit intendat dari ſibi oportere *§. ſic itaque Inſtit. de action.* dare autem nihil aliud ſit, quàm dominium transferre *lg vbi autem 75 §. vltim. infra de verborum obligationibus l. non videntur data 167. de regul. iur.* Atqui ponimus datam tibi eſſe pecuniam à fugitiuo meo, non à me, & pecuniam tamen meam, ac cuius dominium in te transferre ſeruus meus inuito vel ignorante me non potuit. Non ergo mihi competere huius pecuniæ repetitio poteſt, præſertim per condictionem, ſed potius per vindicationem, cùm pecunia mea remanſerit, maximè cùm hic caſus talis ſit in quo factum ſerui non perinde haberi poſſit acſi à domino factum eſſet. Quis enim dominus pecuniam tibi daret ne fugitiuum ſeruum ei indicares? Propter quod Accurſ. noſter hunc §. intelligit de eo caſu, quo pecunia ſit conſumpta, vt vindicatione deficiente inducatur neceſſitas condictionis, & quidem non illius de qua primum in *hoc Tit.* quæ dicitur ob turpem cauſam, ſed de illa quæ ex iniuſta cauſa datum repoſcit, vt idem Accurſius ad *l. ſequent. apertius interpretatur.* ſed malè, vt ex ratione decidendi ſtatim apparebit. Ratio igitur decidendi eſt, quoniam is qui à fugitiuo meo pecuniam accipit ne mihi eum indicet, hoc ipſo fur eſt. Facit enim quantum poteſt, & quidem dolo malo, vt ſeruo meo caream. Ergo tenetur condictione furtiua etiam ratione ſerui ipſius, quamuis eum non poſſideat *§ vltim. Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſc.* multo magis ratione pecuniæ à fugitiuo datæ quam poſſidet. Atqui condictio furtiua datur domino contra furem ipſum eiúſve heredem, non minus quàm vindicatio contra quemlibet poſſeſſorem, niſi quod vindicatio non niſi præſentis rei eſſe poteſt, & extantis. Condictio autem ſiue furtiua ſiue alia quælibet rei etiam abſentis adeóque conſumptæ *l. ſi pro fure 7. §. vltim. & l. ſeq. infr. de condict. furt.* Dicendum igitur eſt poſſe me hâc pecuniam tibi condicere quaſi furi: quomodo hic loquitur Vlpianus, vt intelligamus tractare illum de condictione furtiua quæ non datur niſi domino *l. 1. eod.*

l.1.eod.tit. non item de condictione quæ soli non domino datur ob turpem vel iniustam causam : ac proinde non esse restringendam huius §. sententiam ad eum casum quo pecunia consumpta sit, licèt vindicatio quæ ex hac quoque causa competit, non nisi pro præsenti pecunia locum habere possit. Hinc verò apparet quàm parum ad rem pertineat, quod Bartolus pro ratione dubitandi obiicit condictionem hanc ob turpem causam non posse competere, quoties turpitudo versatur ex vtraque parte dantis & accipientis, quod in proposito euenit, cùm fur aut fugitiuus qui sui ipsius furtum facit, quantum potest pecuniam dat ne indicetur, vt initio huius legis scriptum est in *versic. Item si dederit.* Itémque quod respondet non posse quidem ipsum furem pecuniam repetere, sed alium posse. Nam præter id quod non videt de sola condictione furtiua mihi danda hîc tractari, non animaduertit ineptam esse quæstionem de danda condictione illi ipsi qui pecuniam dedit, cùm is proponatur seruus meus esse, ac præterea fugitiuus, qui proinde actionem nullam exercere potest. Ideóque nec mihi qui dominus sum, actio vlla competit tanquam quæsita mihi per seruum. Sed proprio meo iure ago contra te condictione furtiua tanquam contra furem, quia pecuniam meam inuito me contrectasti, eámque etiamnum retines, atque ita eius furtum mihi fecisti.

a *Sed si ipse fur indicium à me accepit.* Id est pecuniam ob hoc ipsum datam, vt mihi furem indicaret, quomodo interpretati sumus etiam in §. præcedente. RAT. DVB. Non facit turpiter qui pecuniam accipit vt furem indicet, quemadmodum suprà proximè diximus. Ergo non potest ex hac causa competere condictio ob turpem causam neque contra furem neque contra furis aut fugitiui socium. Nam de fugitiuo non loquimur, non solùm quòd cùm seruus meus sit, non potest ille vel à me vel ab alio actione vlla conueniri *leg. 4. leg. vix certis ex causis 5. De iudic.* Sed etiam quia non potest fugitiuus meus esse adeò mihi ignotus vt ei ipsi dem pecuniam ad fugitiuum indicandum. DEC. Facit turpiter, qui cùm ipse fur sit vel furis aut fugitiui socius, pecuniam tamen accipit ad furem indicandum. Hoc ipso enim facit furtum huius pecuniæ, ideóque & eius nomine tenetur condictione non illa ob turpem causam, sed furtiua quæ cum aliis condictionibus nunquam concurrit, vt sæpiùs monuimus. In aliis enim condictionibus is qui agit fatetur se dominum non esse sed aduersarium, in furtiua verò dicit & probare debet se esse dominum. *lege prima De condictione furt.* Et ita locus hîc meo iudicio intelligendus est. Nescio autem cur Accursius hîc adferat *l. in metum 9. §. licèt supr. Quod metus causa, & leg. si per impreßionem penultimam Codice eodem*, cùm iis locis nulla condictionis siue furtiuæ siue alterius mentio fiat.

5. IVLIANVS libro 3. ad Vrseium Ferocem.

SI à seruo meo pecuniam quis accepisset, ne furtum ab eo factum indicaret, siue indicasset, siue non, repetitionem fore eius pecuniæ, Proculus respondit.

Ad l. si à seruo 5.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad §. vlt. legis præcedentis. Eadem enim vtriusque loci species & sententia est. Est ergo hæc quoque lex intelligenda de condictione furtiua non de rei vindicatione, vt malè putat Accursius, & eum secutus Bartolus, non magis quàm de condictione ob turpem causam. Ideóque nec adhibenda distinctio est, an extet pecunia, an verò consumpta sit, quamuis si malim ego agere vindicatione, quia dominium nummorum quos seruus meus dedit, penes me remansit, & potest vindicatio etiam cum furtiua condictione odio furis concurrere. *§. sic itaque Instit. De action.* pecuniam extare necesse est. Vindicari enim nisi res quæ extat non potest, sed si consumpta sit, sola superest condictio furtiua, quæ non curat an furtiua res extet, an non : *leg. si pro fure 7. §. vltimo infrà De condictione furtiua*, quia nec inquirit, an is qui conuenitur possessor sit rei furtiuæ necne *§. vltimo Institutionum de obligatione quæ ex delicto nascitur.*

6. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

PErpetuò Sabinus probauit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici. in qua sententia etiam Celsus est.

Ad l. Perpetuò 6.

Pertinet hæc lex ad secundam partem Rubricæ quæ est de condictione ob iniustam causam : differt enim causa iniusta ab ea quæ turpis est, licèt Accursius & Bartolus putent pro eodem poni in hoc titulo. Nam omnis quidem causa turpis iniusta est id est contra ius, cuius scilicet primum præceptum est honestè viuere. Sed non è conuerso omnis causa iniusta turpis est, cùm ex aliis plerisque causis possit quid iniustum esse, quàm quia sit contra bonos mores vel publicam honestatem. Causa iniusta generalior est, & latiùs patet quàm turpis. Quare non est quod cum Bartolo dicas esse hanc legem intelligendam secundùm præcedentes, & adhibita distinctione, an turpitudo sit ex parte solius dantis, an ex parte solius accipientis, an

ex parte vtriusque. Locus enim est huic distinctioni, cùm agitur de danda vel deneganda condictione ob turpem causam non etiam cùm de condictione ob iniustam causam, quod verò addit Bartolus de lege præcedente adhuc ineptius est, nec enim agitur in ea de condictione ob turpem, vel ob iniustam causam, sed de furtiua sola, vt docuimus & ad *§.vlt.l.4.supr.* RAT.DVB. Imputare sibi debet quisquis rem suam alij dedit, eiúsque dominium transtulit, quamuis ex iniusta causa, præsertim si non sit ex iis personis, quibus ignorare ius permittitur de quibus in *l. regula 9. de iur. & fact. ignor.* Potuit enim & debuit consulere peritiores *d.l.regula §.pen.* vbi non tam errantes quàm stulti dicuntur ij qui in iure errant *l. in bonorum 10. infr. de bonor. poss.* & cautius negotiari, sibíque melius prospicere *l. 2. C. de furt.* nec facilè ferendum est, vt quis veniat contra factum suum etiam quod iure non teneat *l. post mortem 25. supr. de adopt.* non est igitur ei danda condictio, si modò nihil factum sit turpiter & contra bonos mores. DEC. Non tam ciuili quàm gentium iure ita comparatum est, vt condici possint res quæ penes aliquem sunt, non ex iusta causa, vt scriptum est in *l. rerum 25. infr. Rer. amot. l. si pignore 22. §. si prædo infr de pignor. action.* Vbi tamen legendum est addita negatione *non proderit igitur*, vt ibi dicemus & docuimus iam in libris Coniecturarum. Multo magis eæ quæ penes aliquem sunt ex non iusta causa Grauius enim & peius est possideri quid ex non iusta, seu quod idem est, ex iniusta causa, quàm non ex iusta. Hoc enim simplex abnutiuum est, vt Paulus loquitur in *l. inter stipulantem 83. in princip. de verb. oblig.* illud verò quid positiuum. Et ratio huius condictionis tota est ex bono & æquo, ne quis ex aliena iactura locupletetur, quod esset contra ius naturæ *l. nam hoc natura 14. l. hac condictio 66. de condict. indeb. l. iure natura 206. de regul. iur.* eáque condictionum omnium generalis ratio est, vt diximus ad *Tit. de condict. ob caus. dat.* Sunt enim omnes ex bono & æquo *d.l. hac condictio*, ideóque naturales dicuntur, *l. indebiti 15. eod.* id est, naturali æquitate & ratione comparatæ, licèt sint omnes iuris ciuilis. Eáque fuit & veterum omnium prudentum, & recentiorum perpetua sententia, vt Vlpianus ex Sabino & Celso hîc refert, id est, quæ neminem habuit contradicentem. Distinguit tamen Accursius, nec malè an dominus ipse rem suam ex iniusta causa dederit, an alius alienam. Priore siquidem casu condictio hæc competit ei qui fuit dominus, quia rem quæ sua esse desiit, vindicare amplius non potest quamuis extet *l. in rem 23. & pass. supr. de rei vindic. l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* At si quis alienam rem ex iniusta causa etiam quasi suam tradiderit, non potest condicere rem, cuius dominus nunquam fuit *l. videamus 38. §. si actionem infr. de vsur.* Sed vindicatio domino danda est quandiu res extat, & eius possessor certus est, si verò consumpta sit, danda erit illi condictio aduersus eum qui consumpsit siue bona siue mala fide consumpserit, si modò causam habuerit lucratiuam, non etiamsi onerosam ex *l. si eum seruum 23.* vbi diximus *sup. de rebus creditis.*

7. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

EX ea stipulatione, quæ per vim extorta est, si exacta esset pecunia: repetitionem esse constat.

Ad l: Ex ea stipulatione 7.

RAT.DVB. Quod per metum vel per vim promissum est, atque ita malo more ac turpiter ex parte stipulantis, potest tamen liberè postea & sponte solui, si modò is qui soluit, in ipsa etiam solutione vim & metum passus non sit. Solutio enim subsequens purgat metum & turpitudinem præcedentem *l. 2. C. de eo quod met. caus.* Ergo non est bona consecutio, vt si stipulatio & promissio per vim extorta sit, & solutio postmodum secuta ex ea stipulatione condictionem solutæ pecuniæ dari oporteat. Solutionis enim tempus potius quàm promissionis inspiciendum est, cùm quæritur non de exactione eius quod per vim promissum est, sed de condictione soluti *l prox. infr.* DEC. Solutio quidem spontanea ab eo facta qui etiam per vim & metum promittere coactus fuerat, purgat vim, & metum & turpitudinem præcedentem *d.l.2. C. de eo quod met. caus. & d. l. prox. infr.* quamuis solutio videatur fieri in consequentiam præcedentis obligationis, quo casu solemus dicere tempus obligationis spectandum esse *l. 1. infr. qui potior in pignor. hab.* & initium contractus *l. non tantùm 12. infr. de SC. Maced.* quia nimirum quod ab initio fuit inuoluntarium, ex postfacto fieri potest voluntarium. At cùm ex stipulatione per vim extorta stipulator agit, & pecuniam eo modo extorquet & exigit, solutio non potest dici spontanea sed coacta. Potest enim quis soluere equidem sponte, & vltro, sed non exigitur quisquam nisi inuitus, sicut nec agitur nec iudicium redditur nisi contra inuitum qui non vult sponte soluere *l. si reus 73. supr. de procurat. l. si debitori 21. supr. de iudic. l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig. l. 1. in fin. Cod ne filius pro patre* cùm actiones non nisi contra perfidos iure ciuili comparatæ sint, vt ait Theophilus in *Inst. Tit. de action.* Proinde non potest solutio quæ extorquetur per viam exactionis purgare metum, qui in ipsa stipulatione interuenit, quandoquidem fit in consequentiam actionis & ex necessitate obligationis, quæ nihil aliud est, quàm iuris vinculum quo necessitate astringimur soluendi *l. nihil aliud 51. de oblig. & action.* Non ex noua aliqua & libera voluntate. Dices eum qui ex stipulatione per vim aut metum extorta conuenitur, posse se per metus exceptionem defendere *l. 4. §. vlt. de doli mal. & met. except.* atque ita inefficacem actionem constituere: propterea videri eum donare, si sciens remittat exceptionem qua vti potuisset si voluisset *arg. l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat.* & consequenter ea ratione purgari metum. Quamuis enim non tam animo donandi quàm odio & execratione litium maluerit soluere quàm litigare, hoc ipsum tamen imputare sibi debet quod tanti habuerit lite carere *l. 4. §. 1. supr. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* quia hoc maluisse videtur, vt in *l. si patre cogente 22. de rit. nupt.* Sed dicendũ est, metum qui in stipulatione interuenit, præsumi durare etiam in solutione, quæ non sponte facta, sed per actionem aut actionis paratę metum exacta est, tanquam quę

facta sit in consequentiam præcedentis stipulationis, cùm metus coactionis sit coactio, *l. nouissimè. 7. §. 1. quòd fals. tutor. auther*, quamuis potuerit reus tueri se per exceptionem si voluisset. Neque necesse est vt in soluendo quoque noua vis, vel nouus metus interuenerit, quomodo præsupponere videtur Accursius, cùm sufficiat priorem durare vim nec purgatam esse aut metum. Sola ergo spontanea solutio metum hunc purgare potest, ideóque probare debet is qui vim aut metum intulit subsecutam fuisse sponte solutionem. Et ita accipiendum puto quod scriptum est *in dict. l. 2. Cod. de his quæ vi metúsve caus.* cuius non illa sententia est quam plerique putant, & Bartolus hîc probat, vt non sufficiat vim vel metum probari interuenisse in ipsa stipulatione nisi probetur etiam interuenisse in solutione. Sed hæc potiùs, vt is qui iam soluit quod promisit non sit credendus vi aut metu coactus fuisse ad promittendum, nisi probet etiam vi aut metu adactum fuisse ad soluendum. Solutio enim non vi extorta facit verisimile, vt nec in promittendo adhibita vis vlla sit vel metus. Cæterùm si probet se in promittendo passum esse vim aut metum, sufficiet ea probatio vt repetere possit, quòd postea soluerit, licèt Bartolus *ad leg. seq.* contrà sentiat, non quasi præsumendum sit in solutione quoque vim interuenisse: sed quia sufficiat vim aut metum ab initio interuenisse vt solutio postmodum secuta, per vim quoque aut metum exacta esse intelligatur, tanquam quæ secuta sit in consequentiam violentæ vel meticulosæ promissionis, *l. metum 9. § sed quod Prætor supr. Quod met. caus. leg. damni 18. §. Sabini sententia infr. De damn. infect. l. infrà. Qui potior in pignor. hab. lege tertia §. fin. supr. de minor. leg. tertia & quarta Cod. de his quæ vi met. caus.* Sicut è contrario ex vi quæ interuenerit in solutione inducitur præsumptio quòd interuenerit in ipsa quoque promissione vt in *d. l. 2. quæ hoc probat optimè. Cod. eod.* Etsi enim non sit promissio in consequentiam solutionis, sicuti sit solutio in consequentiam promissionis: sed tanquam quid antecedens. Sunt tamen solutio & promissio actus correspectiui, vt ex vno actu facilè de alio præsumi possit, quamuis ad repetendum id quod per me tum aut per vim solutum est, non sit necesse vim vllam in promissione siue verè siue præsumptiuè interuenisse: sed sufficiat solutionem per vim exactam esse. Nam neque id quod iustè debetur per vim tamen exigendum est, *l. si miles 6. §. qui indicati infr. de re iudic.* Et generaliter quod per metum aut per vim gestum est ratum haberi à Prætore nunquam oportet *dicto §. sed quod Prætor, & leg. si mulier 21. §. primo eodem titulo.* Spontaneam ergo solutionem probari necesse est solutam nimirum esse pecuniam vltrò à debitore, non exactam per creditorem, vt solutio purget vim quæ in promissione interuenit. Nam neque Bartolus negat sufficere, vt prior metus duret præsumptiuè. Putà si quis vrgeatur ex instrumento contra quòd nulla possit opponi exceptio, vel non nisi quædam exceptiones, inter quas hæc non sit, cuiusmodi sunt pleraque statuta de instrumentis, vt vocant, garētigiatis in Italia, aut si tyrannus compulerit me ad promittendum aliquid, & solutionis tempore adhuc tyrannis duret; aut si vis illata sit vxori à marito ad contrahendum, aut quid aliud faciendum, quod ipsa postea fecerit durante adhuc matrimonio licèt ex longo interuallo *arg. l. 1. §. quæ onerandæ infr. Quar. rer. act. non dat. l. pen. infr. de furt. c. 1. Extr. quod met. caus. iunct. l. Fulcinius 7. §. quid sit cum quibus ex caus. in possessio. eat.* Planè si causa metus finita sit tempore solutionis omnes consentiunt, non posse solutionem reuocari prætextu metus præcedentis, quod & Bartolus *ad leg. sequentem* docet. Nec pugnat cum hac lege quod scriptum est in sequenti, si ob turpem causam promiseris Titio posse quidem te si petat, eum doli vel in factum exceptione summouere, sed tamen si solueris non posse te repetere: quod ita accipiendum est etiamsi sponte solueris vt dicemus: Aliud enim est per vim promittere aliquid, aliud verò ob turpem causam. Potest siquidem aliquid promitti per vim, etiam quod honestam causam habeat, putà si quis cogatur per vim vt dotem mulieri constituat, aut vt quod debet soluat *l. non est singulis 196. de regul. iur.* Cùm quid promissum est ob turpem causam, secuta solutio quantumlibet spontanea non purgat turpitudinem, quomodo vim purgat cùm promissionem nihil turpem facit, nisi quòd per vim extorta sit. Ideóque sublata proxima causa stipulationis quæ propter exceptionem inanis esset, pristina causa superest, id est turpitudo quæ impedit repetitionem, vt Paulus *in l. seq.* ratiocinatur. At cùm aliquid ob honestam causam promissum est, licèt adhibita vi vel metu facit spontanea solutio, vt prior vis metúsve purgetur, nec proinde causa repetendi vlla ampliùs supersit. Nec sunt ista confundenda, quomodo ab Accursio & Bartolo *ad legem sequentem* confunduntur. Etsi enim turpiter facit qui vim aut metum infert, non ideò tamen stipulatur ob turpem causam, nisi addas fuisse vim adhibitam, vel metum, fortasse ad hoc, vt promitteres te daturum centum ad vim alicui faciendam, vel ad homicidium aut sacrilegium committendum, aut quid aliud simile, quo tamen casu turpitudo est ex parte tantùm stipulantis, non etiam ex parte promittentis, qui vim passus est. Cùm tamen Paulus *in lege sequenti* eum casum tractet quo ex parte vtriusque versetur turpitudo. Iam ergo ad Paulum veniamus.

8. PAVLVS libro 3. Quæstionum.

SI ob turpem causam promiseris Titio: quamuis, si petat, exceptione doli mali, vel in factum summouere eum possis: tamen, si solueris, non posse te repetere: quoniam sublata proxima causa stipulationis, quæ propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est, turpitudo, superesset: porrò autem si & danti & accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, & ideò repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum sit.

Ad l. si ob turpem 8.

RAT. DVB. Is qui exceptione perpetua tutus fuit, si soluat, potest repetere dummodò fauorabilis exceptio sit, non odiosa *l. qui exceptionem* 40. *infr. Tit. prox.* Parum enim refert an quis nihil ipso iure debeat, an exceptione aliqua tutus sit, per quam actorem possit summouere *l. nihil interest* 111. *de regul. iur.* Atqui si ob turpem causam promiseris Titio, etiam quæ ex parte tua turpis sit, habes exceptionem doli, aut in factũ, de qua posteriore nemo dubitat, quin odiosa non sit, quamuis de doli exceptione plerique vulgo contrà sentiant, vt scripsimus *ad l. qui se debere* 7. *supr. tit. prox.* Ergo si postea solueris, potes nihilominus repetere. DEC. Quod promissum est ob turpem causam in qua turpitudo versetur, etiam ex parte accipientis, non minus quàm ex parte dantis, sicuti non solutum peti non potest ob exceptionem, quæ aduersus agentem competit, & quæ ex ipsius agentis persona æstimari debet, vt in *l. militis* 36. §. *veteranus infr. de testam. milit.* ita solutum repeti nequit, quoniam sublata causa stipulationis, quæ propter exceptionem inanis esset, si ex ea ageretur, pristina & antiquior causa, id est, turpitudo superesset, vt Paulus hîc ratiocinatur: quomodo aliàs Vlpianus scribit, sublata causa obligationis superesse causam pietatis in specie *l. cùm is* 32. §. *mulier infrà tit. prox.* Constat autem, quoties & dantis & accipientis causa turpis est, possessorem esse potiorem *l. 3. supr. hoc tit. l. 2. C. eod. l. vlt. infr. de condict. sin. caus. l. cùm par delictum* 154. *de regul. iur. l. procurator* 9. *infr. de doli mali except.* vbi additur acceptam turpiter pecuniam iustius penes eum esse qui deceptus est, quàm penes eum qui decepit. Ergo verum est in proposita specie, cùm vt ponimus, turpitudo ex vtraque parte interuenerit, cessare condictionem. Atque hic syllogismus est, quo vnico tota hæc lex concluditur, ex quo apparet non eum casum hîc tractari quo turpitudo ex parte accipientis tantùm versetur, vt malè putat Accursius, puta, inquit, vt rem sibi commodatam restituat, vel furtum aut iniuriam non faciat quasi principium legis tractet de vno casu, finis autem de alio. Sed quo versetur ex vtraque parte turpitudo, vt verba legis postrema probant: nec proinde accommodatum est exemplum, quod Accursius & Bartolus adferunt, de eo qui per vim compulit me ad aliquid promittendum. Quoties enim aliquid per vim gestum fuit, nunquam fieri potest, vt ex parte illius qui vim, aut metum patitur, aliqua turpitudo interueniat, sed tantùm ex parte eius, qui vim aut metum infert, quare & in eo qui vim aut metum passus est ad promittendum, si postea soluerit, distinguimus an sponte soluerit, an coactus & exactus, at non similiter in eo qui ob turpem aliquam causam promisit. Spontanea namque solutio solam vim & metum præcedentem purgat, non etiam turpitudinem aliam quamlibet, vt diximus ad legem superiorem, ex illa ipsa lege, *iunct. l. 2. C. de his quæ vi metúsve caus.* non adeo cum Accursio *nisi acerrimus error interueniat, vel lubricum ætatis ex l. qui contra* 4. *C. de incest. nupt.* Pertinet enim illa exceptio ad ea tantùm, quę non natura, & per se turpia sunt, in quibus errare aut decipi nemo potest, sed ob id tantùm quòd sint contra mandata & constitutiones Principum, quas aut scire aut interpretari & exequi quomodo oportet, non ita cuique obuium est. Nec rursum proxima causa stipulationis illa intelligenda est, quæ adhibita fuit ob hoc ipsum, vt stipulatio fieret, puta vis vel metus, quomodo malè Azo apud Accursium interpretatur, sed illa potiùs, quæ nulla etiam vi adhibita iustam plenámque faceret stipulationem, quam alioqui vacuam & inanem esse oporteret *l. 2. §. circa infr. de doli mali except. l. cum enim* 7. *iunct. §. vlt. l. præced. infr. de nouat.* Inanis enim & vacua est stipulatio, quæ causam nullam habet, licèt in ea vis interuenerit, & vicissim nulla quoque vi interueniente, non eo minus causam aliquam, eámque turpem habere potest stipulatio. In eóque miror interpretes nostros omnes hallucinatos esse, & proximam stipulationis causam intellexisse vim ad hoc adhibitam, vt promissor per stipulationem obligaretur. Fateor quod docet Accursius esse hæc tria diuersa, quæ in huiusmodi stipulatione interueniunt, causam, stipulationem, & solutionem: causam esse anteriorem stipulatione, & stipulationem solutione, sed nego, quod idem addit, solutionem sponte factam tollere effectum primæ, aut potius, vt loqui debuit, proximæ causę stipulationis, id est, vt ille interpretatur, exceptionem quæ occasione illius primæ causæ dabatur, nego proximam causam stipulationis esse vim, vel metum, nego de exceptione metus intelligi posse verba illa *stipulationis quæ propter exceptionem inanis esset* quomodo intelligi necessariò deberent secundum interpretationem Accursij, sed de exceptione doli vel in factum, de qua dictum est paullo antè: nego denique verba illa *quoniam sublata proxima causa stipulationis* sic accipi debere, quasi designent causam stipulationis, ne quidem eam quæ impediat, ne alioqui vacua & inanis sit stipulatio, sed accipienda esse dico de stipulatione ipsa, quæ causa est solutionis, & dixisse Paulum *causam stipulationis* pro *stipulatione* quemadmodum & Vlpianus *causam obligationis* pro *obligatione* in specie *d. §. mulier l. cùm is* 32. *infr. tit. prox.* est enim solutionis causa stipulatio, cùm non alio iure nec alia de causa soluat promissor, quàm quia per stipulationem obligatus fuit, vt ex ipsa obligationis diffinitione apparet quam ponit *Iustin. in Tit. de oblig.* Sensus itaque Pauli est, sublata vi stipulationis, per exceptionem doli vel in factum, quæ aduersus agentem ex stipulatione obiici potuisset, solere quidem ideo competere repetitionem ex *reg. d. l. qui exceptionem* 40. *infr. tit. prox.* quasi solutum sit, nulla præcedente stipulatione [quid enim refert an nulla stipulatio præcesserit, an talis quæ per exceptionem elidi possit?] Sed in proposito, tamen non idem dici posse, quoniam sublata causa proxima retentionis, & quæ soluti condictionem impedire debuisset, si nulla exceptio stipulationi obiici potuisset, superest causa turpitudinis, quæ impedit repetitionem. Habet ergo possessor retentionem ex causa turpitudinis, qui nullam habere posset ex causa stipulationis, nec ad rem pertinet, quod ex causa stipulationis solutum fuit. Vt proinde cessante causa stipulationis nihil iam superesse videatur, quod debeat impedire condictionem. Hic enim sensus est postremorum verborum huius legis *tametsi ex stipulatione solutum sit* quibus verbis insinuat Paulus rationem dubitandi ex eo petitam, quòd non possit negari factam esse solutionem ex stipulatione, ac proinde solutum fuisse indebitum, quia non dicitur debitum, quod vel ex inutili vel ex inani stipulatione solutum est. Quidni ergo repetetur saltem per condictionem indebiti ex *reg. d. l. qui exceptionem* si non possit

possit per condictionem ob turpem causam? Causa enim & necessitas soluendi non turpitudo fuit, sed stipulatio, nam respondendum est, solutionem quidem factam esse ex stipulatione, quæ si non prorsus inutilis, saltem inanis fuit, propter exceptionem doli vel in factum: sed huic stipulationi adeò inesse turpitudinem ex vtraque parte, vt non possit turpitudo à stipulatione separari, ita vt non magis verum sit, solutum fuisse ex inani stipulatione, quàm solutum fuisse ex turpi, non enim sicut exceptio doli vel in factum, inanem reddit stipulationem, ita facit eam honestam, quæ ab initio turpis fuit: imò verò turpitudo illa est, quæ promissori dat exceptionem, stipulatio siquidem actionem præbet stipulatori, turpitudo autem exceptionem promissori, & quidem doli vel in factum, quæ subsidiaria est exceptionis doli *l. 4. §. aduersus infr. de doli mali except.* quia dolo facit qui ex turpi stipulatione aliquid consequi velit, & contra publicam honestatem: ex stipulatione, inquam, non quæ turpem illam causam verbis expressis contineat [generaliter enim tales stipulationes ipso iure nullius momenti sunt, vt proinde agi ex iis non possit, & consequenter ad eas elidendas nulla sit exceptio necessaria *l. generaliter 26. & seq. infr. de verb. oblig.*] sed quæ, nullâ expressâ causâ, attamen facta sit ob turpem causam quæ secunda longéque verior Bartoli ad hanc legem interpretatio est, vt Accursium nostrum aduersus vltramontanos defendat. Expressa enim nocent, quæ non expressa non nocent. vt habet iuris regula, quomodo etiam in sententiis solemus distinguere cum quærimus an ipso iure teneant, cùm per errorem latæ sunt & contra rigorem aut potius vigorem iuris, vt appellari ab iis necesse sit, an verò etiam sine appellatione rescindantur, vtrum errorem expressum contineant, an non expressum *l. si expressim 19. infr. de appellat.* Nihil enim vetat stipulationem, nulla etiam causa expressa fieri, & ex ea competere actionem ipso iure *l. 2. §. circa de doli mali except.* & tamen stipulationi inesse, ac subesse causam aliquam turpem, quæ non tantùm præbeat promissori exceptionem doli, si ex ea stipulatione conueniatur: quod contingeret, si stipulatio facta esset sine causa *d. §. circa.* Sed etiam stipulatori retentionem, si promissor tam stultus fuerit, vt ei soluerit, siue sponte, siue coactus, omissa per errorem forte aut imperitiam exceptione doli vel in factum quam opponere potuisset, quod enim nulla, neque honesta, neque turpis causa stipulationis est, exceptionem doli vel in factum tribuere promissori potest: at quod causa quæ subest turpis sit, præbet etiam stipulatori retentionem, non quasi ex stipulatione turpi nascatur obligatio aliqua naturalis, quæ possit parere ius retentionis [repugnat enim hoc æquitati naturali, ex qua potissimum æstimatur naturalis obligatio *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.*] Sed quia multo esset turpius dare propter turpitudinem, quæ ex parte quoque agentis versaretur, condictionem soluri ei qui communem turpitudinem allegare non posset, quin propriam allegaret, ideóque nemine valente agere & condicere, necesse omnino est, id quod solutum fuit, remanere penes possidentem, occasione magis, quàm iure, vt pluribus docuimus ad *l. 3. supr. hoc tit. arg. l. 2. infr. de riuis.* Obiicit Bartolus, spoliatum ante omnia esse restituendum ex *l. si quis à se fundum 7. Cod. ad leg. Iul. de vi public.* Ergo non esse audiendum eum qui vim intulit, si aduersus agentem actione quod metus causa, velit obiicere exceptionem spontaneæ solutionis. Et respondet aliud esse, si quis agat interdicto aut alio remedio recuperandæ possessionis, aliud verò si actione quod metus causa, nec minus inter hæc distare, quàm inter vim ablatiuam aut expulsiuam, vt ipse loquitur, & compulsiuam quæ habet consensum & voluntatem, licet coactam, eius qui vim patitur *l. si mulier 21. §. vlt. supr. Quod met. caus.* Sed parum accommodatè ad hanc legem in qua, vt diximus, non tractatur de actione quod metus causa, nec de solutione per vim extorta, sed de stipulatione ob turpem causam interposita, ex qua solutio postea sponte secuta sit. Debueràtque potius fieri hæc obiectio ad legem præcedentem, in qua agitur de solutione exacta ex stipulatione, quæ per vim fuerat extorta, sicut & alia obiectio quam addit Bartolus ex *l. 3. & 4. C. Quod met. caus.* vbi ex eo quod quis recipit precium rei per vim venditæ, non tamen purgatur vis aut metus, quam ille vocat turpitudinem, quasi verò de ea turpitudine Paulus hîc loquatur, quod est ridiculum vt suprà ostendimus: eodem pertinet, quod idem Bartolus quærit, quis debeat probare: An ille qui repetit, quod tempore solutionis turpitudo subesset, an ille qui conuenitur quòd non subesset: In qua quæstione distinguit, an actor fundet suam intentionem ex turpitudine adhibita in contractu ex parte aduersarij, sed quam aduersarius idémque reus dicat sublatam esse per spontaneam solutionem, aut per subsecutam ratihabitionem, vt eo casu reus probare debeat, ex *cap. super hoc extr. de renunciat.* An verò actor fundet suam intentionem ex turpitudine, quæ interuenerit non tempore actus celebrati, contra quem venit, sed tempore anteriori, vt puta, si quis dicat se promisisse per vim & soluisse, vt hoc casu non sufficiat, probare vim interuenisse tempore contractus, nisi probetur interuenisse etiam tempore solutionis ex *l. 2. Cod. quod met. caus.* quasi hæc sit illius loci sententia, quod similiter à nobis refutatum est ad legem superiorem.

9. IDEM libro 5. ad Plautium.

SI vestimenta vtenda tibi commodauero, deinde pretium, vt reciperem, dedissem: condictione me rectè acturum, responsum est. quamuis enim propter rem datum sit, & causa secuta sit: tamen turpiter datum est.

Ad l. vlt. Si vestimenta vtenda.

RAT. DVB. Si cùm vestimenta tibi vtenda commodassem, dederim tibi precium, vt ea reciperem, negari non potest quin pecuniam dederim ob rem & causam, nec rursus quin res illa & causa secuta sit, cùm ponamus te vestimenta mihi reddidisse, ergo condictioni huius pecuniæ locus esse non potest. *Tot. tit. supr. de condict. caus. dat. caus. non secut.* DEC. Qui pecuniam accepit, vt id faciat, quod etiam nulla data pecunia gratis ex officio suo & iure facere

deberet, turpiter accipit, vel ob hoc ipsum quod accipiendo pecuniam demonstrat, non aliter se facturum fuisse, potentior enim esse debet per se authoritas legum, quàm vt pecuniæ adminiculo aliquo indigeat: atquin is qui commodatum accepit, ad hoc obligatus est & naturali & ciuili iure, vt commodatum finito vsu reddat commodatori, alioqui perfidiæ, id est, fidei ruptæ crimen incurrit, tenetúrque eo nomine quanti actor in litem iurauerit *l.3.§.in hac infr. Commod. l. ei apud quem 5.infr. deposit.* Ergo turpiter pecuniam accipit, qui accipis à me, vt reddas mihi commodatum, sicut & qui accipit, ne furtum, aut homicidium, aut aliud maleficium faciat *l.1.§.vlt.& l.2.supr.hoc tit.* Proinde quamuis non possit locus esse condictioni, ob causam dati causa non secuta, de qua dictum est in *tit. præcedente.* competit tamen condictio ob turpem causam, quia turpitudo hic nulla versatur ex parte dantis, sed ex parte solius accipientis. Quomodo Accursius verba illa *tamen turpiter datum est* benè interpretatur, vt *datum* Paulus dixerit pro *acceptum.* Nec ad rem pertinet, quod ad repetendam hanc pecuniam etiam actio competit ex contractu qui & nominatus est, & bonæ fidei vt constat ex *§ prox.& l.3.infr. de doli mali except. l.si tutor 13.infrà de tutel.& ration.distract.* Non enim potest ea res impedire condictionem, ne alioqui eueniat, vt deterioris condicionis sit contractus, qui bonæ fidei est, ob id solum quòd sit bonæ fidei: nam & similiter videmus actionem præscriptis verbis, quæ nasci solet ex pacto incontinenti apposito, post contractum stricti iuris *l.vltim. Cod. de rer.permut. l. si dominus 8.de præscrip. verb. infr. l. legem 9. l. cùm res 22. Cod. de donat.* competere etiam ex pacto apposito in contractu bonæ fidei *l.2. Cod. de pact.int. empt.& vendit.* licet actio quoque ex contractu ipso hoc casu competat, vt eadem lex ait. Itaque explodendi sunt, qui apud Accursium defendunt intelligendam esse legem hanc non de vero commodato, sed de precario, ex quo ciuilis actio nulla nascitur *l. interdictum 14.infr.de precar.* Est igitur separanda hac parte condictio ob causam dati causa non secuta, à condictione ob turpem causam, vt benè notat Accursius. Nam prior illa condictio nunquam potest concurrere cum actione bonæ fidei, cùm nascatur ex contractu innominato, contractus autem omnes innominati sint stricti iuris: at condictio ob turpem causam facile potest concurrere cum actione bonæ fidei, quia non est ex bona fide, vt quicquam fiat turpiter *l. si verò non remunerandi 12. §. si adolescens infrà leg. creditor 60. paragrapho vltim. Mandat.*

1 ¶ Si ob rem locatam tibi, vel venditam à te, vel mandatam, vt redderes, pecuniam acceperis: habebo tecum ex locato, vel vendito, vel mandati actionem. quòd si, vt id, quod ex testamento, vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim: condictio dumtaxat pecuniæ datæ eo nomine erit. idémque & Pomponius scribit.

Ad §.1. Si ob rem.

RAT. DVB. Ex contractu bonæ fidei nunquam ad hoc agitur, vt quod ab vno ex contractibus alteri datum est reddatur, sed vt ni fiat, quod promissum est, quódque fieri debuit, id quod interest præstetur *l.ea condicione 14. Cod. de rescind.vendit.* Ergo si ob rem locatam tibi, vel à te venditam, vel mandatam, vt redderes pecuniam acceperis, non debeo habere contra te ex locato vel ex vendito vel mandati actionem, vt reddas pecuniam, sed vt præstes mihi quanti mea interest, præsertim cùm si pecuniam quam dedi habere malim, condicere illam possim. Sic enim hic §. rectè ab Accursio, cæterísque omnibus accipitur, vt in mea potestate sit agere ad repetitionem pecuniæ, vel actione bonæ fidei ex contractu, vel condictione quæ stricti iuris actio est, vt hic §. cum initio legis consentiat, vbi datur etiam condictio commodatori ad repetitionem pecuniæ datæ, vt commodatum redderetur, quamuis eo nomine competat etiam actio commodati, quæ bonæ fidei est, sicut & actio depositi in specie *l. vltim. infrà depos. iunct. l. 2.§.1.suprà hoc titu.* DEC. Multum interest, an repetere quis velit actione bonæ fidei illud ipsum, quod ex contractu dedit, an verò quid aliud quod extra contractum, & ex postfacto dederit, vt contractus fides quæ gratis impleri debuerat, ab eo qui accepit impleretur, priore casu, nunquam actio bonæ fidei datur ad repetitionem, extra casum *l.cùm te 6. Cod.de pact. int.empt.& vendit.* quoniam ea ratione contractus constitueretur irritus, vt ait *dict.l. ea condicione.* Atque ita in contractibus quoque nominatis locus pœnitentiæ induceretur, quod esset contra iuris regulam *l.sicut 5. Cod.de oblig.& action.* Posteriore verò casu competit non solùm condictio ob turpem causam *dict. l. 2. §.1. supr.* sed etiam actio bonæ fidei ex contractu ipso, quoniam pecunia illa non ex contractu data fuit, sed potius contra ipsum contractum, ex quo præstare mihi, & reddere vltro rem debueras, cuius reddendæ aut præstandæ gratia, pecuniam habere à me per insignem perfidiam, & contra bonam fidem voluisti, porrò quod contra bonam fidem à me accepisti, hoc abs te mihi reddi bonum & æquum est, id est, ex bona fide, summáque æquitate. Proinde venit ea præstatio in actionem bonæ fidei, sicut & cætera omnia, quæ sunt ex bona fide, & æquitate *dict.l.vltim.iunct. l. bona fides 31. infr. deposit.l.ex empto 11.§.vltim.l.bona fides 50.de action. empt.* etiam illa, de quibus neque actum, neque cogitatum videri potest, inquit Accursius ex *l.in bonæ fidei 7. infr. de eo quod cert. loc. & §.1. Instit. de oblig. quæ quasi ex contr. nascunt.* nec tamen ea res impedit condictionem ob turpem causam, quæ licèt stricti iuris sit, attamen ex æquitate est, vt & cæteræ condictiones omnes, eóque magis, quod æquitati iuris nihil tam aduersatur quàm turpitudo, propter primum iuris præceptum, quod in eo consistit, vt honestè viuamus *l. iustitia 10. §. 1. supr. de instit. & iur.* Vnde est, quod publicam honestatem offendi nullo casu ius nostrum patitur *l. semper in coniunctionibus 42. infr. de rit. nupt. l. semper 197 iunct. l.non omne 144. de regul. iur.*

Ergo

Ergo quemadmodum solemus dicere, exceptiones doli pacti, & alias omnes, quia sunt omnes ex æquitate, inesse ipso iure bonæ fidei iudiciis *l. 3. infra de resc. ind. vendit. l. sed si ideo 21. infr. solut matrim. l. huiusmodi 54 §. qui seruum de legat. 1.* adeóque actiones de dolo *l. & eleganter 7. in princip supr. de dolo l. si hominem 7. §. 1. infr. deposit.* ita dicendum est, quod pauci obseruant, etiam condictiones aduentitias, id est, non ex contractu ipso descendentes, sed ex facto aliquo extrinseco, quod contra bonam fidem superuenerit, iisdem bonæ fidei iudiciis inesse, vt quod turpiter & contra bonam fidem factum est æquitate ipsius iudicij, quod bonæ fidei est, vindicetur. Quod in contractibus stricti iuris diuersum est, in quibus nec dolus ipse vindicari potest, nisi per oppositam doli exceptionem *§. in bonæ fidei Instit. de action.* itémque in arbitrariis *l. sumptus 48. suprà de rei vindicat. l. Papinianus 14. supr. de Public. in rem act.* Idque est quod Paulus noster ex Pomponio hîc subiicit, si vt id quod mihi ex stipulatu, vel ex testamento debebas, præstares mihi, pecuniam tibi dederim, condictionem duntaxat pecuniæ datæ eo nomine competituram, non etiam actionem ex stipulatu, aut ex testamento, nempe quia actiones hæ strictæ sunt, nec minus actio ex testamento, quàm ex stipulatu, vt hic locus omnium optimè probat, *Iunct. l. aliàs 6.* vbi diximus *supr. de in l t. iur. l. si heres 6. infr. de eo quod cert. loc.* quamuis in nonnullis imitetur actiones bonæ fidei, nimirum in fructibus & vsuris legatorum ac fideicommissorum, ex die moræ præstandis *l. in minorum 1. Cod. in quibus caus. non est necess. in integr. restit. l. si quis seruo 84. l. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2.* Propter voluntatem scilicet testatoris, quæ non illa fuit, vt moram heres faceret præstationi legatorum ac fideicommissorum *l. si cui legatum 91. in fin. de condict. & demonstr. l. in fideicommissaria 18. ad Senatusconsultum Trebellianum*, nihil autem testator dixit, neque cogitauit de eo casu, quo legatarius, vel fideicommissarius pecuniam heredi daret ad legatum, vel fideicommissum consequendum, & ideo non potest actio ex testamento porrigi ad hanc pecuniam repetendam, sicuti nec ad aliud quicquam quod legato vel fideicommisso non contineatur, & hoc est, quod dicimus, actionem aliquam strictam esse & stricti iuris, non posse scilicet extendi ad aliud quicquam extrinsecum, & in contractu, vel in testamento non comprehẽsum Nam quemadmodum quicquid adstringendę obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, pro omisso habendum est *l. quicquid 99. de verborum obligationib.* ita neque ex testamento agi potest, nisi ad idipsum quod legatum vel fideicommissum est, ne alioquin eueniat, vt in re testatoris liberaliores simus ipso testatore, quod esset ridiculum *l. debitor 59. in fine principij l. facta 63. §. si sub condicione infrà ad Senatusconsultum Trebellianum.* Cæterùm quo casu & condictio competit, & actio ex contractu bonæ fidei, longè commodius, & vtilius est, agere iudicio bonæ fidei quàm condictione propter incrementum vsurarum, quæ ex iudiciis bonæ fidei à die moræ præstandæ sunt *l. mora 32. §. in bonæ fidei l. vsura 34. & 36. infrà de vsur.* nunquam verò ex iudiciis stricti iuris, nec proinde ex condictionibus *l. quoties 4. Cod. hoc titu. l. 1. Cod. de condict. indeb.* Ergo nec si detur condictio ei qui pecuniam heredi dedit, vt rem quæ sibi testamento relicta est, acciperet: quoniam hæc pecunia licèt propter testamentum data sit, non tamen per actionem ex testamento, sed per condictionem repetitur: actio autem ex testamento sola illa est, quæ inter strictas omnes habet priuilegium, vt fructuum & vsurarum additamenta recipiat *d. l. 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.*

DE CONDICTIONE INDEBITI.

TIT. VI.

1. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

NVNC videndum de indebito soluto. Et quidem si quis indebitum ignorans soluit, per hanc actionem condicere potest. sed si sciens se non debere, soluit: cessat repetitio.

Ad l. 1. Nunc videndum.

Elegans est, & per omnes ferè iuris nostri partes diffusus hic tractatus *De condictione indebiti.* Et quamuis debitorum siue perfidia siue contumacia eò rem hodie deduxerit, vt vix tandem soluant, quòd & naturaliter & ciuiliter debere se non ignorant, euenit tamen plerumque, vt de indebito soluto, & de indebiti condictione quæri oporteat. Meritò autem præfantur nostri post Accursium varias esse species indebiti, & Accursius quidem tres constituit, sed Bartolus quatuor. Prima species eorum est, quæ indebita quidem sunt ciuiliter, sed tamen debita naturaliter, cuiusmodi sine controuersia sunt ea, quæ nudo pacto promissa sunt, aut quæ pupillus sine tutoris sui authoritate promisit, vel accepit mutua, nec locupletior factus est *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Secunda est eorum quæ è contrario indebita sunt naturaliter, sunt tamen debita ciuiliter, vt si quid ex nuda literarum obligatione debeatur, necdum tempus præterierit intra quod proponi potest querela vel exceptio non numeratæ pecuniæ, quamuis non desint, qui defendant obligari hunc & naturaliter & ciuiliter. Tertia species est eorum, quæ nec naturaliter, nec ciuiliter debentur, cuiusmodi sunt ea quæ vel nullomodo promissa fuerunt, vel non nisi sub condicione *l. sub condicione 16. infr. hoc tit.* Quarta & postrema, si Bartolo credimus, eorum quæ debentur quidem & naturaliter, & ciuiliter, sed tamen quorum petitio exceptione aliqua potest summoueri, de quibus in *l. qui exceptionem 40. infrà eod.* Cùm igitur quatuor sint species indebiti, quæstio est, an generaliter verum sit, quod Vlpianus in hac lege scribit, eum qui ignorans soluit indebitum, posse repetere, eum verò qui sciens, non posse, aut si generaliter verum non est, ad quam speciem ex supradictis, & quidem alij aliter sentiunt, vt videre est in Bartoli commentariis, & longa ipsius pro Accursio aduersus Vltramõtanos disputatione, ego puto quicquid Accursius & Bartolus sentiant, siue naturaliter tantùm siue ciuiliter tantùm fuerit debitum, quod per errorem solutum est, nullum repetitioni locum esse posse, siue per iuris, siue per facti errorem solutum esse proponatur, dum ne is soluerit, qui exceptione aliqua perpetua tutus fuit. Qui enim exceptione tutus est, aduersus actionem ex obligatione & naturali & ciuili simul competentem, hoc ipso desinit obligatus videri & ciuiliter & naturaliter, cùm naturalis obligatio, quæ solo æquitatis vinculo sustinetur, contrariæ æquitatis potestate dissoluatur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis inf. de solut.* & exceptiones omnes æquitate nitantur, & quidem ea æquitate quæ potentior sit, quàm æquitas actionis: & verò de hoc tertio distinctionis huius membro nemo dubitat, propter regulam *l. qui exceptionem 40. iunct. l. si non sortem 26. §. indebitum l. qui inuicem 30. l. cùm is 32. §. 1. infr. hoc tit.* nisi sciens exceptionem perpetuam sibi competere vltro soluerit, aut promiserit *l. si is qui perpetua 24. eod.* quia donasse & exceptionem remisisse intelligitur *l. si quis delegauerit 11. infr. de nouat. l. indebitum 9. C. hoc tit.* quod enim quis sciens se non debere soluit licèt ea mente, vt repetat, repetere posteà nunquam potest *l. quod quis 50. inf. hoc tit.* Excipiendæ tamen sunt exceptiones illæ quę non tam ex æquitate negotij, aut, vt dicam melius, ex iniquitate actionis, quàm ex causa aliqua extrinseca proficiscuntur, etsi enim eiusmodi quoque exceptiones vim habent elidendæ actionis [alioqui exceptiones dicendæ non essent, si in eam rem non essent efficaces *l. 2. inf. de except.*] naturalem tamen obligationem non perimunt, quæ quandiu subsistit, vtique impedit soluti repetitionem. Eius generis est exceptio rei iudicatæ, quæ competit vero debitori, etiamsi per sordes, aut per imperitiam iudicis absolutus sit, non quod æquitas vlla faciat pro huiusmodi iudicato, quod tam iniquum esse ponimus, sed quia publicè interest, rem iudicatam pro veritate haberi, vt aliquis tãdem sit litium finis, tametsi per sordes, aut per gratiam, aut per errorem, & imperitiam iudicatum sit *l. res iudicata 208. de regul. iur. l. seruo 65. §. cùm prætor ad SC. Trebell. l. si fundus 16. §. si pluris inf. de pign. l. & ex diuerso 35. §. 1. sup. de rei vind.* Ideóque si debitor verus soluat siue pendente iudicio, siue post sententiam non repetit, quia naturaliter obligatus manet *l. Iulianus verum debitorem 60. inf. hoc tit.* Nec distinguo cum

cum Bartolo, an iudex ideo debitorem absoluerit, quòd non esset à creditore probatum, eum debere, aut quasi nullomodo deberet, aut tanquam si debitum contractum non esset, aut tanquam non debitum simpliciter, quod petebatur. Omni enim casu verum est, superesse naturalē obligationem, quæ per erroneam iudicis sententiam tolli nullomodo potuit *§. sed naturalia Instit. de iur. natur. gent. & ciuil. §. vlt. Instit. de capit. dimin.* cùm nec ciuilis tollatur ipso iure, quippe quam saluā manere necesse est, ex eáque agi, vt exceptio rei iudicatæ locum habere possit *l. euidenter 16. & tot. tit. de except. rei iudic. d. l. si fundus 16. §. si pluris de pignor.* & ridiculum est, quod tentat probare Bartolus, actionem hanc produci ex sola obligatione naturali remanente propterea, quòd obligatio illa naturalis habuerit aliquando admixtam secum ab initio ciuilem. Quid enim referre potest, an ab initio nulla fuerit ciuilis obligatio, an fuerit quidem, sed ex postfacto sublata sit? *arg. l. nihil refert 4. infr. tit. prox.* Tum verò quid si iustè lata sit sententia, & fuerit absolutus is, qui tanquam debitor vrgebatur, cùm verus debitor non esset, siue quòd numquam debuisset, siue quòd per solutionem, aut acceptilationem, vel quo alio modo debere desiisset? An eo minùs fortasse poterit actor iterum agere de facto saltem, vt loquuntur, vt per exceptionem rei iudicatæ illum repelli necesse sit? Et tamen nulla potest hic subesse naturalis obligatio, quæ retineat actionem contra non verum debitorem. Superest igitur etiam post iudicatum eadem ciuilis actio, quæ antè competebat, aut instituta de facto fuerat, siue naturalis aliqua obligatio præcesserit, siue nulla, quoniam sententia non est modus tollendæ actionis, aut obligationis vllius, ideóque nec per rem iudicatam finirentur lites, nisi aduersus eum qui post iudicatum ex integro agere vellet, comparata in eam rem esset exceptio rei iudicatæ *leg. singulis 6. & pass. de except. rei iudic.* Denique exceptio rei iudicatæ nulla æquitate speciali nititur, quæ afficiat naturam, & qualitatem negotij, quomodo afficiunt exceptiones doli, pacti, & aliæ si quæ sunt similes, cùm perinde locum habeat, siue benè siue malè iudicatum sit, *leg. iudex posteaquàm 55. de re iudic.* adeò vt iudex qui de principali causa malè pronunciauit, cogatur etiam comperto errore, quod mirum est, de accessoriis quoque eodem errore pronunciare *dict. leg. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* Eiusdem generis est exceptio diuisionis, quæ ex epistola Diui Hadriani datur fideiussoribus *leg. inter fideiussores 16. & seq. infr. de fideiuss. & duobus reis ex constitutione Iustin. in Nouell. 99. de duob. reis, vnde sumpta est Auth. hoc ita C. ill. tit.* itémque exceptio discussionis, quam idem Iustinianus dedit & fideiussoribus, & tertiis pignorum possessoribus *Nouell. 4. de fideiuss. vnde sumpta est Authen. præsente C. eod. tit. & Authen. hoc si debitor C. de pignor.* Qui enim his exceptionibus tutus est, si soluat etiam ignorans, siue per iuris, siue per facti ignorantiam non repetit *leg. si testamento 49. §. penult. infr. de fideiuss.* non quia exceptiones hæ sint comparatæ ad rigorem iuris adiuuandum, vt malè putat Bartolus (sunt enim potius comparatæ ad rigorem iuris æquitate ac moderatione quadam temperandum, cùm ex rigore iuris possit vnus ex fideiussoribus, & quilibet pignorum possessori à creditore rectà conueniri *leg. 3. C. eod. leg. distractis 14. C. de pignor.*) sed quia non faciunt quantitatem indebitam, quomodo eleganter Papinianus noster ratiocinatur in *dict. leg. si testamento §. pen.* in illis verbis, *& vtilior est vtroque casu illa sententia, solutionem non indebitæ quantitatis non debere reuocari*, neque ad huiusmodi exceptiones pertinet illa iuris regula, quæ habet nihil referre, an quis ipso iure non debeat, an habeat exceptionem *leg. nihil interest 112. iunct. leg. non videtur 13. leg. Marcellus 66. de regul. iur. leg. & eleganter 7. §. seruus supr. de dolo.* Sunt enim exceptiones istæ ordinis tantùm, non etiam iuris, id est, quæ ius & qualitatem actionis afficiant. Et dilatoriæ tantùm sunt, non peremptoriæ, cùm non perimant negotium, sed retardent solùm & differant exactionem: denique temporales non perpetuæ quales esse oportet eas, quæ possint parere condictionem *dict. leg. si non sortem 26. §. indebitum dict. leg qui exceptionem infr.* Illæ namque demùm possunt parere condictionem indebiti, per quas fiat, vt in effectu nihil deberi intelligatur, &, vt Papiniani verbo vtar, quæ faciunt rem indebitam: de quarum tamen numero excipiendæ sunt etiam eæ, quæ licèt actionem in totum excludant, odio tamen creditoris potiùs quàm fauore rei comparatæ sunt à iure ciuili, nec tam naturali quàm ciuili æquitate, cuiusmodi est exceptio senatusconsulti Macedoniani *dict. leg. qui exceptionem.* Hæc enim, & si quæ aliæ sunt huiusmodi, quia non tam æquitate propria, quàm odio creditoris nituntur, non tollunt obligationem naturalem, ideóque nec pariunt repetitionem soluti *leg. quia naturalis 10. iunct. §. vltim. legis præcedentis infr. de SC. Macedon.* Nescio autem cur Bartolus tractet hîc de exceptionibus litis pendentis, aut, vt pragmatici loquuntur, litis pendentiæ, aut fori incompetentis, tanquam de exceptionibus inductis ad rigorem iuris conseruandum, præsertim cùm circa eas non possit occurrere quæstio de condictione indebiti, nisi ponas solutum fuisse id de quo lis pendebat, quo tamen casu certum esset, si id quod solutum esset, debitum fuisset, non posse locum esse condictioni indebiti *d. l. Iulianus verum debitorum 60. infr. hoc tit.* nempe quia exceptiones istæ non faciunt indebitam rem, quæ petita est, & vt addit Bartolus non respiciunt obligationem neque actionem, sed duntaxat conueniendi modum, & facultatem. Et certè si qua exceptio sit, quæ inducta dici possit, ad conseruandum iuris rigorem, ea maximè est exceptio rei iudicatæ, licèt Bartolus cōtradicat, quandoquidem non aliam rationem habet illa exceptio, quàm quia publicè intersit ad finiendas lites, & discordias quæ ex litibus nascuntur, sanctam esse & inuiolabilem rerum etiam malè iudicatarum authoritatem *d. §. cùm Prætor l. 1. 2. & pass. C. de iudic.* nec potest defendi, quod mauult Bartolus, ponendam esse hanc exceptionem inter eas, quæ faciunt rem indebitam ciuiliter, & debitam naturaliter, cùm res iudicata non magis possit ciuilem obligationem tollere, quàm naturalem, secundum ea quæ suprà disputauimus. Igitur extra illos casus, in quibus diximus rē fieri & naturaliter, & ciuiliter indebitam, per exceptionem, & extra supradictas distinctiones, dico id quod naturaliter tātùm, aut etiā ciuiliter tātùm debitū fuit, si solutū sit etiā per errorē siue iuris, siue facti non posse repeti, nisi cùm persona facit locum repetitioni, vt cōtingit in pupillo soluente sine tutoris authoritate, id quod etiā naturaliter & ciuiliter debeat *l. interdum 29. infr. hoc tit* vbi addi-

tur exemplum aliud de eo cui bonis interdictum est, quod generaliùs obtinet in iis omnibus, qui alienandi ius non habent, ex ratione posita in *l. quòd si fortè 14. §. vlt. infr. de solut. & §. vlt. Instit. quib. alien. licet vel non.* & quidem in ea re, quæ naturaliter tantùm fuit debita, longè minorem dubitationem res habet, vt condictioni indebiti locus esse non possit, cùm non possit dici omnino indebitum, quod saltem naturaliter debitum fuit, isque præcipuus effectus sit naturalis obligationis, vt impediat soluti repetitionem *d. l. naturales 10. infr. de oblig. & action. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss. l. naturaliter 13. & seq. l. si non sortem 26. §. libertus in fin. l. frater à fratre 38. in princip. & §. 1. & d. l. Iulianus 60. infr. hoc tit. l. 3. in fin. supr. quod quisq. iur.* Is porrò natura debet, quem iure gentium dare oportet, siue eius fidem secuti simus vt in *l. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur.* siue nulla fide data, nec intercedente aliqua conuentione sola æquitas iuris gentium obligationem inducat, vt euenit in eo, cuius absentis, adeòque pupilli, vel furiosi negotia vtiliter gesta sunt, quem constat non tantùm naturaliter obligari, sed etiam ciuiliter, sicut & quoties ex eo actio venit *l. 1. & 2. & 3. §. pupillus l. si pupilli 6. supr. de negot. gest. l. furiosus 46. infr. de oblig. & action.* ne quis fortè putet, quod quidam crediderunt, contra quos Bartolus disputat, nullam esse obligationem naturalem, nisi quæ ex consensu nascatur, neque quod solutio debiti naturalis per errorem, siue facti siue iuris facta sit, condictionem parere potest, sicut enim condictionem non illud parit, quòd is qui soluit nollet soluisse, sed quòd indebitum soluerit, ita neque retentionem debiti naturalis impedire illud potest, quòd solutio facta sit ab errante, qui non soluisset, si non errasset, cùm error ille facere nequeat, vt indebitum sit, quod solutum est, quodque fuit reuera debitum iure naturali & gentium, eo tempore quo soluebatur. Denique tum demum quæstioni locus est, an quod per errorem siue iuris siue facti solutum est, repeti possit, cum verè fuit omnino indebitum, quod per errorem solutum est, non etiam si debitum quoquomodo fuit siue naturaliter tantùm, siue tantùm ciuiliter. Itaque non possum probare distinctionem illam, quam suprà diximus Accursij, & Bartoli, vtrum quid indebitum sit ciuiliter tantùm, non etiam naturaliter, an verò naturaliter tantùm, non etiam ciuiliter, quicquid enim tale est, nullomodo potest dici absolutè indebitum, cùm aliquo iure debitum sit, licèt non omni iure: & indebitum illud duntaxat dicendum est, quod nullo prorsus iure debetur. Quemadmodũ solemus dicere, non in totum videri falsum, quod veritatis primordio adiuuatur *l. cùm filius 76. §. heres meus de legat. 2.* Aut vt loquitur Vlp. in *d. l. si non sortem 26. §. indebitum*, quod vel omnino non debetur, id est nullomodo, vel ad indebiti causam redit, ob exceptionem perpetuam debitori competentem: quo casu quamuis & naturalis & ciuilis obligatio salua remaneat, vt diximus, effectu tamen ipso vtraque si non sublata saltem inefficax redditur, propter æquitatem exceptionis, quæ tanquam potentior tollit vinculum prioris illius æquitatis, quo naturalis obligatio sustinebatur *d. l. Stichum 95. §. naturalis de solut.* quamquam autem obligatio, quæ ciuilis tantùm est, nullo æquitatis naturalis vinculo nititur (alioqui esset obligatio non tantùm ciuilis, sed etiam naturalis) ideo tamen parit retentionem non minùs quàm naturalis, quòd absurdum sit minoris potestatis esse ciuilem obligationem, quæ maioris est ad agendum, & cui damus actionem non dari multo magis exceptionem & retentionem, ex regula *l. 1. §. is autem infr. de superfic. l. inuitus 156. §. cui damus de regul. iur. l. 1. de pignor.* nec quisquam dixerit solam obligationem naturalem impedire condictionẽ, quasi non eundem effectum habere multo magis debeat, ea quoque obligatio, quæ sit ciuilis tantùm, sed dicimus obligationem naturalem, etiam quæ sit sola, impedire repetitionem, ne dubitare possimus multo magis obligationem, quæ sit ciuilis tantùm, idem efficere & posse, & debere, dum ne, quod sæpe accidit, exceptione aliqua perpetua elidatur, puta exceptione doli, vt in *l. 2. §. circa de doli mal. & met. except.* Exemplum adfert Accursius, & post eum Bartolus de obligatione literarum, quæ ciuilis tantùm est, paritque actionem, sed quæ tamen intra biennium eliditur per exceptionem non numeratæ pecuniæ, tanquam quæ facta sit spe futuræ numerationis, qua non secuta nec consensus quidem vllus promissoris interuenisse intelligitur, ex quo nata obligatio aliqua naturalis videri possit, vt Bartolus probat non malè ex *l. qui pecuniam 30 supr. de reb. credit. l. pen. infr. quæ res pignor. oblig. poss. l. 1. in fin. qui potior. in pignor. hab.* Errant enim illi qui putant videri hoc casu contractã obligationem sub condicione, vt inferant, nullam ergo interim ex huiusmodi promissione nasci obligationẽ, neque naturalem neque ciuilem *l. cedere diem 213. de verb. signific.* Verum namque est, contrahi literis obligationem purè *tot. tit. de lit. oblig. Instit. & l. non figura 38 de oblig. & act.* sed ciuilẽ tantùm, ex qua nascitur actio, & contra quam ideo necessaria est exceptio nõ numeratæ pecuniæ *l. si ex cautione 3. l. in contractibus 14. C. de non numer. pecun.* aut cõdictio obligationis *l. si quasi 7. eod. tit. l. si cùm exiguã 4. C. de condict. ob caus. dator.* quæ condictio locum habere non posset si nulla obligatio præcederet *l. 1. infr. Tit. prox.* Nec minùs errant etiam ij, qui putãt ex ea literarũ obligatione perinde nasci obligationẽ naturalem, atque ciuilem, nulla enim naturalis obligatio esse potest, vbi nullus cõsensus, nulláq; æquitas subest, neq; tamen eò magis competit repetitio soluti, quia sufficit obligationẽ subesse ciuilẽ ad impediendam cõdictionem *l. cùm fidem 4. C. de nõ numer. pecun.* cùm exceptio nõ numeratæ pecuniæ, quæ aduersus actionẽ ex illa ciuili obligatione cõpetentem, nõ sit perpetua, sed tẽporalis. Biennio enim cõcluditur non minùs quàm querela ipsa nõ numeratæ pecuniæ: planè si poneres eũ qui se literis obligauit spe futuræ numerationis, quæ nunquã secuta fuerit, velle se onerare probatione, quòd nulla pecunia sit numerata etiã post elapsum biennium quod vtique facere potest, non quidẽ per exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ semper vt diximus biennio cõcluditur, sed per exceptionẽ doli *d. l. 3. C. eod. quæ perpetua est l. purè 5. §. vlt. de doli mal. except.* Diceiẽ competiturã hoc casu condictionem indebiti, ex regula *d. l. qui exceptionẽ 40 hoc tit iunct. l. qui se debere 7. supr. de condict. caus. dat.* nec repugnaret *d. l. cùm fidem* quæ post solutionẽ non denegat debitori condictionẽ indebiti soluti, sed tãtùm exceptionem non numeratæ pecuniæ, nimirum ne creditor etiam post acceptã pecuniã cogatur probare numeratam esse pecuniam, quæ iam ipsi fuerit reddita. Oneraretur enim ea probatione, si exceptio non numeratæ pecuniæ opponeretur *l. 1. eod. tit.* aut etiam exceptio doli intra biennium. In eo siquidem solo differunt, quod pertinet ad literarum obligationem spe futuræ numerationis contractam, quòd exceptio non

non numeratæ pecuniæ semper biennalis est, exceptio autem doli semper perpetua, quamuis alio iure intra biennium censenda, alio autem post biennium, quantum ad onus probandi, quia intra biennium probandi onus incumbit creditori, quod pecuniã numerauerit, post biennium verò incumbit debitori, vt probet non fuisse numeratam. Eadem mihi videtur constituenda esse ratio earum quoque conuentionum, quæ per vim, aut metum, dolúmve extortæ sunt, vt ex iis scilicet nulla nascatur obligatio naturalis, sed ciuilis tantùm. Etsi enim contractus etiam in quo vis vel metus aut dolus interuenit, habet voluntatem eius, qui vim vel dolum passus est, quia etiam coacta voluntas, tamen voluntas est *dict. leg. si mulier* 21. §. *vlt. supr. Quod met. caus. leg. si patre cogente* 22. *infr. de rit. nupt.* non sufficit tamen voluntas quælibet ad inducendam obligationem naturalem, nec consensus quilibet, sed is demùm qui liber sit, & à libera voluntate, cùm non æstimetur naturalis obligatio, nisi ex vinculo æquitatis naturalis, quæ porrò numquam fauet ei, qui vim, dolúmve admisit. Est enim contra ius naturale & gentium, vt homo homini insidietur, aut vim vel iniuriam inferat: alioqui nec ex iure naturali & gentium esset, vt vim vi repellere liceat, & dolum malum dolo bono *leg. vt vim* 3. *supr. de iustit. & iur. leg. cùm pater* 77. §. *Titio fratri antep. de leg.* 2. Obligationis merè ciuilis alia ratio est, exigit enim solum iuris ciuilis vinculum, non tantùm ad hoc vt producat ciuilem actionem, sed etiam vt per traditionem ex ea tanquam ex iusta causa factam dominium transferri possit, ex regula *leg. numquam nuda* 31. *de acquir. rer. domin.* Nemo autem dubitat, quin & stipulatio, & alius quilibet contractus per vim aut metum, vel per dolum extortus habeat vinculum iuris, cùm etiam coacta voluntas, sit voluntas, vt diximus, licèt nullum habeat vinculum æquitatis naturalis, & tamen repetitio soluti ex hac causa competit, non quasi sola obligatio ciuilis per se non sufficiat ad impediendam condictionem, etiam cessante obligatione naturali: sed quia aduersus actiones competentes ex contractu per vim aut dolum extorto competunt exceptiones doli, & metus, quæ sunt perpetuæ, & æquitate naturali subnixæ, quarum ius proprium est, vt pariant condictionem *dict. leg. si non sortem* 26. §. *indebitum & leg. qui exceptionem* 40. *infr. hoc tit.* nempe si pecunia ex eiusmodi contractu debita sponte soluta non sit à debitore nec per errorem, sed in consequentiam præcedentis obligationis exacta *leg. ex ea stipulatione* 7. vbi dixi *supr. tit. prox. iunct. leg.* 2. *C. de his quæ vi met. caus.* Difficilius illud videtur quod obiicitur ex *leg. si quis postquàm* 17. *infr. de fideiuss.* Si quis postquàm tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, non teneri fideiussorem, quia erroris fideiussio nulla sit: sic enim nostri vulgo intelligunt, vt eo casu etiam solutum per errorem possit repeti, quamuis inquiunt, per præscriptionem ciuilis obligatio solâ tollatur, non etiam naturalis. Pugnat enim hæc sententia cum eo quod proximè diximus, id quod naturaliter tantùm debetur, etsi per errorem etiam facti solutum est, nihilo magis posse repeti, cùm negari non possit, quin præscriptio solam obligationem ciuilem tollat, non etiam naturalem, tanquam quæ ex æquitate merè ciuili inducta sit, & magis odio actoris negligentis, quàm fauore rei, vt exceptio Macedoniani, non ex æquitate vlla naturali, perinde atque vsucapio *leg.* 1. *infr. de vsucap. l.* 3. & 4. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* itaque quamuis exceptio præscriptionis perpetua sit, non potest tamen parere condictionem, salua manente obligatione naturali, quæ semper impedit repetitionem *d. l.* 3. §. *vlt. supr. quod quisq. iur.* Sed tamen dicendum est, meo iudicio, Paulum in *d. l. si quis postquàm*, non loqui de eo qui tutus præscriptione tantùm temporis soluerit, aut fideiussorem dederit, sed quod nemo obseruat, de eo qui actione temporali non perpetua obstrictus antea, & iam transacto tempore liberatus, fideiussorem dedit eius actionis nomine quæ ampliùs nulla erat, cùm actiones temporales ipso temporis lapsu solo in totum extinguantur, ita vt ad eas elidendas nulla exceptione & præscriptione opus sit, cùm ab initio ea lege inductæ sint iure honorario, siue prætorio siue ædilitio, ne post certum tempus possint viuere: adeò vt nec obligatio vlla naturalis videri possit ex ea causa superesse ad condictionem inducendam, aut ad obligandum fideiussorem, qui alioquin etiam obligationi naturali soli posset accedere *l. stipulatus sum* 6. *l. fideiussor* 16. §. *fideiuss. eod. tit. l. is cui* 6. *de verb. oblig.* Proinde cùm neque obligationis naturalis neq; ciuilis neque actionis, sed meri erroris fideiussio illa sit, mirum nõ est, eam non valere. Aliáq; ratio est debitoris qui tutus exceptione præscriptionis perpetua aduersus actionem aliquam ipso iure competentem dederit fideiussorem, aut soluerit, quamuis per errorem facti. Hic enim repetere ideo non potest, quia naturaliter obligatus manet, cùm tempus non sit modus naturalis tollendæ obligationis *l. obligationum ferè* 44. §. *placet de oblig. & action.* sed modus ciuilis non nisi posteriorum imperatorum constitutionibus introductus in *d. l.* 3. & 4. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Eademque ratio facit, vt fideiussor ex hac causa datus teneatur, quamuis non semper soluti repetitio & datio fideiussoris à pari procedant. Obstare etiam sententiæ nostræ maximè creditur, quod scriptum est in *l. error* 9. *C. ad leg. falcid.* falcidiæ condictionem heredi competere, si fortè per errorem facti non iuris soluerit fideicommissum integrum non detracta falcidia, quam ex fideicõmisso detrahere potuisset, cui conuenit quod scriptum est in *l.* 1. & *vlt. eod. tit. l. regula* 9. § *pen. de iur. & fact. ignor. l. si patronus* 20. §. *de illo infr. de donat. l. lex falcidia* 47. *infr. ad leg. falcid. l. cùm quis* 10. *C. de iur. & fact. ignor. & in l. heres* 21. *infr. ad SC. Trebell.* Putat enim Bartolus post Accursium legata & fideicommissa integra deberi naturaliter, etiam post legem Falcidiam latam, & post senatusconsultum Pegasianum, quo quartæ retentio ex fideicommissis permissa est. Ego verò magis probo quod Vltramontani nostri iam olim contra Accursium defenderunt, heredem qui legatis aut fideicommissis vltra dodrantem oneratus est, non magis naturaliter, quàm ciuiliter esse obligatum, vt legata vel fideicommissa solida præstet, ac de legatis quidem & fideicommissis singularibus quæ per SC. Pegasianum exæquata sunt per omnia legatis circa deductionem falcidiæ *l.* 1. *de legat.* 1. *iunct.* §. *sed quia versic. ex singulis Institut. de fideic. heredit.* ius apertissimum est. Nam libera illa legandi potestas quam lex 12. *tabular.* induxerat, leges autem Furia & Voconia valde restrinxerant, non aliter fuit per legem Falcidiam restituta, quàm si heres quartam totius hereditatis ante omnia habeat iure testamenti & hereditario, priusquàm aliquid legare permittatur testatori *leg.* 1. *infr. ad leg.*

falcid. Vnde est quod portionis falcidiæ vindicatio datur heredi non condictio, si ius vetus inspicias *leg. lineam margaritorum 26. leg. Plautius 49. eod. titul.* Id enim est quod prudentes nostri solent dicere, legata omnia per legem falcidiam, ipso iure & pro rata resecari *leg. in quantitate 74. §. vlt eod. tit.* & adeò acquiri iure publico retentionem falcidiæ ex legatis, vt nec si velit heres, possit tamen eam remittere, ne quidem paciscendo cum legatariis viuo & mandante testatore *leg. quod bonis 15. §. primo eod. titul.* quia priuatorum cautiores legum authoritate non censentur *leg. vlt. de suis & legit.* quamuis legem exercere, & falcidiam ex legatis post mortem testatoris retinere inuitus non cogatur, satisfit enim legi, si possit falcidiam deducere etiamsi nolit, nec requirit præterea lex vt velit cùm possit. Nec proinde dubitandum est, quin faciat contra legem falcidiam testator, si iubeat solui legata in solidum non detracta falcidia, vel si quid aliud comminiscatur in fraudem legis falcidiæ vt in *leg. Seius & Agerius 27. eod. titul.* lex enim Falcidia quadrantem à testatore ipso tangi prohibet *leg. quia autem 6. vers.* ordo igitur in illis verbis *dummodò quadrans non tangatur infr. si quis omiss. caus. testament.* Dixi *si ius vetus inspicias*, quia iure nouo aliud est, postquàm placuit Iustiniano, vt falcidia prohiberi hodie possit à testatore *Nouell. 1. de hered. & falcid. cap. 2. vnde sumpta est Auth. sed cùm testator C. ad leg. falcid.* Cæterùm si quod olim legabatur supra dodrantem, habebatur pro non legato, tanquam quod legatum esset contra legem: an non prorsus consequens est, vt ea portio quæ per legem falcidiam retineri poterat, nullo iure deberetur, neque naturali neque ciuili? Atque ita Vltramontani quos Bartolus refert, argumentabantur ex *leg. non dubium 5. C. de legib.* nec possum probare subtilitatem mirabilem Bartoli respondentis, legem falcidiam resecare legata ipso iure quod ad dominium, sed non quod ad obligationem, quasi verò facilius sit, vt contra potestatem legis inducatur obligatio, quàm vt dominium transferatur, contra quàm disertè scriptum est in *dict. leg. non dubium*, vbi nec patiuntur imperatores, vt ad confirmandum id quod contra legem factum est, iusiurandum vtiliter adhiberi possit, nec magis illud probare possum, quod addit idem Bartolus, legem falcidiam non resistere obligationi legatorum in solidum præstandorum, quia, inquit, cùm dicit quòd quis possit legare quantum vult, dummodò remaneat quadrans penes heredem, non prohibet testatorem vltra dodrantem legare, sed præcipit quadrantem penes eum remanere debere. Quid enim aliud est, permittere testatori, vt quantam cuique ciui Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque ei sit, dum ita detur legatum ne minùs quàm partem quartam hereditatis ex testamento heredes capiant (hæc enim fuerunt verba legis falcidiæ, vt Paulus noster refert in *leg. 1. ad leg. falcid.*) quàm ei prohibere ne quid supra & vltra dodrantem leget? Nec enim sunt supradicta affirmatiua quod pertinet ad quadrantem heredis, vt malè putat Bartolus, sed negatiua & consequenter prohibitiua. Et quod lex ait *quantam pecuniam dare legare volet* non eum sensum habet, acsi scriptum esset specialius *etiam supra dodrantem*, vt idem Bartolus interpretatur, sed ad differentiam priorum legum Furiæ & Voconiæ, quarum altera non nisi ad mille vsque asses, altera non nisi ad certum vsque legatariorum numerum legare cuiquam permittebat. Quartæ Pegasianæ, quæ ex fideicommissis non singularibus, sed vniuersalibus authoritate Senatusconsulti Pegasiani deducebatur, alia ratio fuisse videtur. Etsi enim perinde illa atque falcidia legatorum contra voluntatem testatoris inducebatur, vnde nec magis prohiberi poterat, & falcidiæ quoque nomen sibi adrogabat *leg. Titia 86. in fin. infr. ad leg. falcid.* Non tamen fecit SC. Pegasianum vt testator suam hereditatem totam fideicommittere prohiberetur, alioqui Senatusconsulti Trebelliani potestatem & authoritatem sustulisset, quod non ita fuit, adiuuandi enim & supplendi potiùs quàm tollendi Trebelliani gratia secutum est Pegasianum *§. ergo siquidem Instit. de fideicommiss. hered.* Sed permisit tantùm heredi, vt ex eo fideicommisso quartam posset detrahere, *dict. §. sed quia eod. titul.* vt scilicet eo præmio inuitaretur heres ad adeundam hereditatem, ne alioqui fideicommissum intercideret destituto testamento *leg. si patroni 51. §. qui fideicommissam infr. ad SC. Trebell.* Ex qua differentia fluxerunt etiam illæ quas Marcianus congerit in *leg. in quartam 91. ad leg. falcid.* & illa præcipuè, quod in falcidiam legatorum non imputantur, nisi ea quæ iure testamenti & hereditario capiuntur. In Pegasianam verò quam vulgò nostri Trebellianicam vocant, omnia imputantur quæ quocunque relicti titulo ad heredem peruenerunt, sicuti pluribus à nobis explicatum est *libr. 6. Coniect.* Atqui, dicat aliquis, siue legata solida heres soluerit, siue totam hereditatem nulla deducta quarta restituerit, dum ne per errorē facti, perinde repetit, & è contrario siue sciens siue per errorem iuris non facti soluerit, non repetit *leg. 1. & vlt. & d. l. error. C. eod. tit. l. heres 21. ad SC. Trebell. infr. l. si sponsus 5. §. si quis rogatus infr. de donat. int vir. & vxor. dict. leg. regula 9. §. pen. de iur. & fact. ignor. leg. si patronus 10 §. de illo de donat. leg patrem 19. & seq. Quæ in fraud. credit.* Respondeo supradictos omnes iuris locos esse de falcidia fideicommissorum, non de falcidia legatorum, si excipias *leg. vlt. C. ad leg. falcid.* quæ nec dat condictionem, nec denegat vindicationem heredi, qui per errorem facti legata integra soluit, existimans fortè aut ampliores esse vires hereditatis, aut legata pauciora, minúsve grauia, quàm ex facto apparuerint, sed tantùm ait, heredem qui plenam fidem testatori exhibens in solidum legata præstitit, non posse posteà prætextu legis falcidiæ vti repetitione. Quod generaliter ita intelligendum est, vt nec vindicationem eo nomine habere possit, nec condictionem, in eoque fateor nullam esse differentiam inter legatorum falcidiam & fideicommissorum, id est quantum ad denegandam repetitionem: sed in causa denegandæ repetitionis hanc pono differentiam, quòd heres qui solida legata soluit omisso scienter legis falcidiæ beneficio, licèt id faciat vt pleniùs obsequium exhibeat voluntati testatoris, ideo tamen non repetit, quia ob hoc ipsum donare intelligitur, cùm donari videatur id quod nullo iure cogente cōceditur *l. donari 28. de donat. l. cuius per errorem 53. l. donari 181. de regul. iur.* & rem suam donare intelligitur, nō alienam reddere, cùm id præstet cuius non modò retinendi, sed etiam vindicandi ius habuisset, si nullo ipsius facto intercedente legata solida ad legatarios peruenissent *d. l. lineam margaritorum*

26. ad

26. *ad leg. falcid. iunct. leg. Quintus* 27. §. *argento infr. de aur. & argent. legat.* Vnde & illud facilè admitterem, vt inter coniuges ea quoque donandi forma & ratio prohibita censeri deberet, itémque, vt sit quis sciens se falcidiam ex legatis retinere posse, nec tamen soluendo esse, mallet integra legata soluere fraudandorum creditorum gratia, posset falcidia per creditores reuocari interdicto fraudatorio, vel actione Pauliana, quia heres qui sciens omittit beneficium legis falcidiæ, non tam occasionem solam acquirendi omittere, vt ille qui hereditatem aut legatum repudiat, quàm patrimonium suum diminuere credendus est, & ideò Paulianæ actioni locum facit *leg.* 1. 2. 3. *& pass. ill. Tit. Quæ in fraud. credit.* at in falcidia fideicommissorum omnia diuersa sunt *dict. leg. patrem* 19. *& seq. eod. tit. dict. leg. si sponsus* 5. §. *si quis rogatus de donat. int. vir. & vxor.* nec tam donare quàm debitum soluere videtur heres qui solida fideicommissa præstat. Quid enim aliud debuit quàm vt plenam fidem testatori suo exhiberet? *Tit. de fideic. hered. Instit. & Tit. de codicill.* atquin hoc ipsum præstat cùm solidum fideicommissum soluit nulla deducta quarta. Ergo non donat, quandoquidem solutio debiti donatio non est, inquit *leg. hoc iure* 19. §. *penult. de donat.* & miror Tribonianum in *d. l. vlt. C. ad leg. falcid.* sic loqui de herede solida legata dependente, vt dicat eum plenam fidem exhibere testatori, cùm in legatis nihil sit, quod de fide testatori exhibenda tractari possit, quippe quæ non à fide heredum pendeant, vt fideicommissa, quæ & nomen inde sumpserunt, sed à iuris vinculo & potestate, nec precariis verbis sed imperatiuis & legis modo relinquantur, vt Vlp. in Fragmentis scribit *Tit. de legat.* nec quicquam fuisset facilius testatoribus, quàm legis falcidiæ potestatem circa legata eludere & elidere, si fidem heredum in non deducenda falcidia implorare satis fuisset, siue per expressum fideicōmissum siue per tacitum, vtrumque enim factum in fraudem legis falcidiæ videri debuisset, nisi fortè Iustinianus ea constitutione respexit ad ius nouum quod induxerat, non illud de quo iam diximus, vt liceret testatori falcidiam legatorum prohibere (non enim fuit illud ius Codicis, sed primùm inductum *dict. Nouell.* 1. *cap.* 1. *de hered. & falcid.*) Sed aliud quo iam constituerat vt legata fideicommissis & fideicommissa legatis per omnia & in omnibus exæquarentur *l.* 2. *C. commun. de legat.* Sed confusio fœdissima nominum & rerum ista dicenda esset, quomodo idem Iustinianus loquitur in *l. vlt. C. de legit. tutel.* non exæquatio, nec potuit Iustinianus legatorum & fideicommissorum primæuam originem, adeò immutare ac peruertere, vt non semper verum sit fideicommissa ex fide heredum pendere primùm, deinde ex Prætoris iurisdictione, non ex legum potestate, legata verò ex vinculo & potestate legum non ex heredum fide ac pudore: itaque non potest dici heres fidem fallere, qui legatum præsertim nullo iure ac inutiliter à se relictum non præstat, aut qui ex legato ritè relicto falcidiā retinet. Ergo nec fidem plenam exhibere, tametsi legata solida præstet, quomodo exhibet, qui fideicommissa solida soluit etiam in voluntate inutili relicta *dict. leg.* 1. *C. ad leg. falcid. leg.* 2. *C. de fideic. leg. fideicommissum* 61. vbi dicemus *infr. hoc tit.* Quemadmodum & quod suprà diximus ex viri doctissimi Iacobi Cuiacij potiùs quàm ex nostra vel Vlpiani sententia in *leg.* 1. *de legat.* 1. Per omnia esse exæquata legata fideicommissis singularibus in detractione falcidiæ etiamsi maximè verum esset, non adeò tamen generaliter intelligi deberet, iuxta iuris veteris rationem, vt non minùs prohibitum sit testatori fideicommissis singularibus quàm legatis onerare heredem supra dodrantem. Etenim quemadmodum numquam feceris vt lex falcidia, quæ de legatis tantùm locuta est, de fideicommissis quoque locuta sit, quorum vsus eo tempore nullusdum erat (lata enim lex est temporibus Augusti adhuc Triumuiri, Fideicommissa verò eiusdem Augusti iam Imperatoris facti temporibus cœperunt vt Iustin. refert in *dict. Tit. de codicill.*) ita nec potuit Tribonianus facere, vt lex falcidia prohibuerit fideicommitti totam hereditatem supra dodrantem, nec proinde fideicommissis etiam singularibus, quæ nostri vulgo malè particularia vocant, exhauriri totas facultates hereditarias. Cur enim fideicommissa singularia magis quàm vniuersalia supra dodrantem prohiberentur? Neque rursum exæquatio legatorum & fideicommissorum singularium quantum ad deductionem falcidiæ hoc ius inducere potuit ad effectum illum, vt vel fideicommissa singularia ipso iure resecarentur, vel in fideicommissis nulla fidei ratio habenda esset, eiusque naturalis obligationis, quæ per fidem testatori datam ab herede cōtrahi creditur, quam eo saltem tempore quo adit, dare intelligitur, si viuo testatori nullam dedit. Quod non similiter de legatis dici potest, quia licèt heres adeundo hereditatem etiam cum legatariis non minùs quàm cum fideicommissariis, & creditoribus contrahere censeatur *leg.* 3. *in fin. & leg.* 4. *infr. Quib. ex caus. in poss. eat.* nullam tamen illis fidem, aut ipsi etiam testatori dare intelligitur, nisi quatenus & hereditas & lex duodecim tabularum eum obligat. Porrò neque hereditas, neque lex obligat heredem ad legata supra dodrantem, nec magis naturaliter, quàm ciuiliter, quem tamen obligat ad fideicommissa solida præstanda, nisi hactenus, vt quartam ex ipsis ad exemplum legis falcidiæ senatusconsulti Pegasiani authoritate possit deducere, si sui commodi maiorem quàm explendæ fidei rationem habere velit. Veréque de falcidia fideicommissorum siue vniuersalium siue singularium dici illud potest, quod Bartolus dixit, malè de falcidia legatorum, permissam duntaxat eam esse, non etiam prohibitum testatori ne fideicommittat supra dodrantem *dict.* §. *sed quia Instit. de fideic. hered.* Ergo si solida fideicommissa heres præstiterit omisso scienter legis falcidiæ beneficio, vt pleniorem testatori fidem exhiberet, non potest repetere, nec quartam condicere, quia soluisse quod debuit potiùs, quàm de suo quicquam donasse intelligitur: si verò legata solida præstiterit, non vt pleniorem fidem quæ in legatis nulla data est, sed vt plenius obsequium voluntati testatoris exhiberet, æquè non repetit, at alia nouáque ratione, quia portionem quam sibi retinere poterat quasi nec legatam, donasse videtur de suo, ex regula *dict. leg. cuius per errorem* 53. *de regul. iur.* quæ ait, cuius per errorem soluti repetitio est, eiusdem consultò dati donationem esse *leg. eum qui* 21. §. *primo supr. de inoff. testamento*, nisi persona soluentis, vt puta impuberis, locum faciat repetitioni, vt benè Accursius monet *ex leg. interdum* 29. *infr. hoc titul.* aut nisi ancipiti animo facta sit solutio ab eo qui

dubitabat an deberet necne, non enim tam facilè animo transigendi id fecisse credendus est vt denegari ei debeat condictio si probet indebitum fuisse, vt à Iustiniano nostro constitutum est *in leg. vlt. C. eod.* Quod si heres non consultò, sed per errorem facti solida legata, vel solida fideicommissa siue vniuersalia siue singularia soluerit, nemo dubiat, quin repetitionem heres omni casu habere debeat, sed cum hac vt puto differentia quod solutis legatis solidis, non reuocat nec repetit solida legata quæ soluit, sed eam tantùm portionem quæ vltra modum legis falcidiæ soluta est, vt euenit in falcidia ex donatione causa mortis per traditionem factis deducenda *leg. pen. C. ad leg. falcid. leg.* 1. *§. si quis ex mortis infr. quod legat. leg. cùm pater* 77. *§. mater* 2. *& §. Meuio* 77. *de legat.* 2. & quidem non per vindicationem, vt malè quidam putant ex *dict. leg. lineam* quæ non de hoc casu loquitur in quo factum heredis soluentis interuenerit, sed condictionem, & vt Papinianus loquitur in *dict. §. Meuio*, reuocationem: quo nomine condictio significatur non vindicatio: quamuis non ignorem repetitionis nomine quod generalius est quàm reuocationis, etiam vindicationem interdum significari: repetit enim rem suam is quoque qui eam vindicat, sed nunquam datur vindicatio ei cuius facto & voluntate dominium semel in alium translatum est per traditionem, estque hoc casu omnino necessarius vsus condictionis: tametsi in portione quæ ex donatione causa mortis iure falcidiæ penes heredem manere debet, & quæ remanet ipso iure alind fit, vt vindicari eam oporteat non condici *arg. dict. §. si quis ex mortis iunct. d. leg. lineam* cùm in eo casu nullum heredis factum, nullaque traditio ab eo facta interuenerit. At solutis fideicommissis solidis omisso per errorem senatusconsulti Pegasiani beneficio, non sola illa portio repetitur quæ ex Pegasiano retineri potuit sed totum fideicommissum *d. l. heres* 21. *ad SC. Trebell.* quasi totum indebitum, vt & in *l. qui exceptionem* 40. *§. si pars domus infr. hoc tit.* quousque heres quartam sibi debitam ex eo retinuerit, cuius scilicet sola retentio ei permissa est, non etiam data vindicatio *d. §. sed quia.* Quomodo enim quartam ex fideicommisso retinere posset heres si fideicommissum ipsum integrum non haberet? non enim cùm ipso iure minuantur fideicommissa per Pegasianum, quomodo minuuntur legata per legem falcidiam *d. l. in quantitate* 74. *§. vlt. infr. ad leg. falcid.* itémque donationes causa mortis *d. §. si quis ex mortis & d. l. penult. C. ad l. falcid.* quoniam ad legatorum non ad fideicommissorum exemplum capiuntur *l. 2. supr. de Public. in rem act. l. Marcellus* 15. *l. illud* 37. *infr. de mort. caus. donat.* cur enim æquipararentur fideicommissis, cùm iuris vinculum aliquod per se habeant vt legata, fideicommissa verò nullum? quamuis de donationibus causa mortis non magis quàm de fideicommissis locuta esset lex duodecim tabularum, sed de legatis *l. verbis legis* 120. *de verb. signific.* Sed illa tamen hîc remanet hæsitatio, cur heredi permittatur repetitio solidi fideicommissi per facti errorem soluti. Si verum est quod superioribus consequens videtur, fideicommissa solida deberi naturaliter ob fidem datam testatori, in eóque differre à legatis, obligationem verò naturalem impedire soluti repetitionem, tum quoque cùm facti error interuenit. Sed dicendum est potiorem esse potestatem Senatusconsulti Pegasiani quàm obligationis huius, si qua est quæ ex fide per heredem data proficiscitur, quia nec liberum est heredi dare testatori fidem de soluendo integro fideicommisso etiamsi maximè ad hoc velit se obstringere ne senatusconsulti Pegasiani beneficio vtatur, cùm non minor sit potestas senatusconsulti Pegasiani quàm legis falcidiæ, licèt illa pleniùs & fauorabiliùs prospexerit heredi aduersus legatarios, quàm senatusconsultum aduersus fideicommissarios: vt proinde nulla heredis obligatio sit, ne quidem naturalis ad soluenda fideicommissa integra, non magis quàm vt soluat legata solida, nec si fidem expressam dederit, non testatori tantùm, sed ipsis etiam fideicommissariis *arg. d. leg. quod bonis* 15. *§.* 1. *ad leg. falcid. iunct. dict. leg. vlt. de suis & legit.* quia senatusconsulti authoritas huic obligationi resistit ab initio, & consequenter obligationem omnem impedit tam naturalem quàm ciuilem *dict. leg. non dubium* 5. *C. de legib.* in potestate igitur heredis manet, vt mortuo testatore vel plenam fidem quam ei dedit exhibeat, soluendo fideicommissa integra omisso scienter senatusconsulti beneficio, vel non exhibeat, si malit quartam ex senatusconsulto retinere, adeò vt nec ideò perfidus dici possit, quemadmodum iam sup. à diximus, cùm iure communi & beneficio Pegasiani vsus sit, nec executio iuris habeat iniuriam *leg. iniuriarum* 13. *§. infr. de iniur. leg. Gracchus* 4. *C. ad leg. Iul. de adult.* Quomodo tamen perfidus dicendus esset, si obligationem naturalem, & fidem iure gentium datam violaret? *dict. leg. cùm amplius* 184. *§. is natura debet de regul. iur.* id enim est quod Theophilus dicebat actiones iure ciuili non nisi contra perfidos comparatas esse. Atquin heres qui per errorem facti soluit integra fideicommissa, ex quibus falcidiam detracturus fuerat, si falcidiæ locum esse credidisset, nihil minùs agit quàm vt plenam fidem exhibeat testatori, aut beneficium senatusconsulti abiiciat, quia errantis nec voluntas vlla, nec consensus vllus est *leg. si per errorem* 15. *supr. de iurisd.* nihil ergo est propter quod denegari ei debeat condictio, & repetitio fideicommissi, non magis quàm repetitio portionis falcidiæ heredi, qui similiter per errorem facti legata integra soluit. Regula enim iuris est facti errorem & ignorantiam non nocere, ne maribus quidem siue in damnis siue in compendiis *d. l. error facti* 8. *& l. seq. in princip. infr. de iur. & fact. ignor. d. l. cùm quis* 10. *in fin. C. eod.* Iuris verò ignorantiam, vt ibidem scriptum est, nocere, aut potiùs, quod tamen aliquatenus diuersum est, non prodesse: quomodo Papinianus loquitur in *l. iuris ignorantia* 7. *infr. eod. ill. tit.* in quo tamen illa rursum incurrit dubitatio, cur error iuris impediat repetitionem portionis falcidiæ in legatis, & fideicommissi in solidum præstiti, cùm Papinianus dicat in *d. l. iuris & seq.* iuris ignorantiam nemini nocere in damnis amittendæ rei suæ & suum petentibus. An non enim damnũ patitur qui amittit quartam, quam siue ex legatis siue ex fideicõmissis deducere & retinere potuisset? Respondendum est meo iudicio, Heredi qui per errorẽ iuris integra legata vel fideicõmissa soluit, & subinde vult condicere, non tam iuris errorem nocere, quàm factũ propriũ & traditionẽ solutionémq; à se factã, nec proinde tam de eo quærendum esse, vtrum error iuris hoc casu noceat, quàm vtrum prodesse debeat ad inducendã repetitionem. Regula autem eáque perpetua & generalis est, iuris errorem & ignorantiam nemini vnquam prodesse quamuis nec semper noceat *d. l. iuris & seq.* Mirum igitur

igitur non est nullam ex eo iuris errore induci posse repetitionem, ad quam inducendam necesse esset iuris errorem non tantùm non nocere, sed etiam prodesse, nec enim certat de vitando damno amittendæ rei suæ is, qui fideicommissum solutum integrum, ideo vult repetere, ne quartam amittat, cùm amissa quarta non tam aliquod damnum rei suæ incurrisse, quàm occasionem acquirendi amisisse videatur *d. l. patrem 19. & l. debitorem 20. infr. quæ in fraud. credit.* cùm quarta fideicommissorum non pertineat ad heredem ipso iure, vt docuimus, sed tantùm ex Pegasiano ius habeat quartæ ex fideicõmisso quolibet si velit retinendæ. An ergo in falcidia legatorum aliud obtinebit? Ita certè videtur, nam cùm ipso iure remaneat penes heredem, tum quoque cùm legatũ iam viuo adhuc testatore penes legatarium fuit, ideóque vindicare eam heres possit *d. l. lineam*, vt & in donationibus causa mortis euenit *d. l. 1. §. si quis ex mortis D. quod legat. & d. l. pen. C. ad leg. falcid.* Negari non potest, quin de damno rei suæ amittendæ certet heres qui de falcidia legatorum condicenda disputat, nec proinde tam indiget vt iuris error ei prosit, quàm vt, quod minus est, ei non noceat, nec benè vllam legem aut iuris rationem esse puto, quæ huic nõ tam nostræ, quàm certissimæ Papiniani definitioni adversetur, quod enim scriptum est in *d. l. error. 9. C. ad leg falcid.* ad falcidiam fideicommissorum licet singularium pertinet non ad falcidiam legatorum, vt verba ipsa legis probant, sicut & quod in *l. regula 9. §. vlt. infr. de iur. & fact. ignor.* licèt prima verba §. quæ ex sequentibus interpretanda & restringenda sunt, generaliora esse, & ad omnem falcidiæ speciem pertinere videantur. Adeò autem verum est quod dicimus falcidiam legatorum heredi acquisitam esse ipso iure, vt dubitatum olim fuerit, an heres qui testatoris voluntatem vltro secutus spopondisset se legata integra soluturum ex ea promissione, quamuis post mortem testatoris facta obligaretur, in eamq; rem fuit necessaria Iustiniani constitutio in *d. l. vlt. Cod. ad leg. falcid.* quæ huiusmodi cautionem vult valere, reiecta legum veterum ambiguitate, scripserat enim Marcellus, de eo dubitari posse in *l. si patronus 20. §. 1. infr. de donat.* vbi tamen ad propositam ex Marcello dubitationem ita respondetur vt negare probabiliter nemo possit, quin tota illa responsio sit Triboniani respicientis ad Iustiniani constitutionem: est enim iisdem ferè verbis, certè eodem sensu cõcepta. Alia quæstio est quam Bartolus non omisit de legatis & fideicommissis in testamento minus solemni relictis, an saltem naturaliter debeantur, quod ille magis probat, quoniam soluta non repetuntur ex *l. fideicommissum 61. infr. hoc tit. l. 2. C de fideic.* dicemus ad *d l fideicommissum*, ne cum Bartolo si tam longos exaremus in hanc legem Commentarios, materias confundamus.

2. IDEM libro 16. ad Sabinum.

SI quis sic soluerit, vt, si apparuit esse indebitum, vel Falcidia emerserit, reddatur: repetitio locum habebit. negotium enim contractum est inter eos.

Ad l. 2. Si quis sic soluerit.

RAT. DVB. Quod quis sciens indebitum soluit hac mente, vt possit repetere, posteà tamen repetere non potest *l. quod quis 50. infr. hoc tit.* Ergo nec si soluerit hoc pacto expressim addito, vt si apparuisset posteà esse indebitum, vel falcidia emersisset, redderetur, repetitio locum habere poterit. Quid enim referre potest an ea mente solutio facta sit an eo pacto? Præsertim cùm condictio indebiti non tam ex contractu nascatur, quàm ex distractu, quia distrahendi potiùs, quàm contrahendi negotij animum habere videtur is qui soluit indebitum *l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action.* neque rursum ex pacto nudo potest nasci actio *l. iuris gentium 7. §. sed cùm nulla & seq. supr. de pact.* Ergo neque condictio siue indebiti siue alia vlla, præsertim cùm etiamsi interposita esset stipulatio, perimeretur vtique condictio, & sola ex stipulatu actio superesset *l. si fine 22. in princip. infr. rat. rem haber.* Quemadmodum & dicimus, cùm quis mutuam dat pecuniam, & sibi eam reddi stipulatur, nullam ex numeratione nasci actionem sed ex sola stipulatione *l. certi condictio 9. §. quoniam supr. de reb. credit. l. si ita 6. §. 1. & l. seq. infr. de nouat.* condictio namque indebiti cõparatur condictioni ex mutuo, & mutuo indebitum *§. is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig & d. l. 5. §. is quoque de oblig. & action.* non potest igitur hoc pactum facere vt eo magis condictio indebiti detur. DEC. Multùm interest an quis sciens soluat indebitum, quamuis ea mente eóque proposito, vt posteà repetat, an verò hoc expressim addito pacto vt si apparuerit esse indebitum, vel falcidia emerserit, reddatur, priore casu nudum soluentis propositum est, vt possit repetere, quod in mente retentum nihil operatur *l si maiores 25. C. de transact. l. si repetendi 7. C. de condict. ob caus. dator.* Posteriore autẽ casu pactũ est, & quidẽ non nudũ, sed traditione & solutione, cui cohæret vestitũ, quia negotiũ geritur, συνάλλαγμα trahitur inter soluentem & accipientem *d. l. iuris gẽtium §. 1. supr. de pact.* neque potest videri pactum nudum, quoties certa lege dari aliquid probatur *l. si dominus 8. in fin. infr. de præscr. verb. l. rebus 6. l. vlt. C. de rer. permut.* Cùmque pactum hoc nullam habeat stipulationem tametsi perinde efficax sit ad agendum atque stipulatio, non potest parere actionem ex stipulatu quæ nocet condictionem vt in *d. l. si fine, & d. l. si ita §. 1. & leg. seq.* condictio igitur hoc casu soluenti competet, si posteà apparuerit indebitum esse quod solutum fuit, aut falcidia emerserit, & quidem cõdictio indebiti, vt benè putat Bartolus, sicuti condictio ob causam dati causa non secuta locum haberet, si datum esset ob causam futuram, & conuentio interuenisset de repetendo si causa cessaret *l. 2. C. de condict. ob caus. dat. l. 1. C. de donat. quæ sub mod.* non quasi condictio indebiti possit nasci ex pacto quamuis non nudo (nascitur enim semper ex solutione & traditione rei indebitæ, cùm sit hæc obligatio ex earum genere, quæ re non consensu solo contrahuntur *d. §. is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig*) sed quia pactum hoc conseruat & retinet ius condictionis, quæ alioqui intercideret si quis indebitum sciens soluisset, quamuis ea mente vt posteà repeteret *d. l. quod quis.* Qui enim sic paciscitur satis ostẽdit se non soluere scienter indebitum, sed velle sibi prospicere aduersus periculum illud ne quando tale quid obiici ei possit, & ne quæstioni locus relinquatur, an per iuris an per facti errorem indebitum solutum sit, secundum ea quæ ad legem præ-

cedentem diximus. Quamuis si cum Accursio & Azone velit quis actionem præscriptis verbis hoc casu dare, vt id quod indebitè solutum est reddatur, is certè non errauerit. Competit enim illa actio quoties negotium aliquod gestum est, contractu tamen innominato & ex quo nasci actio quæ nomen proprium habeat, nulla potest *d. l. iuris gentium. §. 1. de pact. d. leg. si dominus. d. l. rebus & leg. vlt. C. de rer. permut.* neque nouum est vt actio præscriptis verbis concurrat cum condictione *l. naturalis 5. §. 1. & seq. infr. de præscript. verb.*

1 ¶ Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum, vel inofficiosum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur: vel si post multum temporis emerserit æs alienũ [a], vel codicilli diu celati, prolati sunt [b]: qui ademptionẽ continent legatorum solutorum, vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt: nam Diuus Hadrianus [c] circa inofficiosum, & falsum testamentum rescripsit, actionem dandam ei, secundùm quem de hæreditate iudicatum est.

Ad l. 1. §. Si quid.

RAT. DVB. Cùm de indebiti solutione & condictione quæritur, non aliud tempus inspici potest, quàm quo solutum est, quia eo tempore quasi contractum intelligitur, cùm obligatio indebiti re contrahatur, id est, solutione & traditione, vt proximè diximus ex *l. 5. §. is quoque de oblig. & act. & §. is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig.* nam & in contractibus omnibus generale est, vt tempus contractus inspici oporteat *l. Rutilia Polla 69. infr. de contr. empt. l. si voluntate 8. Cod. de rescind. vendit.* & vulgare nostrorum brocardicum est, qualitatem iunctam verbo intelligendam esse secundum tempus verbi ex *l. in delictis 4. §. si extraneus supr. de noxal. act.* cùm ergo dicit quis solutum à se indebitum, probare debet fuisse indebitum eo tempore quo soluit, atqui ponimus solutum fuisse ex testamento, quod non nisi posteà falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, ac proinde de cuius viribus solutionis tempore non dubitabatur, vt negari non possit quin bona fide & facta & accepta solutio sit, non ergo indebiti condictione teneri potest is cui solutum est, tantundémque debet ei prodesse bona fides, quantum veritas ex iuris regula in *l. bona fides 136. de regul. iur.* Nam quod ibi additur, *vbi lex impedimento non est*, ad hunc casum pertinere non videtur, cùm neque lex neque prætor prohibeat, quominus soluatur ex testamento, quod neque falsum adhuc, neque inofficiosum, neque irritum neque ruptum esse dicatur, dummodò adita sit ex eo hereditas quæ etiam ex testamento, quod falsum esse iam dicitur, adiri interdum potest *l. cùm falsum 46. infr. de acquir. hered.* Multo magis autem si testamentum in eo sit vt de inofficioso iamiam argui possit, quamuis heres institutus id sciat, quia nec inofficiosi querela proponi potest nisi post aditam ex testamento hereditatem *l. Papinianus 8. §. si condicioni supr. de inoff. testam. l. scimus 36. §. vlt. C. eod.* Idémque de testamento rupto vel irrito facto dici posse videtur, cùm neque rumpi vel irritum fieri testamentum neq. ruptum vel irritum factum pronunciari possit, nisi quod aliquando tenuit *l. nam etsi 5. & pass. infr. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* cur non ergo impunè solutionem accipere liceat ei cui etiam prætor actionem daturus sit ad extorquendam ab inuito quoque solutionem? Quomodo solemus dicere iniquum esse impunè non soluere eum quem prætor cogere possit ad solutionem *l. quod autem 6. §. apud Labeonem infr. quæ in fraud. credit.* Est enim multo faciliùs, vt possidenti qui iam solutionem accepit, detur ad impediendam condictionem retentio *l. 1. infr. de pignor. l. in hoc iudicium 14. §. 1 supr. commun. diuid. l. si in area 33. infr. hoc tit.* DEC. Ex eo testamento quod vel falsum, vel inofficiosum, vel ruptum, vel irritum ab initio, id est, ante aditam hereditatem fuisse ex postfacto apparuit, neque legatum, neque fideicommissum, neque æs alienum, neque aliud quicquam deberi potest, ac ne quidem libertates siuè directæ siue fideicommissariæ nisi à legitimis heredibus fuerint repetitæ *l. generaliter 24. §. ex testamento infr. de fideic. libert. l. 1. C. eod.* Nam falsum testamentum ipso iure nullum est, cùm nec testamentum sit, quia quod falsum est, nihil est. Inofficiosum verò licèt ab initio testamentum sit, adeóque validum ex quo adiri hereditatem non modò possibile sed etiam necessarium sit, vt inofficiosi querela nasci possit, postquàm tamen inofficiosum pronunciatum est, redit ad causam non testamenti, perindéque habetur acsi nec factum testamentum nec hereditas ex eo adita vnquam esset *l. eum qui 14. §. vlt. supr. de inoffic. testam.* Facit enim querela inofficiosi patremfamiliàs intestatum, adeóque quod mirabilius est, & contra iuris regulas, interdum pro parte testatum & pro parte intestatum *l. circa 24. eod. tit.* quia rescindit defuncti iudicia tanquam dementis hominis & insani *l. 2. l. Titia 13. eod.* Adeóque libertates nisi testamentum ex magna & iusta causa inofficiosum dici cœptum sit post quinquennium *d. l. Papinianus 8. §. vlt. & l. seq. eod.* ita vt is qui semel ex testamento heres fuit, æquè contra iuris regulam heres esse desinat *l. in substitutione 31. de vulg. & pupill. substit.* Testamentum verò quod irritum factum est per capitis diminutionem, quæ testatori post testamentum factum superuenerit, licèt ab initio valuerit cùm fiebat, desiit tamen valere viuo adhuc testatore, nec per legem confirmari proinde potest tempore mortis nisi testator ante mortem fuerit in pristinum statum restitutus, ideóque nec adiri ex eo hereditas potest *l. si alienum 49. §. 1. de hered. instit.* Quod autem ipso iure ruptum est siue viuo adhuc testatore, vt per aliud posterius testamentum ritè factum siue eo iam mortuo per natiuitatem fortè posthumi præteriti vt in *d. §. ex testamento l. 1. l. posthumus 12. & pass. de iniust. rupt. § posteriore Instit. quib. mod. testam. infirm.* licèt tum quoque valuerit, cùm fiebat itémque ipso etiam mortis tempore, in eum tamen statũ deducitur, vt nec valuisse vnquã existimetur, nec adiri ex eo hereditas possit, imò nec suus heres quisquam existere quandiu in eo statu est, vt rumpi quandoque possit licèt nondum ruptum sit *l. ventre præterito 84. de acquir. hered. l. si filius 16. de liber. & posthu.* quamuis sui heredes nulla indigeant aditione *l. in suis 11. eod. l. in suis 14. de suis & legit.* atqui neq. legata neque

neque fideicommissa neque libertates aliter ex testamento deberi possunt, quàm si ex eo adiri aut aliter acquiri possit hereditas, ita vt nec sufficiat adiri posse nisi adita sit *l. si nemo 9. infr. de testam. tutel. l. si nemo 181. de reg. iur. l. ea quam 14. C. de fideic.* Consequens igitur est, vt quod ex supradictis testamentis solutum est, sit indebitum, ideóque indebiti condictione repeti possit, non enim quod testamentum ex postfacto pronũciatur falsum, aut inofficiosum, aut iniustum, aut ruptum, facere potest. vt nõ iã fuerit tale antea & eo ipso tempore quo soluebatur. Euẽtus enim & pronũciatio declarat quale anteà testamẽtum fuerit, neq. nũc tale facit, nec mutat statum testamẽti nisi quatenus res etiam malè iudicata pro veritate habetur *l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* nec quod is cui ex aliquo eiusmodi testamento solutum est in bona fide fuerit, facere potest debitũ, quod reuera fuit indebitum, quia lex impedimento est, quę nec eiusmodi testamenta valere patitur, nec ex iis deberi quicquam posse, nec obligationes iustas contrahi dominiáque acquiri nisi certis & legitimis modis *l. obligationum ferè 44. §. placet de verb. oblig. & action.* inter quos non est bona fides si sit sola: plus dico, etiamsi authore ac mandante prætore solutio facta esset eo tempore, quo neque falsum adhuc neque inofficiosum, neque irritum, neq. ruptum esse testamentum dicebatur, saluam tamen ei qui soluit manere condictionem indebiti, quoniam ea quæ de nouo emergunt, nouo indigent auxilio *l. de ætate 11. §. ex causa supr. de interrog. in iur. fac.* nec res antè iudicata pro veritate haberi potest in eo de quo iudicatum non fuit, cùm neque ad officium iudicis pertineat futuri post sententiam temporis tractatus *l. 1. §. 1. in fin. de vsur.* Sed cui dabitur hæc legatorum repetitio? An bonæ fidei possessori qui soluit? An heredi qui hereditatem euicit? Vlpianus hîc non aperit, sed in fine legis subiicit actionem daneam ei secundum quem de hereditate iudicatum est. De quo posteà dicemus.

a *Vel si post multum temporis emerserit æs alienũ* RATIO DVB. Cùm semel adita est hereditas, nec redit ad causam non aditæ hereditatis (vt eos casus excludamus de quibus proximè diximus) omnis defuncti voluntas rata constituitur *l. si patroni 55. §. qui fideicõmissum infr. ad SC. Trebell.* ac proinde nõ minùs quod ad legata quàm quod ad æs alienum. Ergo quãuis post legata & fideicõmissa ex testamento soluta æs alienum emerserit, non eo magis condici legata & fideicommissa possunt, quæ & bona fide accepta sunt à legatariis & fideicommissarijs, & eo tempore quo adhuc latente ære alieno non poterat heres hoc prætextu recusare solutionem, præsertim verò si ponas non nisi post multum temporis æs alienũ emersisse, quomodo Vlpianus hîc ponit: quis enim erit huius periculi metuendi finis? aut quando parta legatariis & fideicõmissis securitas, si accepta iam solutione expectãdum habent? an post multa fortè lustra & annorum curricula emersurum sit æs alienum, quod plerunque per multos annos latet, priusquàm emergat & se exerat? An non absurdum & iniquum est rerum legatarum, aut fideicommissarum dominia tamdiu manere in incerto? *l. 1. infr. de vsucap.* nam & non valde dissimiliter videmus libertates conseruari, quæ in testamento inofficioso relictæ sunt, si post quinquennium testamentum inofficiosum dici cœptum sit *d. l. Papinianus 8. §. vlt. supr. de inoffic. testam.* quamuis non post multum temporis fieri dicatur id quod fit post quinquennium, sed id demum quod post decennium *l. si cùm fideicommissa 16. §. Aristo. infr. qui & à quib. manum.* Adde quòd heres adeundo hereditatem, non minùs cum legatariis & fideicommissariis contrahere, aut saltem quasi contrahere videtur, quàm cum creditoribus *l. 3. §. vltim. cum l. seq. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* quídni ergo tenebitur ex suo illo quasi contractu, tametsi æs alienum post multum temporis emerserit? Maximè autem si credas cum Bartolo legata & fideicommissa etiam in minùs solemni testamento relicta deberi naturaliter, vt dicebamus ad legem præcedentem: quanto magis enim & ciuiliter, & naturaliter debentur ea, quæ data sunt in solenni testamento? Quod si ita est, quídni naturalis illa & ciuilis obligatio impediet condictionem? DEC. Ex nullo testamento præstantur legata vltra vires patrimonij *l. in ratione 11. § quod vulgo ad fin. infr. ad leg. falcid.* nec heredem oportet plus legatorum nomine præstare, quàm ex hereditate bonísque defuncti ad eum peruenerit, quamuis cesset falcidia *l. 1. § si is qui l. ex facto 17. § non tantùm ad SC. Trebell. §. 1. vers. hoc solùm Instit. de singul. reb. per fideic. relict.* nec bene in hoc comparantur legatarij & fideicommissarij cum creditoribus. Etsi enim eadem lex duodecim tabularum est, quæ heredem & creditoribus & legatariis obligat *l. vlt. C. de hered. act.* aliter tamen his, aliter illis, nam creditoribus quidem obligat in solidum etiamsi bona defuncti non sufficiant, quia cùm heres personam defuncti repræsentet, ita vt eadẽ persona esse existimetur *Nouell. 48. de iureiur. à morient. præst. in princip. l. heres & hereditas 22. infr. de vsucap.* non potest heres solidum æs alienum non debere, quod defunctus solidum debuit, debétque sibi heres imputare cur ea lege adierit *l. si duo 38. infr. de acquir. hered. l. 1. C. si cert. pet. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* Vnde fit vt soluẽdo dicatur esse hereditas quæcunq. inuenit heredem *l. libertus 36. de bon. libert. l. qua dotis 33. solut. matr.* at legatariis non obligatur in solidum heres per legem duodecim tabularum, quia nec permisit ciui Romano ea lex testari de alieno sed tantùm de suo *l. verbis legis 120. de verb. signific. l. conficiuntur 8. § si post factum de iur. codicill.* id demùm autem ex bonis cuiusq. esse creditur, quod superest deducto omni ære alieno *l. mulier bona 72. de iur. dot. l. non possunt 11. de iur. fisc. l. subsignatum 39. § bona de verb. signific.* Et quamuis latiùs pateat hereditatis appellatio quàm bonorum, quia hereditas non dicitur deducto ære alieno, cùm habeat commoda & incommoda *l. si quis seruum 8. §. vlt. & l. seq. de legat. 2. l. 1. 2. & 3. de bonor. poss.* peruenisse tamen propriè etiam ex hereditate dicitur id demũ quod deductis oneribus superest *l. 2. § peruenisse vers. illud tenẽdũ de hered. vel act. vend. l. cogi 16. §. sed & si quis ad SC. Trebell.* Ac præterea licet testator ille sit qui legat, obligatio tamen legatorũ incipit ab herede *l. hereditariarũ 40. de oblig. & act.* at æris alieni obligatio incipit à defũcto, tũ quoq. quãdo agi eo nomine cũ defuncto nõ potuit, vt in exẽplis *l. hereditarium 7. de reb. author. iudic. possid.* Deniq. creditores certant de damno vitando, ob idque sunt fauorabiliores, legatarij verò de lucro captando, & ideo tanto minùs fauorabiles *l. vlt. § sin verò creditores C. de iur. delib. l. quod autem 6. § simili modo infr. quæ in fraud. credit.* adeò autem verum est non deberi legata supra vires hereditarias, vt quãuis hereditas quæ non erat soluendo, inuenerit emptorem eo precio, quod sufficere legatorum solutioni possit, non eo magis tamen legata pleniora præstanda sint, quia licèt persuaderi vix possit non

fuisse, eam hereditatem soluendo, quæ talem emptorem inuenerit, magis tamen ex stultitia emptoris eam pecuniā videtur habere heres quàm ex bonis defuncti, quemadmodum nec legatariorum detrimentum esset, si heres malè minúsque iusto precio res hereditarias vendidisset, vt eleganter Paulus noster ratiocinatur in *l.3. in princip. ad leg. falcid.* Cùm igitur ex quantitate æris alieni quandocumque emergentis appareat legata quæ soluta sunt fuisse ab initio indebita, iam tum quoque cùm soluebantur, ratio nulla est, quin per indebiti condictionem repeti possint. Imò verò ex huiusmodi causa potest minor restitui in integrum aduersus aditionem hereditatis: itemque maiores sed milites soli, nisi quibus speciali priuilegio, & citra exemplum id à Principe concessum est, vt Iustinianus scribit in *§. extraneis versic. sciendum est Instit. de hered. qualit. & differ.* Non idem hodie iuris est, si ponas aditā esse hereditatem purè ac sine beneficio legis & inuētarij, postquàm placuit Iustiniano, vt hic heres in pœnam neglecti beneficij teneatur legatariis in solidum non minùs quàm creditoribus, ita vt nec falcidiam ex legatis possit deducere etiam quæ non sit prohibita à testatore *d.l. vlt. §. penult. C. de iur. delib.* ante quam id proculdubio obtinebat, quod ex veteris iuris ratione suprà diximus, vt legatorum nomine supra facultates hereditarias, nūquam heres teneretur, tametsi hereditatem purè adiisset, quā nec adire olim aliter potuisset, nec existimandum est fieri hoc casu ex postfacto indebita legata, quæ anteà fuissent debita: sed ex postfacto apparet fuisse iam ab initio indebita siue post modicum siue post multum tēporis æs alienum emerserit: nō enim ratio vlla temporis haberi debet contra eum, cui culpa nulla imputari potest, quiq. sua diligētia temporis tarditatem præuenire, & anteuertere nō potuit. Aliáq. ratio est libertatum, de quibus in *d. l. Papinianus §. vlt.* quarum scilicet fauor euicit, vt si querela inofficiosi testamenti nō nisi post quinquennium perlata sit, quod rarò quidem, sed tamen aliquando ex magna & iustā causa fieri potest, libertates, quæ competierunt non reuocentur, quas tamen summa iuris ratio reuocatas esse volebat, facto patrefamilias per Centumuirale iudicium intestato. Quod autem diximus heredem adeuntem non minùs quasi contrahere cum legatariis quàm cum creditoribus, facere non potest vt eo magis debita fiant legata quæ ante aditionem & mortis tempore ex quo maximè æstimanda est quantitas patrimonij *l. in quantitate 74. in princip. ad leg. falcid.* indebita verè fuerunt. Nam & cùm heres speciali stipulatione se obstrinxit legatariis, non ideo tamen duriùs obligatur, quominus iisdem exceptionibus omnibus vti possit, quibus posset, si nulla stipulatio interuenisset *l. 1. §. si quis sub condicione infr. Vt legat. seu fideicomm. seruand. caus. caueat.* quod ergo contractus expressus facere non potest, nec quasi contractus faciet. Expressa enim illa stipulatio, quæ de legatis soluendis interponitur, licèt actionem ex testamento nouet *l. cùm filius 76. §. heres meus De leg. 2. l. si Stichum 8. §. 1. infr. de nouat.* actionis tamen ex testamento naturam induit, & vicem repræsentat *d. §. si quis sub condicione* quæ natura est omniū Prætoriarū cautionalium stipulationū *l. 1. §. cautionales. De prætor. stipulat.* De quibus vidēda sunt quæ scripsimus *li. 3. Coniect. c. 3.* Ex his verò intelligimus quā falsum sit quod putat Bartolus, legata etiā in minùs solemni testamento relicta deberi naturaliter, cùm nec ea naturaliter debeātur, quæ in testamento solemni relicta sunt, nisi quatenus per legem confirmantur, & defenduntur. Alioqui nec prætextu æris alieni postea emergentia condici possent, tanquam & naturaliter & ciuiliter debita.

b *Vel Codicilli diu celati prolati sunt.* RAT. DUB. Codicilli per aliquantulum siue per multum temporis suppressi, celatique facere non possunt, quin verum sit testamento relicta solemniter & vtiliter fuisse legata quæ in iis codicillis vel in totum adempta sunt, vel diminuta siue per diminutionem legatæ quantitatis siue per hoc quod aliis quoque legata relicta sint. Ergo non eo magis dici possunt indebita ex testamento, quamuis non sint debita ex codicillis. Nō enim minùs solemnem voluntatem tam curare debemus, quàm eam quæ solemnis fuit, nec proinde codicillos qui solemnitatem & obseruationem iuris nullam desiderant anteponere testamento, quod tot solemnitatibus constat & constituitur, maximè cùm habeat iuris regula, debere vnū quodque dissolui eo modo, quo colligatum est, nec leuiori solēnitate *vulg. l. nihil tā naturale 35. de reg. iur. leg. prout 80. de solut.* ac proinde testamentum tolli testamento posteriore perfecto & æquè solemni, non codicillis, *§. posteriore Instit. quib. mod. testam. infirm.* DEC. Codicilli testamentarij siue ante siue post testamentum facti testamento confirmantur, & veluti quædā testamēti pars cēsētur. Ita vt quicquid in eiusmodi codicillis scriptū est, perinde habendū sit, ac si in testamēto scriptū esset, idq. iure singulari codicillorum, vt Iulianus loquitur *in l. 2. §. codicillorum infr. De iur. codicill. l. pen. Testam. quemadm. aper.* Vnde fit, vt quamuis neque legata neque libertates in codicillis dari possint neque tutelæ, & alia si qua sunt quæ per modū legis relinqui verbis directis necesse est, nēpe si codicilli ab intestato facti sint *l. illud 13. §. 1. De iur. codicill.* aliud tamen iuris sit factis ex testamento codicillis *l. vlt. eod. tit.* Ergo & per huiusmodi codicillos adimi possūt ea quoque legata, quæ in priore scriptura testamēti relicta sunt, ac si posteriore aliqua parte eiusdem testamenti adempta essent. Voluntas enim nouissima in legatis, vt in omnibus aliis vltimis voluntatibus attenditur, *l. si mihi 12. § vltim. De legat. 1. l. si quis in princ. 22. De legat. 3.* Quod si adimi codicillis in totum possunt, quidni multò magis minui? vt Vlpianus arguit *in l. iuris gentium. 7. §. adeò supr. De pact.* siue per delibationem aliquam datæ quantitatis ea diminutio facta sit, siue per aliorum adiectionem legatariorum, per quam fiat, vt legi Falcidiæ locus esse incipiat, cui alioquin nullus fuisset. Neque ideò tamen testamentum per codicillos tolli aut infringi existimandum est. Tota enim vis testamēti pēdet ex heredis institutione, quę idcircò in codicillis etiam testamēto confirmatis fieri nunquam potest, ne per codicillos, qui ex testamēto valerēt ipsum testamētum quod vires ex institutione accipit confirmari videretur, inquit Papinianus *in l. quod per manus 10. D. de iure codicill.* Proinde quādiu durat institutio, tādiu etiam testamentum subsistit, licèt legata omnia vel adimantur vel immutentur. Illud sanè verum est difficiliùs adimi legata, quàm fideicommissa, quia licèt omnia nuda volūtatis mutatione tolli possint, nulla quoque scriptura ne quidem codicillorum interueniente, necessaria tamen est heredi exceptio doli contra legatarios, quæ non est necessaria aduersus fideicommissarios *l. 3. §. vlt. in d. l. sequ. infr. De adim. legat.* nempe quia legata vinculum iuris habent, cùm per legis modum verbis directis & imperatiuis relinquantur, non etiam fideicommissa; quæ

quæ verbis tantùm precariis aut precatiuis, vt loquitur Vlpianus *in Fragment. Tit. Delegat.* Sed aliud est de iis legatis loqui, quæ nuda voluntate adempta sint, aliud verò de iis quæ per posteriores codicillos testamento confirmatos. Hæc enim ipso iure adempta sunt, ita vt neque legatariis danda sit actio, neque heredi exceptio doli desideranda. Ergo si ex codicillis diu celatis prolatísque tandem appareat legata quæ testamento relicta fuerant, aut in totum adempta esse aut ex parte imminuta siue per testatorem, siue per potestatem legis Falcidiæ ob nouorum legatariorum accessionem inducẽdæ, fatendum est apparere ex postfacto, fuisse iam inde ab initio & ipso mortis tempore indebita legata quæ ex testamento soluta sunt, quatenus per codicillos adempta inueniuntur, & consequenter posse repeti per condictionem indebiti, tanquam soluta probabilissimo errore facti, cùm heres diuinare nec potuerit nec debuerit ea, quæ in codicillis tamdiu celatis continebantur *l.3.§. cùm transactio l.non est ferendus 12.vers. si tamen supr. de transact. l. Lucius 76.§ vlt. ad Senatusconsultum Trebellianum.* nisi vel ille ipse fuerit, qui celauit vel celantib. dolo malo consenserit. Atqui, inquies, præ exte instrumentorũ postea repertorũ neque transactio neque sententia retractatur. *l. sub prætextu instrumenti 19. C. de transact. l. sub specie 4. C. de reiudic.* Cur potiùs ergo solutio legatorum? Sed respondendum est, in legatis solutis ita obtinere, ne alioqui cõtra voluntatem fiat, quod ex voluntate proficiscitur *l. verbis ciuilibus 7. De vulg. & pupill. substitut. l. facta 63. §. si sub condicione l. debitor 59 in fine principij ad S.C. Trebell. l. vlt. in fi. C. de reb. cred. & iureiur.* nec solutionem simplicem pro transactione accipiendã esse vtait *l. vlt. C. hoc tit.* quid ergo si dolo malo & fallaci persuasione legatarij heres solida legata soluerit, cùm legi Falcidiæ locus esset, nec cauerit sibi per stipulationem *ex tit si cui plusquam per leg Falcid.* videtur eâdem fallaciâ qua abiecit auxilium Prætoris, abiecisse etiam spem & auxilium condictionis. Et ideò necessaria ei est actio de dolo, *l. si legatarius 24. supr. de dolo.* vbi vide quæ scripsimus, quamuis putet Bartolus actionem de dolo cum indebiti condictione tanquam generaliori posse concurrere, cùm legatarij dolus intercessit.

c *Nam diuus Hadrianus.* RAT. DVB. Eius est condicere qui dedit, & eius repetere qui soluit, vt nomen ipsum repetitionis significare videtur, sicut & illi ipsi condicendum est qui solutionem accepit non etiam ei cui solutio proficit *l. his solis 49. infr. hoc tit.* Atqui heres qui adierat ex testamento quod postea falsum vel inofficiosum pronunciatum est, ille fuit qui ea legata soluit ex illo testamento cùm illud neque falsum neque inofficiosum esse crederet. Ipsi ergo dari debet condictio non illi secundùm quem de hereditate iudicatum est. DEC. Condictio indebiti naturalis est, id est naturalem habet æquitatem, vt & cæteræ condictiones omnes *l. indebiti 15. l. hæc condictio 66. infr. hoc tit.* ne scilicet alioquin eueniat contra naturalem æquitatem, vt is qui aliquid indebitum accepit, ex aliena iactura locupletetur *l. nam hoc natura 14. eod. l. iure naturæ 206. De regul. iur.* Illi ergo danda condictio est, qui alioquin damnum pateretur, non qui aliter indemnitatem consequi possit. Atqui damnum legatorum perperam & indebitè solutorum non ad bonæ fidei possessorem pertinere potest, qui soluit, sed ad eum solum pro quo iudicatum est, quia bonæ fidei possessor qui bona fide soluit ante motam de testamento controuersiam [alioqui sciens indebitum soluisse videretur *l. eum qui 21. §. 1. supr. De inoffic. testament.*] retinere potest ex hereditate quantum legatorum nomine persoluit, nec ad aliud vrgeri potest, quàm vt directa condictione cedat, quæ ipsi aduersus eos quib. solutũ est competit *l. quòd si possessor. 17. iunct. §. vlt. legis praeced. supr. De hered. petit.* Nempe si de suo soluerit, vt ea lex ait. Nam si de rebus hereditariis sufficit ei quod ex Senatusconsulto conueniri non possit, supra quam locupletior ex hereditate factus est, *l. sed etsi 25. §. consuluit eod.* Non potest autem videri factus locupletior ex solutione legatorum, quæ ad veri heredis onus pertinebant. Verus autem heres cùm ea ratione indemnitatem consequi nequeat, à bonę fidei possessore moraretur vtique in damno, cùm hereditatem tantò minorem à bonæ fidei possessore consecutus sit, nisi ei per condictionem succurreretur, aut directam, quæ ab ipso possessore cessa sit (quidni enim cogendus est cedere, cùm nullo suo vel incommodo vel dispendio id facere possit, *l. in creditore 38 infr. De euict.* ?) aut vtilem ex propria persona, si malit, quod & ipsi commodius est. Directam enim habere ex suo capite proculdubio non potest, cùm non ipse soluerit, ob eamque causam necessarium fuit rescriptum Hadriani in hac specie, vt & Imperatoris Titi Antonini in specie *l. sequ.* ad dandam vero heredi vtilem condictionem, vt Papinianus subiicit *in d. l. seq.* & Paulus *in l. militis 36. §. miles in supremis inf. De testa. milit.* & Vlpianus *in d. l. Papinianus § pen. de inoffic. testamen.* in illis verbis *& hac vtili actione repetuntur.* Scilicet quæ repetuntur ab eo qui obtinuit, non ab eo qui soluit, vt præcedentia demonstrant. Et quod ibidem sequitur, si ante motam controuersiam legata soluta sint ferè, id est frequentiùs eum repetere qui obtinuit, non eum qui soluit: quia scilicet soluta videri debent hoc casu bona fide, tantóque dignior ille qui soluit, vt per retentionem liceat ei sibi consulere potiùs quàm per actionem. Nec pugnat quod scriptum est *in d. l. quod si possessor* dandam esse bonæ fidei repetitionem. Id enim de repetitione intelligi debet quæ aduersus heredem verum ei detur non de condictione aduersus legatarios, latiùs quippe patet repetitionis nomen quàm condictionis, vt diximus. Ergo aliud est, si post motam controuersiam soluta sint, quia imputari hoc casu possit bonæ fidei possessori, cur non meliùs sibi cauerit interposita stipulatione, *Euicta hereditate legata restitui* nec iam bonæ fidei possessor manet, cui Senatusconsulto subuentum est, vt diximus, ne suprà quàm locupletior factus est, conueniri possit: sed tamen contrà scriptũ videtur in *d. l. quòd si possessor 17. de hered. petit.* omni casu condictionem ei dandã pro quo iudicatum est, non ei qui soluit, quasi fauẽdum ei sit, qui saltem inspecto initio bona fide hereditatem possederit, nisi dicamus, quod ex Caio ita scriptum est in *d. l. quòd si possessor,* ab illis verbis, *sed cùm cessante,* vsque ad finem legis Tribonianeam æquitatem sapere potiùs, quàm Papinianeam, cùm ex prudentum omnium sententia, bonæ fidei possessor hereditatis, non solùm post litem contestatam, sed etiã post motã controuersiã fiat prædo *d. l. sed etsi § si ante l. si quid possessor 31. §. sicut eod. tit.* ideóq. ex illo tẽpore indignus planè sit, cui siue ex verbis, siue vt Tribonianus mauult, ex sententia Senatusconsulti subueniatur, quod Vlpianus vt puto significare voluit in *d. l. Papinianus §. pen.* postremis illis verbis *ferè autem si ante controuersiam motam soluta sunt,* quibus

nuit repetet. vt intelligamus, si post motam controuersiam soluta sint, dandam esse repetitionem ei potiùs qui soluit, cùm eo casu omnimodo teneatur vt indemnem præstare debeat petitorem, quia nec dolo carere videtur is qui iam mota controuersia hereditatis legata dat sine cautionibus *l. dolo 41. infr. ad leg. falcid.* Hoc verò cùm tam certi iuris sit vt vix credi possit fuisse à Triboniano ignoratum, malo hunc errorem Triboniani ad illud referre, quod postrema illa Caij verba, *dandam ei esse repetitionem*, quæ nos interpretati sumus de danda possessori repetitione contra heredem, videtur intellexisse de danda ei repetitione & condictione legatorum aduersus legatarios etiam illo casu, quo soluerit bona fide ante motam sibi de hereditate controuersiam, quod certè à Caij sensu alienum est, & à bonæ fidei possessoris vtilitate, nisi tam stultus sit, vt actionem eligere malit quàm retentionem. Cùm igitur solutio bona fide facta est, repetitio danda est ei qui non soluit: nec enim hoc nouũ est *l. nec nouũ 5. in fr. hoc tit.* Obserua tamen non esse hodie locum huic quæstioni, de repetitione legatorum ex eo testamento solutorum, quod posteà inofficiosum pronunciatum est, postquã placuit Iustiniano, vt ex causa siue præteritionis, siue exheredationis rupto vel irrito facto testamento solæ institutiones corruant, legata autem & cætera omnia salua remaneant *Auth. ex causa C. de liber. præter.* vt monuimus *ad d. l. Papinianus §. pen.* Idem ergo adnotandum est ad speciem *l. seq.* quę est de legatis solutis ex testamento, quod agnatione posthumi ruptum fuit, si cum interpretibus nostris eam Iustiniani constitutionem tam generaliter intelligas, vt paternam quoque prætentionem comprehendat, quod tamen probabile mihi numquam visum, & plerisque operum nostrorum locis improbatum est.

3. PAPINIANVS libro 28. Quæstionum.

IDem est, & si, solutis legatis, noua & inopinata causa hæreditatem abstulit: veluti nato posthumo, quem hæres in vtero fuisse ignorabat: vel etiam ab hostibus reuerso filio, quem pater obiisse falsò præsumpserat. nam vtiles actiones posthumo, vel filio, qui hereditatem euicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperũt, Imperator Titus Antoninus rescripsit, scilicet quòd bonæ fidei possessor, in quantum locupletior factus est, teneatur, nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa soluit, pertinebit.

Ad l. Idem est, & si, solutis 3.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad initiũ §. 1. *legis præcedentis*, vbi non tantùm de falso & inofficioso, & irrito facto testaméto dictum est, sed etiã de rupto: adferuntur enim hîc duo exempla rupti testamenti, ex quo soluta fuerint legata ab herede scripto, qui bona fide hereditatem adierit, existimãs eam ad se pertinere: primũ est, si natus sit post aditionẽ & legatorũ solutionẽ posthumus, qui testamento paterno fuerat præteritus, & quem heres in vtero fuisse aditionis tẽpore ignorabat. Hoc enim addit Papinianus, & addere debuit, quia si heres sciuisset ventrẽ plenũ, quem præteritũ esse non poterat ignorare, vtiq. nõ nisi mala fide hereditatẽ ex eo testaméto adire potuisset, cũ ex eo testaméto, quod per agnationẽ posthumi rumpi potest, nõ possit interim deferri hereditas *l. vẽtre 84. de acquir. hered.* an autem pater ipse sciuerit, an ignorauerit plenũ vẽtrem fuisse eo tempore quo testabatur, nihil refert hac parte, id est, quod pertinet ad constituendũ heredẽ in bona fide, vt nõ ipsi condictionis necessitas imponatur, sed imputãdi & retinendi ex hereditate facultas ei detur concessis ipsi posthumo vtilibus actionib. ad repetitionem legatorũ, quæ rupto per agnationẽ posthumi testamento apparẽt ex postfacto fuisse iã ab initio indebita, ideóque cõdici posse. Alterũ exẽplũ est, si ab hostib. reuersus sit, post aditam ab instituto hereditatẽ filius, quẽ pater obiisse falsò præsũpserat, ideóq. præterierat: nã & hic quoque filius quandocunq. reuersus, inueniens se à patre præteritũ licèt non faciat testamẽtũ nullũ, quia eo tẽpore cõditi testamenti erat seruus hostiũ, qui proinde institui tãquã suus heres nec potuerat nec debuerat, rumpit tamẽ quasi agnatione propter fictionem postliminij, quæ efficit, vt in ciuitate & patris potestate mãsisse semper videatur *§. si ab hostibus Instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit. l. Gallus 29. §. quid si qui filiũ & seq. infr. de liber. & posthum. l. si quis filio 6. §. 1. de iniust. rupt. l. pen. de suis & legit.* ita fit, vt noua & inopinata causa hereditatẽ auferat heredi instituto, quẽ credibile est eodẽ testatoris errore mortuũ putasse illũ qui apud hostes viuebat, & ita hereditatẽ bona fide possedisse. Ea res facit, vt cùm ex Senatuscõsulto, quod de hereditatũ petitionib. factũ est, ei subueniendum sit, ne suprà quã locupletior factus est, teneatur *l. sed etsi 25. §. cõsuluit & pass. supr. de hered. petit.* ideóq. possit legata hæc quæ ante motã cõtrouersiã soluit, quamuis indebita, heredi vero imputare *l. quòd si poss. ssor 17. supr. de petit. hered.* dandæ sint vtiles actiones posthumo vel reuerso filio, qui hereditatẽ euicit in eos qui legata perceperunt. Atq. ita Diuus Antoninus Pius rescripsit, vt & Hadrianus in specie legis præcedẽtis, vbi totũ hoc fusiùs explicauimus, & monuimus nõ esse correctã huius legis sententiã per *Nouellã Iustiniani cõstitutionẽ* 115. *Vt cùm de appellat. cognosc. §. aliud quoq. capitulũ, vnde sumpta est Auth. ex causa C. de liber. pr. ter.* Quid ergo si legatarij qui legata perceperũt, reperiãtur nõ soluẽdo eo tẽpore, quo à filio cõueniũtur? An ad filium cui nihil imputari potest, periculũ pertinebit? an potiùs ad bonæ fidei possessorem qui soluit, nec sibi cauit interposita stipulatione, *Euicta hereditate legata restitui.* Ad filiũ, inquit Papinianus, nõ ad bonæ fidei possessorẽ qui sine culpa soluit, id est, cui nulla culpa imputari potest, ne quidẽ illa cur nõ sibi cauerit per supradictã stipulationẽ, cùm nulla dum ei controuersia hereditatis mota esset: alioqui certè eũ exinde malæ fidei possessor & prædo factus sit, nõ videtur dolo carere, si legatariis nulla interposita stipulatione legata soluerit, vt proximè diximus ex *l. dolo 41. ad leg. falcid. l. si quid possessor 31. §. sicut supr. de petit. hered.* vt ad legẽ proximã scripsimus, contrà quàm sub Caij nomine à Triboniano scriptum sit in *l. quòd si possessor 17. eod. ill. tit.* nisi malis Tribonianũ in eo potiùs errasse, quòd Caij sensum nõ benè perceperit, quã quòd ei qui post motam controuersiã iã factus prædo legata soluit, fauere voluerit contra tam apertem iuris rationem, vt ad *l. prox.* interpretata sumus.

mus. Atqui, inquies, nec imputari filio quicquã potest, nisi fortè illud posthumo cur natus sit, aut reuerso ab hostib. cur reuersus sit. Fateor, sed ęquius illud est, vt nõ moretur bonæ fidei possessor in dãno, quàm vt arceatur filius ab hoc incommodo, ne ad minus opulentam patris veniat hereditatem, denique in pari causa, sicuti melior esse deberet condicio possessoris, ita cùm neuter possessor est, debet esse deterior condicio petitoris: condemnari enim nemo debet, quin aliqua aduersus eum subsit causa condemnationis, quamuis nec aduersus actorem quiquam sit, propter quod non debeat obtinere. Reo sufficit alterutrum probare, aut actorem non posse obtinere, aut se non debere condemnari, at actori vtrumque probandum est, & obtinere se debere, & reum condemnari oportere.

4. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

IDem Diuus Hadrianus rescripsit, & si aliud testamentum proferatur.

Ad l. Idem Diuus Hadrianus 4.

Eadem quoq; ad hanc legem dubitãdi & decidẽdi ratio est, quæ ad præcedentes. Nihil enim hæc lex continet, nisi aliud exemplum rupti testamenti per aliud posterius ritè factum, ex quo adiri possit hereditas, licèt nec adita sit *§. posteriore Inst. quib. mod. testam. infirm.* Ergo si heres priore testamento institutus, cùm posterius ignoraret, hereditatem bona fide adierit, & priore testamento relicta legata soluerit, ante motam sibi de hereditate controuersiam danda erit legatorum condictio vtilis, aut heredi scripto in posteriore si ex eo hereditatem adierit, & euicerit, aut legitimo successori intestati, si is hereditatem obtineat, siue quò d heres scriptus in posteriore noluerit, aut aliqua de causa impeditus sit adire, quamuis testamentum valeret *d. §. posteriore*, siue quòd institutus ipse fuerit in posteriore testamento minus solemni, quo casu fauore legitimę successionis prius testamentum æquè per posterius rumpitur *l. 2. De iniust. rupt. & irrit. fact. testam. l. si duobus 12. §. si prius De bonor. poss. contr. tab. l. hac consultissima 21. §. vlt. C. qui testam. facer. poss.* Proinde si legatarii interim facti sint, non soluendo, periculum ad eum qui hereditatem euicit, non ad bonæ fidei possessorem, qui legata soluit, pertinebit, secundum ea quæ ad præcedentes leges scripsimus.

5. VLPIANVS libro 16. ad Sabinum.

NEc nouum est, vt, quod alius soluerit, alius repetat. Nam & cùm minor[a] viginti quinque annis, inconsultè adita hæreditate, solutis legatis, in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, ab Arrio Titiano rescriptum est.

Ad l. Nec nouum 5.

RAT. DVB. & DEC. ad hanc legem eadem est, quæ ad *versic. Nam Diuus Hadrianus l. 2. in fin. supr. eod.* vbi ostendimus, cùm alius soluit, alius verò repetit, condictionem illam quæ datur ei qui non soluit, vtilem esse, non directam, ei verò qui soluit directã semper competere, si ea malit experiri, quàm cedere illi qui euicit hereditatem: aut si malit heredi tãtum reddere, quantum erogauit ex hereditate ad solutionem legatorum: quod tamen si fecerit vtiq; stultus fuerit, cùm sit longè cõmodius retinere quã agere, & non soluere, quàm solutum repetere siue ab eodem siue ab alio *l. 3. infr. De compensat. l. si stipulatus 15. in princip. infr. De fideiuss.* nec tantùm iis casibus, de quibus hucusque diximus, hoc euenit, vt alius soluat, alius repetat, sed aliis etiam plerisque, quos hîc Accursius congerit ex *l. prox. l. dominus 53. l. tutores 61. infr hoc tit. l. cùm fundus 31. §. 1. supr. De reb. cred. l. vlt. §. si verò C. de iur. delib.* Sed casus illi omnes dissimiles sunt, in quibus scilicet ei qui non soluit actio competit soli, & directa, ei verò qui soluit, nulla: at in casibus de quibus hucusque diximus, a tnõ in alio quem Vlpianus hîc addit de minore, qui inconsultè adita hereditate solutisque legatis in integrum restitutus est, competit ei quoque qui soluit condictio indebiti & quidẽ directa, ei verò qui non soluit, tantùm vtilis, quò etiam pertinet, quod scriptum est in *l. quòd si possessor 17. supr. De hered. petit.* de cuius sensu & Triboniani errore in illa Caij sententia interpretanda scripsimus *ad l. 2. §. vlt. supr.*

a *Nam & cùm minor.* Hic versiculus nullam planè habet difficultatem, si cum Accursio eum intelligas de legatis indebitis, quæ minor 25. ann soluerit, post aditam hereditatem, & antequàm restitutus esset in integrum ad eam repudiandam. Quis enim dubitarẽ possit, quin solutis legatis indebitis, cõpetat indebiti condictio pro eorum repetitione? Aut quis eam condictionẽ daturus sit minori ipsi, qui legata soluit ex hereditate, quam postmodum repudiauerit? Planè si ponas eum soluisse de suo, magis est, vt quod indebitum soluit, imputare heredi non possit *l. item veniunt 20. aliàs l. si possessor §. sed si vendidit suprà. De hered. petit.* & ideo danda ei condictio est; nõ heredi: cùm ipse minor, qui solutis legatis restitutus est in integrum, ad se abstinendum, ipse sibi cõtrouersiam hereditatis fecerit, sibiq; vt ita dicam hereditatem euicerit, quam haberet hodie, si restitutionem non impetrasset, sibi ergo imputet, qui se in ea causa constituit *l si iudex 41. supr. De minor.* at cũ soluit, ille ex hereditate nihil habet, quod repetat à legatariis, cùm nihil ei absit: is verò ad quem bona per restitutionem in integrum perueniunt, condictionem solus habere debet, tanquam cuius filius interit, & quidem aduersus legatarios qui indebita legata perceperunt: aduersus minorẽ verò qui soluit, nullam, cùm restitutio in integrum plenissimã ipsi indemnitatẽ, non damnũ aliquod nouũ adferre debuerit. In dãno autẽ moraretur, si post impetratã restitutionẽ, & repudiatã hereditatẽ teneretur possessori bonorũ legata reddere, quæ eâdem iuuenili leuitate, & inconsulta facilitate indebita soluisset. sed malo ego locũ hunc intelligere de legatis solutis, quę debita fuerint ex eo ipso testamento, ex quo minor adierat hereditatẽ, quã postea per restitutionẽ in integrũ omisit. Qui casus longè maiorẽ habet dubitandi rationẽ, illã nimirum, quòd negari non possit, quin hæc legata verè debita fuerint, & quidẽ eo tempore quo soluebantur, cũ testamento solẽni & valido relicta essent. Quanam ergo ratione per condictionẽ indebiti repetentur? Præterea cũ heres, qui semel heres per aditionẽ factus fuit, etiamsi posteà per restitutionẽ in integrũ admittatur ad omittendã hereditatem, non eo minùs heres maneat *l. aut Prætor 7. §. sed quod Papin. supr. De min* propter regulã iuris, quę extra certos casus, in quib hic nõ est,

nomine patitur, vt semel heres desinat heres esse *l. ei qui soluendo 58. de hered. instit. l. ex facto 43. §. vlt. iunct. l. in substitutione 31. de vulg. & pupill. substit.* nam si ei testamentum, & ex eo heres manet, qui non tantùm solutioni legatorum obstrictus semel fuit, sed etiam legata soluit, quomodo fieri obsecro potest, vt fiant indebita, & intercidant? Hinc nimirum cogitur Bartolus dicere, hereditatis aditione, quæ iure prætorio non teneat, vt puta rescissa per restitutionem in integrum, licèt adhuc de iure ciuili non teneat, legata non confirmari, eáque nullomodo deberi, & in eam rem textum hunc ait esse multùm notabilem: & pro simili allegat, legata non confirmari regulariter per nudam sui heredis existentiam ex *l. 1. §. vltim. infr. vt in possess. legat.* excepto legato libertatis *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideicom. libert. l. sciendum est 31. de manum. testam.* & vniuersali fideicommisso hereditatis *l. ita tamen 27. §. si pater ad SC. Trebell.* Fatetur tamen nuda sui heredis existentia confirmari tabulas pupillares ex *l. si filius 12. de vulg. & pupill. substit. l. Iulianus 42. alias l. si pupillus de acquiren. hered. l. paterfamilias 28. de rebus author. iudic. possid. aliàs l. 13. de priuileg. credit.* Quæ tamen omnia pace Bartoli dixerim, sunt ridicula. Primum enim constat in specie huius legis aditionem hereditatis ab initio tenuisse, non tantùm ciuili iure, sed etiam prætorio, cùm testamentum ex quo erat adita hereditas, non minus iure prætorio teneret, quàm ciuili. Neque verò vllum casum pro Bartolo reperire meo iudicio facilè quisquam possit, in quo hereditatis aditio, quæ ab initio tenet iure ciuili, non teneat etiam ab initio iure prætorio, quamuis è contrario multi casus sint, in quibus testamentum quod iure ciuili non valet, prætorio iure defenditur, vt in specie *l. posthumus 12. l. filio præterito 17. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. l. qui ex liberis 11. §. testamento de bonor. possessor. secundum tabulas.* Nihil enim aliud exigit prætor ad dandam bonorum possessionem secundum tabulas interdum sine re, interdum etiam cum re futuram nisi vt septem testium signis signatę sint, & testator habuerit factionem testamenti vtroque tempore, & testamenti & mortis *l. 1. §. exigit & seqq. eod. tit. l. Paulus notat. 8. de prætor stipulat. l. inter omnes 12. Qui satisd. cogant.* Sed non ideo tamen benè quis dixerit, aditionem hereditatis tenere de iure prætorio, cùm aditio sit modus acquirendæ iure ciuili, non iure prætorio hereditatis, quia heredem facere prætor non potuit, non magis quàm legem, sed tantùm bonorum possessorem *§. quos autem Instit. de bonor. poss.* neque rursum hereditatem deferre, sed duntaxat bonorum possessionem, licet bonorum possessores omnes sint loco heredum *l. 1. 2. & 3. de bonor. poss.* Fateor per restitutionem integram peti tam à minore ad repudiandam hereditatem quam inconsulto adierat, rescindi à prętore aditionem, id est perinde haberi apud prętorem, acsi facta non esset: sed cùm prętor hereditatis nomen adimere non magis possit, quàm dare, non potest ea restitutio facere, vt aditio non teneat iure ciuili, neque vt heres non maneat, qui semel fuit, nec proinde, vt legata eo testamento relicta non maneant debita ipso iure, sicut euenit, cùm suus heres se abstinet bonis patris *l. necessariis 57. de acquir. hered.* Generaliter enim & perpetuò verum est, non esse sine herede illum qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem *d. l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. libert.* siue suo iure se abstineat, vt suus heres *l. impuberibus 11. & seq. de acquir. hered.* siue petita in integrum restitutione, vt in hac lege, & *dict. §. sed quod Papinianus l. etsi ex modica 6. § si filius & seq. de bon. libert. l. 1. §. si quis adita infr. ad SC. Tertyll.* Et quamuis Vlpian. in *d. §. sed etsi suus* loquatur de libertatibus, sicut & in *dict. l. sciendum*, libertates autem siue directæ siue fideicommissariæ soleant esse fauorabiliores: Ratio tamen, qua mouetur, generalis est, & petita ex ratione mera iuris non ex fauore vllo libertatis, neque rursum ponit Vlpianus in *dict. §. sed etsi suus* subuentum esse directis libertatibus, quæ auxilio certè nullo indigent, vt constat ex *dict. l. sciendum*, sed fideicommissariis, quia parum est, debitas eas esse, si nemo sit à quo præstari possint. Quod in directis diuersum est, quæ ipso iure competunt, & dantur quidem à testatore, sed ita tamen, vt à nemine præstentur. Quomodo igitur, inquies, per condictionem indebiti possunt condici legata per eum, ad quem bona pertinent, si non facta sunt per in integrum restitutionem indebita? Hoc enim est quod torsit Bartolum, & ex quo euoluere se non potuit. Sed dicendum est, quæ ratio fuit decidendi legata in eo testamento relicta, ex quo hereditatem minor adierat, & ab eo ante petitam restitutionem soluta, ipso quidem iure manere debita, sed tamen haberi pro indebitis, quod attinet ad prætorem, cuius solius est actiones etiam ipso iure competentes vel concedere, vel denegare, quia nunquam ille dabit restitutionem in integrum legatariis, at neque creditoribus contra eum quem non habeat pro herede, siue beneficio abstentionis, siue auxilio in integrum restitutionis *dict. l. necessariis* quæ hoc omnium optimè explicat, *iunct. l. si filius 12. sup. de interrog. in iur. fac. d. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ad Senatusconsultum Trebellianum*, ac proinde, cùm post rescissam aditionem, quæ ex testamento facta fuerat, bona pertineant ad legitimum intestati successorem, si non aliquis substitutus sit, vt in *dict. §. sed quod Papinianus leg. 7. de minor.* Legitimus autem successor ille non fuerit oneratus legatis, quæ nec ab intestato relinqui potuerunt, nisi per fideicommissum repetita sint à legitimis successoribus, vt in *l. generaliter 24. § ex testamento infrà de fideicommiss. libert. l. 1. Cod. eodem l. 1. & l. conficiuntur 8. §. 1. infrà de iur. codicill. l. vltim. Cod. eodem.* Consequens omnino est, vt si effectum rei inspicias magis, quàm iuris potestatem & subtilitatem, indebita dici possint legata, non tam quòd nullo iure debeantur, quàm quia nullomodo peti possint, denegante prætore actionem, quamuis ipso iure competentem, vt in *dict. leg. necessariis.* Ac tametsi nulla actione indigeant legatarij, quibus legata iam soluta sunt, non aliter tamen probare possunt legata sua esse debita, quàm si probent talia ea esse, vt si soluta non essent, solui hodie deberent, data in eam rem actione, adeò vt quæ peti non possent, si soluta non fuissent, nec retineri soluta possint, non solùm quòd neque naturaliter legata debeantur, quæ ciuiliter non debentur, vt contra Bartolum disputauimus ad *leg. 1. suprà.* Sed etiam, quia eiusdem prætoris est dare iis exceptionem ad retinenda legata, [non enim fiunt retentiones nisi per viam exceptionis, conuento per actionem eo, qui vult vti retentione] cuius est dare actionem ad ea petenda. Quæ autem ratio impedit ne rescissa per in integrum restitutionem aditione dare velit actionem legatariis, eadem obstat, ne exceptionem

quoque

quoque accommodare iis possit, nempe quia non habet hereditatem pro adita etiamsi verè ad ea sit, & adita maneat iure ciuili. Quemadmodum è contrario accidit aliquando, vt habeat hereditatem pro adita ex testamento, quæ tamen reuera non sit adita, nisi ab intestato, vt si heres in fraudem legatariorum, & fideicommissariorum omittat hereditatem ex testamento, & ab intestato possideat hereditatem, quo casu legata quæ iure ciuili omnino interciderunt, & debita dici nullomodo possunt, iure tamen prætorio quasi debita conseruantur *l. si duo* 18. *& seq l. si dolo* 24. *in fin. & pass. l. ei quoque* 13. *infr. Vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat. Si quis omiss. caus. testam.* Non enim difficilius est Prætori, imò facilius, vt hereditatis aditionem factam habeat pro non facta, quàm vt non factam habeat pro facta. Eodémque sensu accipi debet quod scriptum est *in d. l.* 1 *§. vltim. Vt in possess. legat.* si certum sit abstentos necessarios heredes frustra edictum illud implorari, *cùm certum sit*, inquit Vlpianus *legatum vel fideicommissum non deberi* nimirum vt non debeatur apud Prætorem, qui nullam pro eo legato consequendo actionem daturus sit, non autem vt iure ipso id est ciuili non debeantur, tam enim legatariis, quàm creditoribus hereditariis obstrictus est suus heres, ipso iure etiam post abstentionem *d. l. necessariis* in illis verbis *vt quamuis creditoribus hereditariis iure ciuili teneantur, tamen in eos actio non detur si velint derelinquere hereditatem.* Lex enim duodecim tabularum de creditoribus & legatariis promiscuè locuta est, déque omnibus hereditariis oneribus, cùm heredes siue suos & necessarios siue extraneos obligauit *l.* 1. *Cod. si cert. petat. l. vlt. C. de hered. act. d. L. si filius qui patri* 12. *De vulg. & pupill. subst.* Et certè secum pugnaret Prætor, si pro debitore legatorum id est pro herede haberet eum, quem post concessam ipsi restitutionem in integrum, aut post abstentionem, iam non habet amplius pro herede *d. l. si filius* 12. *De interrog. in iur. fac.* Habet igitur eum sicut pro non herede ita & pro non debitore legatorum. Et consequenter quid mirum est, dare Prætorem indebiti condictionem aduersus legatarios ei ad quem bona pertinent, iure intestati? Nam ipsi minori qui soluit, cùm esset nomine & effectu heres, condictionem dare, vt suprà diximus, non potest: non ob id solùm, quòd ea verè debuerit tempore solutionis, sed etiam quia nihil eius iam interest post abstentionem, cùm non nisi modò nomine heres remaneat *d. l. etsi ex modica* 6. *§. si filius infr. De bon. libert. l.* 2. *§. sed si sint sui heredes* 8. *ad SC. Tertyll.* At legitimus intestati successor eam condictionem habere debet, quia eius valde interest, vt defuncti bona omnia nullis legatis imminuta consequatur: non dico vt hereditatem habeat opulentiorem, quia hereditas quæ per aditionem hereditas esse desiit, non potest per restitutionem in integrum ita restitui, vt rursum fiat hereditas & quidem legitima ex testamentaria, & ad proximum intestati successorem deuoluatur, alioqui nec heres maneret qui fuisset, si alius quoque fieri heres posset, cùm vni duo in solidum heredes esse non possint *l. quod contra* 141 *§.* 1. *De reg. iur.* ideóque deficiente iure ac nomine hereditatis, dicimus nihil nisi bona ad proximum intestati successorem pertinere posse, vt hic Vlpianus loquitur, benè & Scæuola in *l. ex contract.* 44. *De re iudic.* Vnde est quod nec directas actiones vllas habet, sed tantùm vtiles *d. l. ait Prætor* 7. *§. sed quod Papinianus De minor.* nec proinde nisi vtilem condictionem in proposita specie, in qua debentur legata ipso iure, quæ tamen quasi indebita repetuntur: neque rursum hereditatem repudiare dicitur qui restitutus est aduersus aditionem à se factam, sed se bonis abstinere *d. §. sed quod d. l. etsi ex modica §. sed etsi De bon. libert. d. l.* 1. *§. si quis adita infr. ad SC. Tertyll.* licèt alioquin extraneorum heredum sit repudiare, necessariorum verò se abstinere, nempe quoniam abstinemus propriis, repudiamus aliena, vt eleganter Cuiacius docuit. Falsum igitur est, quod absolutè tradit Bartolus per nudam, vt ipse loquitur, sui heredis existentiam, legata non confirmari: confirmantur enim ita vt debeantur, sed iure ciuili non Prætorio, & confirmato semel testamento, omnis defuncti voluntas rata constituitur *l. si patroni* 55. *§. qui fideicommissam ad SC. Trebell* ac proinde legata, tutelæ, & cætera omnia quæ testamento continentur *l. si hereditas* 10. *§.* 1. *infr. De testament. tutel.* Sed non statim consequens est, vt iure prætorio peti possint. Quæ ratio fuit, propter quam Vlpianus in *d. l.* 1. *§ vlt. Vt in possess. legat.* faciens edicti prætorij interpretationem atque ita respiciens ad ius prætorium non ad ciuile, scripsit si certum sit abstentos esse necessarios heredes certum quoque esse legata, & fideicommissa non deberi, hoc est peti non posse, ideóque frustra edictum illud à legatariis implorari, cùm non ad alia legata vel fideicommissa pertineat, quàm ad ea quæ peti possunt. Quamquam in eo quoque Bartolus errat, & quotquot sunt interpretes, qui cum eo nudam sui heredis existentiam vocant, & disputant, an nuda sui heredis existentia confirmet legata, vel fideicommissa vel libertates vel tabulas pupillares, non enim nuda sui heredis existentia dici hæc potest, cui confirmationis potestatem attribuimus, sed plena, quandoquidem non incipit esse nuda nisi post abstentionem. Abstentio autem cùm sit facti & exigat declarationem voluntatis, non potest fieri primo instanti post mortem patris, sed successiui temporis, tractu aliquo indiget, vt fiat. Proinde toto illo tempore quod ab instanti mortis patris, ad instans vsque abstentionis intercedit, fatendum est existentiam illam esse plenam, cùm interim & nomine & effectu filius heres sit, & quidem ex testamento, si sit institutus, quandiu se nondum abstinuit, quamuis possit se abstinere *l.* 1. *§. qui sunt in potestate infr. si quis omiss. caus. testam.* Atqui confirmatio testamenti quæ iuris tantùm, non etiam facti est, fit in instanti sola legis potestate, nec tantùm legis duodecim tabularum, sed etiam legis Velleæ in suo casu *d. l. si hereditas §* 1. *ad SC. Trebell.* Ergo quamuis poneres, quod impossibile est, secundo post patris mortem instanti secutam esse filij abstentionem, primum tamen instans quod præcessisset, sufficeret, vt sui heredis existentia plena aliquando fuisse videretur, ad confirmandum in omnibus & per omnia testamentum. Hinc est quod per plenam illam non per nudam sui heredis existentiam confirmantur tabulæ pupillares, vel fatente ipso Bartolo ex *dict. l. si filius qui patri* 12. *De vulg. & pupill. substitut.* itémque fideicommissa vniuersalia *dict. l. ita tamen* 27. *§. si pater ad senatusconsf. Trebellian* non quia repudians vt causatur Bartolus, cogi posset ad adeundum [nihil enim tale tractari potest in tabulis pupillaribus, in quibus tamen idem iuris est]

sed quia non facit abstentio, quin filius qui se abstinuit remaneat heres, non tantùm iure ciuili, sed etiam quod nemo fortassis ante nos obseruauit iure Prætorio, in iis omnibus neque commodum neque incommodum vllum versatur filij se abstinentis, cuiusmodi est confirmatio pupillarium tabularum, quarum effectus in id tempus confertur, quo pupillus erit mortuus, itémque fideicommissorum vniuersalium, quæ non nisi fideicommissariorum periculo restituuntur, vt nos alibi sæpe latiùs scripsimus. Est enim tractatus ille ab hoc loco satis alienus.

6. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

SI procurator tuus indebitum soluerit, & tu ratum non habeas: posse repeti, Labeo libris posteriorum scripsit: quòd si debitum fuisset, non posse repeti, Celsus. ideo, quoniam cùm quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videatur, vt soluat creditori: neque postea expectandum sit, vt ratum habeat [a]. Idem Labeo ait, si procuratori indebitum solutum sit, & dominus ratum non habeat, posse repeti. Celsus ait, eum, qui procuratori debitum soluit, continuò liberari: neque ratihabitionem considerari. quòd si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videatur. & ideo, si ratum non habeatur, à procuratore repetendum.

Ad l. si procurator 6.

Ad huius legis interpretationem multa referri possunt. quæ nos iam tractauimus *ad l. si procuratori falso 14. supr. De condict. caus. dat.* Ideò hic erimus breuiores. RAT. DVB. Cùm procurator tuus indebitum soluit de tuo, & tuo nomine, nec tu ratam habes solutionem, non potest ipse procurator eam repetere *vers. vlt. huius legis*, quia neque de suo soluit, neque suo nomine: tu verò multo minùs, quia cū ratum non habeas, factum tui procuratoris nulla ex eius facto tibi acquiri potuit actio *d. l. si procuratori 14. De condict. caus. dat.* Ergo absolutè dicendum est pecuniam hanc repeti non posse. Quis enim alius, quàm tu aut procurator tuus posset repetere? DEC. Procurator etiam verus qui soluit indebitum egreditur officium suum, & excedit fines mandati, quia debitor mandare quidem intelligitur procuratori, vt soluat veris creditoribus, vt scriptum est in hac lege, sed non vt cuiquam soluat indebitum aut maiorem quantitatem, quàm quæ sit debita *l. cum indebitum 57. §. 1. infr.* id enim & ab vtilitate domini, & ab æquitate alienū esset, quotus enim quisque est, qui suum iactare velit, aut debeat? *vulg. l. cùm de indebito 25. infr. De probat.* atque ita se obligat domino procurator, qui & de pecunia domini soluit, & ipsius nomine, vt præstet ei indemnitatem contraria mandati actione. Ergo cùm ipsius intersit, habere debet condictionem, vt habeat quod domino possit soluere & reddere, ei siquidem danda semper actio est cuius interest, non ei cuius nihil. Porrò nihil interest veri domini, qui obstrictum habet procuratorem, vt diximus, quíque nummos suos si adhuc extant vindicare potest, tanquam ab eo solutos qui alienandi ius nullum habuit, scilicet si vt ponimus ratam non habeat solutionem indebiti à procuratore factam: alioquin hoc ipso ratam haberet, quod indebitum condicere ipse vellet, quam porrò si ratam haberet, directa vtique condictione indebiti experiri posset, sicut eueniet in pecunia quam procurator absentis & ignorātis domini nomine mutuam dedisset: nam si quidē dominus ratam haberet numerationem competeret ei condictio certi ex mutuo directa, si verò nomen reprobaret, nullam actionem dominus haberet, procurator verò haberet vtilem *l. si absentis 4. C. si cert. petat.* nec enim mala argumentatio est à mutuo ad solutionem indebiti, & à condictione certi ex mutuo ad condictionem indebiti *l. 5. §. is quoque infr. De oblig. & action. §. is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Domino igitur ratum non habente directa indebiti condictio nulla est, quæ vel à domino vel à procuratore possit exerceri, sed vtilis tantùm à procuratore, qui etiamsi non esset soluendo, imputare tamē sibi dominus deberet, qui ratam habere solutionē, atque ita directam sibi acquirere condictionē noluisset, in eum qui pecuniam indebitam accepisset, nisi quod actione mandati cogere procuratorem posset, vt ea vtili condictione cederet, si nōn mallet ipse dominus, cuius pecunia, & soluta & consumpta esset condictione illa subsidiaria experiri, quæ ex consumptione acquiri solet iis omnibus qui pecuniæ si extaret, vindicationem haberent ne alioquin eueniret, vt ex ipsius iactura locupletaretur is qui pecuniam accepit *l. rogasti 11. §. vlt. & legib. seq. l. si & me 32. supr. De reb. cred.* nec est contrarium quod in *vers. vlt. huius legis* scriptum est, neque tutorem neq; procuratorem soluentes repetere posse, debet namque id intelligi, non de procuratore minoris, vt Accursius & Bartolus malè explicant, nec rursus de eo casu quo procurator soluerit indebitum, vt iidem putant, quasi sensus sit, procuratorem minoris non posse repetere, nisi sicut quilibet maior posset, ratihabitione nō secuta scilicet vtili actione, sed de procuratore quolibet etiam maioris, sed qui debitum soluerit, non indebitum. Etsi enim nullam hic casus videtur habere dubitationem, vt illi obiiciunt, si de eo tutore aut procuratore intelligas, qui & de pupilli alteriúsve domini pecunia soluerit, & ipsius nomine, habet tamen, si ponas tutorem hunc aut procuratorem suam pecuniam soluisse non eā quæ fuerit pupilli vel domini, quasi sit illa indebita: pecunia enim pupilli, vel alterius domini illa est, quæ debetur non pecunia tutoris vel procuratoris. Ideóque benè adiecit Paulus ex Iuliano *neque interesse suam pecuniam, an pupilli, vel domini soluant* ne quis fortasse crederet, Iuliani sententiam de re indubitabili fuisse, nam nec alius ille casus, quem Paulus

Paulus subiicit in hac lege, de procuratore, qui & de pecunia domini, & ipsius nomine soluerit debitum, adeò carere dubitatione visus est, vt eum prętermittendũ putauerit, addita etiam ex Celso ratione, quasi recõdita, nec ita facilè cuiuis obuia, quòd cùm quis rerum suarum procuratorem constituit, id quoq; mandare videtur, vt soluat creditoribus, ideóq; nec posteà expectandum esse, vt ratũ habeat. Qua ex ratione intelligimus non dubitasse Paulum *in vers. quòd si debitum fuisset, non posse repeti* an debitum à procuratore solutum repeti posset à domino, sed an à procuratore ipso, nec rursum eo casu quo dominus ratam solutionẽ habuisset, sed quo nondum ratam habuisset: illa enim vnica occurrebat ratio dubitãdi, soluto vero debito, quòd dominus idémque debitor nihil expressim ac specialiter mandauerat de solutione etiam vero creditori facienda, vt proinde ipsius ratihabitio expectãnda videretur, quasi pendente interim iure cõdictionis: diligenter enim mandati fines custodiendi sunt *l. diligenter 5. in princ. infr. mãd.* Sed benè Paulus & Celsus respondẽt, non requiri in eam rem mandatum speciale, cùm generale sufficiat, sicut & creditor censetur mandare suis debitoribus, vt soluant procuratori *l. qui hominẽ 34. §. si Titium de solut.* Præcedente autẽ mandato frustra expectari ratihabitionem, quæ non potest esse nisi superuacua. Quid enim ampliùs facere potest ratihabitio, nisi vt æquiparetur mandato? *l. vlt. C. ad S.C. Maced.* Extátq; hæc ipsa Celsi sententia *in l. quodlibet 87. de solut.* Illud ergo duntaxat monendum supererat in fine legis, vt procuratori non esset danda soluti debiti condictio nec similiter tutori, neque si de sua pecunia soluisset: ita fiet, vt si principium legis huius, cum fine coniungas, nihil absurdum futurum sit, nihil contrarium, nihil deniq; superfluum: nec proinde necesse est, vt cum Azone & Accursio locũ hunc intelligas de procuratore omnium bonorum, & habente liberam administrationem: sufficit enim vt habeat mandatum generale, quod esse potest citra bonorum omnium procurationem cum libera administratione.

a *Idem Labeo ait, si procuratori.* RAT. DVB. Quod fit per procuratorem habentem generale mandatum, per dominũ ipsum fieri intelligitur: nihil enim refert, an quis per se faciat, an per procuratorem *l. ita autem 5. § quòd si postea quàm infr. De admin. tutor. l. mandato generali 60. De procurat.* Atqui mandatò generali continetur non solùm, vt procurator exigat sed etiam vt debitores soluant procuratori, quasi & ipsis hoc mandatum sit *d. l. qui hominem 34. §. si Titium infr. De solut.* Ergo quod procuratori solutum est indebitum, non procuratori debet condici, sed domino, etiam nulla secuta ratihabitione, nec enim is qui se debitorem putat cùm non sit, solueret eam pecuniã procuratori, nisi sciret mandatum videri debitoribus omnibus in quorum numero se esse putat, vt ei soluerent, nec rursus procurator ab eo tanquam debitore mandatis acciperet solutionem, si nõ haberet in eam rem mandatum generale, vt proinde verum semper sit dicere, tum quoq; cùm indebitum solutum est, occasione tamen mandati factam esse solutionem, præsertim si ponas factam esse bona fide, hoc est ab eo qui se debitorem existimabat, & procuratori idipsum credenti. An enim debuit procurator oblatam sibi solutionem recusare? Aut an debitor hic esset necne, diligentiùs inquirere? Hoc verò sufficere videtur, vt occasione mandati solutũ sit *arg. l. debitor 59. in fi. ad SC. Trebell.* multa enim fiunt occasione magis quàm iure *l. 2. infr. De riuis*, & qui occasionem damni dat, damnum dare intelligitur *l. qui occidit 30. §. in hac quoque supr. ad leg. Aquil. l. is damnum dat 169. De reg. iur.* DEC. In generali mandato nõ veniunt ea, quæ quis verisimiliter mandaturus non fuerat, si de iis cogitasset, quemadmodum nec obligatione generali pignoris veniunt ea, quæ verisimile sit non fuisse quem specialiter obligaturum *l. obligat. 6 infr. De pignor. l. qui peculij 46. infr. De pecul.* atqui verisimile est, non fuisse dominum procuratori suo mandaturum, vt indebiti solutionẽ acciperet, quia non potest id fieri bona fide, cùm eo modo fiat, vt quis ex aliena iactura contra naturalem æquitatem locupletetur *l. nam hoc natura 14. hoc titul. l. iure natura 206. De reg. iur.* mandato autem quantumuis generale sit, cùm sit contractus bonæ fidei, semper bona fides inest *l. creditor 60. § vlt. infr. mand. l. si pater filiofam. 12. infr. Quæ in fraud. cred.* Non ergo videri potest hanc solutionem indebiti accepisse procurator, tãquam procurator & mandati potestate, sed tanquã alius quilibet, licèt prætextu & occasione mandati acceperit, quod certè non sufficit ad dominũ obligandum, nisi dominus quoq; hunc suum debitorẽ esse crediderit, qui procuratori tanquã debitor soluit: plus enim potest hoc casu opinio domini, quã veritas, quantum ad hoc, vt de huiusmodi quoque debiti accipienda solutione in mandato generali cogitasse videatur, nec potest dominus imputare procuratori, cur id fecerit, quod verisimiliter dominus ipse facturus fuerat, si procuratorẽ non habuisset. Addit Bart. aliam exceptionem nec improbabilem, nisi indebitũ procuratori solutũ apparebat prima facie debitũ, ita vt alius quilibet bonus, & diligens paterfamilias eius solutionẽ recepturus fuerit, omni culpa cessante *arg. l. 3. in fi. supr. l. quæ vtiliter, De neg. gest.* At extra hos casus expectãda domini ratihabitio est, vt si acceptam à procuratore solutionẽ indebiti ratam habeat, ipsi condicatur non procuratori *l. si indebitum 16. l. si sine 22. in princ. infr. Rat. rem haber.* Iam enim incipit voluntate ipsius facta esse solutio, quæ facta est ipsius procuratori: quod satis est, vt condictione obligetur *d. l. qui hominem in princ. De solut. d. l. cum indeb. 57. § 1. l indebitam 47. infr. hoc tit.* & ratihabitio facit negotium domini, cuius anteà nõ erat, licèt ipsius nomine & contemplatione gestum esset *l. si pupilli 6. §. item quæritur l si ego 24. supr. De neg. gest.* Et quemadmodum is qui procuratori debitum soluit, statim & continuò liberatur, nulla etiam expectata ratihabitione, quia idipsum quoq; veris debitoribus mandatum intelligitur, vt procuratori soluerent quodlibet debitũ dummodò verũ *d. l. qui hominem 34. § si Titium & l. quodlibet 87. infr. De solut.* Ità & secuta ratihabitione indebiti soluti, cùm perinde habẽdũ sit, acsi domino ipsi solutũ esset, dicendũ est eã solutionẽ quę liberationẽ parere nõ potest ei qui nõ fuit debitor, acquirere illi cõdictionẽ aduersus dominũ. Hinc nostri notãt, in generali mãdato non venire illicitũ, & rectè: quãuis enim nihil illicitũ faciat procurator, qui indebiti solutionẽ accipit bona fide, ab eo qui se putat debitorẽ: esset tamẽ hoc illicitũ in persona mãdãtis qui nõ similiter debitorẽ hũc suũ esse putaret, ideóq; nec mãdasse hoc credendus est, ne alioqui fatendum sit voluisse illum ex aliena iactura locupletari, vt diximus *l. 3. §. si procurator supr. Quod quisq. iur.* Sicuti nec in dispositione prohibitiua videntur prohibita ea quæ iuridica sunt, inquit Bartolus ex *l. damni 18. §. sed quid sit infrà. De damnat. infection.* Ex quo infert ille

in mandato generali nunquam venire, vt procurator aliquid petat, per quod dominus in pœnam aliquam incideret, speciali enim mandato hanc in rem opus esse, nisi cùm factum procuratoris imputari potest domino, puta si negligentem procuratorem constituerit l 3. C. *de procurat. l. si procuratorem* 8. §. *si tutores inf. mandat.* quamuis nihil vetet etiam procuratori ipsi qui fuit negligens, pœnam infligi siue expensarum siue aliam. Idque plerunque æquius est, si negligentia illam contumaciam adnexam habeat aut dolum *l. 1. § si procurator sup. si quis ius dicent. non obtemp.*

1 ¶ Iulianus ait, neque tutorem, neque procuratorem soluentes, repetere posse, neque interesse, suam pecuniam, an pupilli, vel domini soluant.

Ad §. 1. Iulianus ait.

Hunc § iam explicauimus in præcedentibus, & ostendimus intelligendum esse de eo casu, quo debitum à tutore, vel procuratore solutum sit, sed ex pecunia ipsius tutoris vel procuratoris, vt habeat sententiam diuersam ab ea quæ in principio legis scripta est, & vt nouam aliquam recipiat dubitandi rationem, quam nos ibidem attulimus. Sed neque vetum est, procuratorem vel tutorem qui indebitum soluit, non posse repetere. Repetit enim ipse non dominus aut pupillus, nisi ratihabitio sequatur, vt Paulus ex Labeone in legis huius initio scribit de procuratore. De tutore verò, quod possit hac condictione repetere pecuniam quam pupilli nomine soluit, si modò eam rationibus pupilli non intulerit. Textus est in *l. vlt. §. 1. infr. hoc tit.* Quo enim iure denegaremus tutori, vel procuratori condictionem eius pecuniæ, quam indebitam soluissent nulla secuta ratihabitione, cùm non possit ea condictio acquiri domino, qui eam solutionem mandasse non intelligitur? Planè si dominus velit condicere potest, quia hoc ipso testatur, se ratam habere solutionem factam ipsius nomine *arg. l. seruum Titij 40. infr. mandat l. 3. §. 1. infr. Rat. rem haber.* qui casus ratihabitionis secutæ semper excipiendus est. Cætera quæ hîc Accursius & Bartolus congerunt ad propriam huius legis interpretationem parum pertinent, & à nobis magna ex parte iam explicata sunt ad *l si procuratori 14. supr. de condict. caus. dat.* nisi quod Bartolus docet, solutionem indebiti à tutore factam non posse à pupillo ratam haberi, ex eiusdem tutoris authoritate, cùm non possit tutor fieri author in rem suam pupillo, ideóque alterius tutoris authoritas necessaria est *l. pupillus 5. §. 1. l. quod dicitur 7. iunct. l. 1. infr. de author. tutor.* Scilicet si de pecunia sua tutor soluerit, possitque ei imputari cur soluerit: interponeretur enim eo casu authoritas tutoris ad eum ipsum exonerandum, vt in rationibus reddendis eam pecuniam pupillo imputare quandoque posset, prætextu acquisitæ pupillo condictionis per eam ratihabitionem. Quòd si poneres tam probabilem fuisse tutoris errorem, cùm de suo indebitam pecuniam soluit pupilli nomine, vt nulla ei culpa adscribi possit, eique indemnitatem eo nomine præstare pupillus debeat [id enim euenire posse putat Bartolus, quod tamen non facilè possum admittere] vt proinde nullum ex eius solutionis ratihabitione damnum pupillus sensurus sit. Non negarem quod vult Bartolus, posse in eam rem illum ipsum tutorem, qui indebitum soluit authoritatem pupillo præstare ad ratam habendam solutionem, quia & pupillus ipse posset solus ac sine tutore ad acquirendam sibi condictionem, cùm possit pupillus ex omnibus causis extra causam hereditatis acquirere sibi sine tutoris authoritate *l. obligari 9 eod. tit.* Sed si tutor ex pecunia pupilli, & ipsius nomine indebitum soluerit, dubitandum non est quin possit tutor ipse repetere, nec tantùm pupilli nomine, vt vult Bartolus, sed etiam suo, cùm neque potestatem, neque mandatum à lege habuisse intelligatur, vt indebitam pecuniam pupillarem ipsius pupilli nomine solueret, non magis quàm procurator habens generale mandatum, etiam cum libera, si voles, bonorum administratione. Tunc enim domini loco tutor habendus est, cùm benè rem pupillarem administrat, non cùm pupillum spoliat *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. Pro emptor.* Planè si procurator pupilli, aut actor à tutore constitutus, indebitum soluerit, nemo dubitat quin possit pupillus tutore præsertim authore ratam habere solutionem, adeóque sine tutore si omnimodo id vtile & commodum pupillo futurum est. Fieri namque facilè potest, vt propter inopiam & procuratoris qui soluit, & tutoris qui eum constituit, intersit pupilli habere potiùs condictionem suo nomine aduersus eum qui solutionem accepit, nulla etiam exacta cessione, quæ aliis plerisque casibus necessaria est, vt in *l. si vendidero 80. §. vltim. infr. de furt. l. cùm quis 38. §. 1. de solut.* Denique omnia hæc ex sola pupilli vtilitate æstimanda sunt, ne alioqui dum nimia subtilitate circa res pupillares vteremur, in ipsius damnum & perniciem retorqueretur, quod ipsius fauore constitutum esset, vt ait *l. pen. C. ad SC. Trebell. iunct. dict. l. obligari 9. de author. tutor. l. non eo minus 14. C. de procurat.*

7. POMPONIVS libro 9. ad Sabinum.

QVod indebitum per errorem soluitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur.

Ad l. Quod indebitum 7.

RAT. DVB. Illud solùm condici & repeti potest, quod indebitè solutum fuit, non aliud, ergo illud ipsum quod solutum est semper repetendum est, non tantundem, imò verò interdum longè plus repetitur quàm solutum sit, vt puta cùm fructus qui rei solutæ accesserunt condicuntur, & partus & si qua sunt alia quæ accessionum naturalium appellatione contineantur *l. indebiti 15. in princip. l. si non sortem 26. § libertus l. in summa 65. §. ei qui infr. hoc tit.* Interdum verò minus quàm solutum sit, puta si quod solutum est, ex parte debeatur, vt Accursius probat ex d.

ex *d.l.in summa §.vlt.* Sed malè, vt puto, quia quod eo loco Paulus scribit, indebitum esse quod omnino non debetur non scriptum est ad differentiam eius quod totum debetur, sed ad significandum id quod nullomodo debetur, non id quod nulla ex parte, vt ibi dicemus. Dicunt enim prudentes eleganter *omnino non* pro nullomodo, & longè alio sensu quàm si dicerent *non omnino l. Gracè* 8. §. *illud infr. de fideiuss. l. si non sortem* 26. §. *indebitum infr. & alibi pass.* non igitur verum esse potest, quod hîc Pomponius scribit, quod indebitum per errorem facti soluitur, aut idipsum repeti, aut tantundem, maximè cùm cæteræ actiones omnes non soleant competere, nisi ad hoc, vt idem reddatur, vt in deposito, commodato, venditione, permutatione aut similibus, vel ad hoc, vt reddatur tantundem, vt in mutuo *l.2.§.mutui datio l.3.& pass. supr. de reb. credit.* At vix vlla quæ competat ad vtrumque, ne quidem disiunctim & alternatim, id est, vt vel idem, vel tantundem reddatur *l. Lucius* 24. *infr. depos.* Dec. Indebiti condictio pertinet ad eas res quæ & in specie consistunt, & in quantitate. Potest enim solui species quæ sit indebita. Potest etiam solui quantitas, quod in cæteris actionibus, quæ ex contractibus aut quasi contractibus nascuntur, diuersum est, dantur enim aut ad speciem tantùm, ita vt non possint dari ad quantitatem, nisi si qua sit debita per modum speciei, aut è contrario ad quantitatem tantùm ita vt non possint dari ad speciem: quemadmodum in mutuo: excipiendæ sunt stipulationes, quæ sicuti pendent ex negotio contracto, & tot ferè genera continent, quot sunt rerum contrahendarum, vt idem Pomponius noster loquitur in *l.1. versic. Conuentionales de verb. oblig.* ita & ad res omnes pertinent, siue in specie, siue in quantitate consistant. Proinde si soluta sit species indebita dabitur condictio ad speciem, & vt idipsum corpus quod solutum est, reddatur, nunquam vt tantundem, nisi fortè res perierit, quo casu necesse est veniri ad æstimationem, quod ad præstationem attinet, quia corpus quod non extat, præstari ipsum non potest, quamuis non eo minus petendum sit, si post moram perierit *l. In re furtiua* 8. *infr. de condict. furt. iunct. l. si seruum* 92. §. *vlt. de verb. oblig. l. pen. supr. de condict. caus. dat.* nec tamen eo casu solo quo species debeatur existimandum est, agi debere ad idipsum quod datum est, sed etiam si quid consistat in pondere vel mensura, quod adhuc extet. Nam quemadmodum non translato earum dominio, si extarent vindicari ex ipsę possent & deberent, ita & translato per eum qui soluit, dominio, eædem illæ condici debent, vt in eo similis sit vindicationi condictio: sed si res illę consumptæ sint, æstimationem condici necessario oportebit *d.l. in summa §. in frumento inf.* at si pecunia soluta sit, quæ indebita fuit, non illa ipsa corpora nummorum quæ soluta sunt, condicentur, sed tantundem, & ita hæc lex intelligenda est, vt hoc demum casu condictio indebiti similis sit condictioni certi ex mutuo, cui æquiparatur in *l. si quis absentis* 5. §. *is quoque infr. de oblig. & action. §. is quoque instit. quib. mod. re contr. oblig.* Quis enim æquipararet eam in omnibus, cùm mutuum non in aliis rebus possit consistere, quàm quæ pondere vel numero vel mensura constant *d. l.2.§. mutui datio supr. de reb. credit.* condictio autem indebiti etiam ad species pertineat? Etsi verò mutuum non minus in iis consistit, quæ pondere & mensura constant, quàm in iis quæ in quantitate, & pecunia numerata; hæc tamen differentia est, quod in iis quę pondere ac mensura constant, non tantùm quantitas est, sed etiam qualitas & bonitas, vt scriptum est in *d. §. in frumento.* vnde nasci etiam necesse est diuersitatem æstimationis, bono enim frumento datur melius *l. vbi autem* 75. §. 1. *infr. de verb. oblig.* at in pecunia numerata nihil est quod perpendere debeamus præter ipsam quantitatem *l. si is cui nummos* 94. *vers. sin autem de solut.* ideóque nummorum omnium eiusdem generis eadem vbique & certa est æstimatio *l. 3. infr. de eo quod cert. loc. l. 3. de in lit. iur.* Soluta igitur pecunia indebita non idem condicendum est, sed tantundem, nunquam autem condictio indebiti in eadem specie datur ad hoc, vt vel idem vel tantundem reddatur, quasi electio sit vel actoris vtrum petere malit, vel rei vtrum potius soluere, nisi quòd si centum aureos indebitos tibi soluerim, qui adhuc extent, & condicam tibi tantundem, in tua potestate est, si velis illa ipsa corpora nummorum mihi reddere, quæ accepisti: sed reddes tamen non vt eadem ipsa quæ acceperis, sed vt tantundem. Nam quæ possent recipere functionem in sua specie, multo magis recipiunt in suo genere, cùm eiusmodi res sunt quæ in genere & quantitate non in specie consistunt. Itaque reddes mihi eadem quidem corpora nummorum, at non vt corpora, sed vt quantitatem. Vnde fit, vt si neque idipsum neque tantundem ex eodem genere reddi possit, cesset condictio, vt in operis fabrilibus de quibus in *l. penult. inf. de præscript. verb. d. l. si non sortem* 26. §. *libertus hoc tit.* Obseruandum verò est posse quidem plus minúsve condici, quàm solutum sit, plus nimirum si, quod solutum est, auctum fuerit accessionibus naturalibus, minus verò si aliquid ex eo quod solutum est, debitum fuisse appareat, sed nunquam plus minúsve indebito, quia implicat contradictionem, vt condictio indebiti ad plus minúsve detur, quàm quod indebitè solutum fuerit, aut quod indebito soluto accesserit. Et verò cùm hæc indebiti condictio eam potissimum rationem habeat, quæ & cæteris condictionibus ferè omnibus communis est, ne is cui indebitum solutum est, ex aliena locupletetur iactura *l. nam hoc natura* 15. *infr.* hactenus eam dari æquum est ne locupletior fiat is qui accepit, *d. §. libertus* vbi dicemus latius *l. cùm hi* 8. §. *si quis de alimentis supr. de transact.* Itaque ad fructus quoque qui fundo soluto accesserunt licèt soluti ipsi non fuerint, hæc condictio pertinebit, quoniam alioqui ex iis possessor locupletaretur, petitor verò fieret pauperior, *l. indebiti* 15. *infr.* quod si soluta species in totum perierit, condictio quoque tota peribit: aut ex parte, si perierit res ex parte, aut æstimatio rei maior minórve si soluta species aut vendita sit, aut consumpta *d. §. in frumento.* quę tamen distinctio non cadit in nummos, qui quoniam in mera quantitate consistunt, perire nunquam possunt *vulg. l. incendium* 11. *Cod. si cert. petat.* Si tamen alienos nummos quis indebitos soluerit, non dominium eorum condicet quod nunquam habuit, quia in eo nec pauperior ipse, nec aduersarius locupletior factus est, sed solam possessionem quam amisit *d. l. indebiti §. sed etsi nummi infr.* & quidem per condictionem incerti, vt & in *l. qui exceptionem* 40. §. *si pars domus eod.* Est enim condictio indebiti duplex, certi vna, & incerti altera, quamuis condictio ex mutuo, cui prudentes nostri condictionem indebiti æquiparant, incerti nulla sit, sed certi duntaxat. Possessio autem est quid incertum, siue quatenus in facto siue etiam quatenus in iure consistit *l. 11*

§. si vir vxori l. possessio 49. in princip. & §. 1. de acquir. poss. d. §. si pars domus iunct. l. heres 21. ad Senatusconsultum Trebellianum habétque propriam suam naturam & æstimationem, à proprietatis natura & æstimatione distinctam *l. naturaliter 12. §. nihil commune de acquir poss. l. 3. §. vlt. inf. Vti possid.* Planè quod Bart. obiicit in obligationibus dandi idipsum peti quod debetur, ad rem non pertinet, nam & in obligationibus dandi, veniendum est ad æstimationem, cùm lis per sententiam æstimanda sit, nec res ipsa petitur nisi per litis contestationem, quæ vera demum petitio est *l. amplius non peti 15. Rat. rem haber.* de quo videnda sunt quæ scripsimus in vltima parte Chiliadis nostræ *de error pragmat.*

8. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

QVod nomine mariti, qui soluendo non sit, alius mulieri soluisset: repetere non potest: adeò debitum esset mulieri.

Ad l. Quod nomine 8.

RAT. DVB. Qui exceptione perpetua & fauorabili tutus est, si per errorem facti soluat, repetit *l. qui exceptionem 40. iunct. l. si non sortem 16. §. indebitum infr. hoc tit.* atqui maritus conuentus actione rei vxoriç, & iudicio de dote habet exceptionem, & perpetuam & fauorabilem, ne in plus quàm facere possit conueniatur *l. sunt qui 16. l. non tantùm 20. & seqq. infr. de re iudic.* quam exceptionem perpetuam esse ex eo apparet, quod nullis temporis finibus, & spatiis concluditur: Fauorabilem verò ex eo quod pro causa habet honorem ab vxore eiúsve heredibus debitum personæ mariti ne propter necessitatem dotis restituendæ cogatur egestate laborare *l. in condemnatione 173. de regul. iur.* item ex eo quod opponi quandocunque potest, nec tantùm post litem contestatam, vt exceptiones peremptoriæ *l. præscriptionem 8. C de except* sed etiam post sententiam & in executione iudicati *l. Nesennius 41. §. vlt infr. de re iudic.* adeò vt ex ea causa etiam doli exceptio detur *l. ex diuerso 17. § vlt. solut. matrim.* de qua nemo dubitat quin sit perpetua *l. purè 5. § vlt. de doli mali except.* Ergo danda est condictio indebiti marito, qui totam dotem soluit, & suprà quàm facere potuerit, & consequenter ei quoque qui solidam dotem soluit mariti nomine, cùm maritus soluendo non esset. Neque enim deteriore condicione esse debet is, qui pro marito soluit, quàm maritus ipse, præsertim quód ad indebiti condictionem pertinet. Nam quod in persona mariti, qui dotem reddere debuit indebitum fuisse creditur, quãto magis indebitum videri debet in persona extranei qui soluit mariti nomine? Nec ferẽdum est quod Bartolus post Accursiũ nostrum, qui videtur idem sensisse respondet exceptionem hanc non perpetuam esse, sed temporalem. Ideo, inquit, quòd præsumendum sit, futurum aliquando diuitem eum qui nunc inops sit & egenus *arg l. cura 4. § deficientium infr. de muner & honor. l. si defunctus 10. C. arbitr. tutel.* Etsi enim benè de suis ciuibus semper sperat ciuilis legislator, cùm tamen quærimus, an exceptio aliqua perpetua sit, an temporalis, nõ tam ad exceptionis materiam respicimus, quę quoties ex facto futuro pendet, deficere faciè potest, quàm ad ius opponendæ exceptionis, quod per se semper est perpetuum, nisi vel lex, vel conuentio faciat temporale, vt cernere est in exceptionibus non numeratæ pecuniæ, & pacti de non petendo ad tempus *d. l. purè 5. § vlt. infr. de dol. except. & Tit. de diuers. tempor. præscript.* DEC. Eæ demum exceptiones perpetuæ & fauorabiles condictionem indebiti pariunt, quæ afficiunt naturam & æquitatem propositæ actionis, & per quas intendit reus actorem summoueri oportere, tanquam cui nihil debeatur, denique per quas causæ succurritur non autem soli personæ, quæ meruerit præcipuum fauorem, vt Papinianus loquitur in *l. ex pluribus 42 inf. de administr. tutor.* & nos explicauimus ad *l. 1 supr.* atqui exceptio hæc de qua loquimur, ex earum genere & numero est, nec enim maritus, à quo dos petitur, negat debitam esse dotem, & quidem totam, nec proinde dicit aliquid esse indebitum ex ea dote, quæ ab ipso tota petitur, sed tantùm contendit non debere se vrgeri suprà quàm facere possit, sed deduci debere quantum satis est, ne egeat: indéque nimirum fit, vt in iudicati executione exceptio hæc opponi possit, quia non impugnat iudicatum, vt nec exceptio compensationis *l. cùm militi 16. §. 1. infr. de compensat. d. l. Nesennius 41. §. vlt. de re iudic. d. l. ex diuerso 17. § vlt. solut matrim.* Quid enim iudicatum est contra maritum? Debere illum totam dotem quæ per rei vxoriæ actionem ab eo tota repetitur, id verò non negat maritus, sed ait habere se priuilegium, ne suprà quàm facere possit conueniatur. Possunt autem hæc duo simul stare *l. quòd si maritus 3. infr. de pecun. constit.* Nec tantum debetur mulieri tota dos, sed & tota peti potest, nec solùm obligatio subest, sed etiam actio datur pro solida dote, sed quæ remanet inefficax, quatenus facere maritus non potest. Idque est quod Paulus hîc scribit, secundum vulgarem editionem *ideo quia debitum est mulieri* melius quàm Florentiæ *adeò debitum esset mulieri* quamuis & illa bonum sensum habeat. Adeò autem verum est, dotem totam deberi mulieri à marito, etiam qui non sit soluendo, vt is quoque qui bonis cessit ex beneficio legis Iuliæ, non ideò sit liberatus, quominus factus locupletior possit exigi in solidum, sed tantùm habet interim exceptionem ne conueniri & condemnari possit *l. 1. C qui bon. ced. poss. § vlt. Instit. de replicat.* Quis ergo iam miretur condictione indebiti non posse repeti, quod debitum solutum est? Debitum, inquam, & naturaliter & ciuiliter, cùm verò nec à marito possit indebiti condictio ex hac causa exerceri, vt scriptum est in *l. seq.* multo minus poterit ab extraneo qui soluit nomine mariti, quique priuilegium nullum habet, ne in solidum conueniatur, quod nec mariti fideiussores habent, quia personæ priuilegium illud est, vt diximus, non causæ *l. exceptiones 7. infr. de except l. etsi fideiussor 24. de re iud.* imò nec mariti heres *§. 1. eiusd. leg. & l. seq. & d. l. Nesennius in princ.* quamuis regulariter exceptiones omnes, quæ reo competunt, fideiussori quoque competant etiam inuito reo *l. omnes exceptiones 19. eod.* Id enim ad eas solas pertinet, quæ rei cohęrent, non quæ personæ *d. l. exceptiones.*

9. VLPIA-

9. VLPIANVS libro 66. ad Edictum.

NAm & maritus, si, cùm facere nihil possit, dotem soluerit [a]: in ea causa est, vt repetere non possit.

Ad l. Nam & maritus 9.

RAT. DVB. & DECID. eadem est, quæ ad legem præcedentem, nisi quod in persona mariti maior dubitandi causa est, propter priuilegium personale quod habet, ne suprà quàm facere potest, conueniri possit, vt proximè diximus: adeò vt si maritus plus ex dote constituerit, quàm facere poterat, teneatur quidem in solidum, quia debitum constituit, tamen non nisi in quantum facere poterit, condemnari debeat *l. 3. infr. de pecun. constit.* Cur ergo nocebit marito soluisse cui non nocet constituisse? Cùm eadem soleat esse ratio promissionis & solutionis *l. vlt. C. ad leg. falcid.* Sed respondendum est, longè minus esse promittere, quàm soluere, & quamuis æquè competat indebitę promissionis, atque indebitæ solutionis condictio, *l. 1. in prin. infr. Tit prox.* Id tamen eo casu procedere credendum est, quo aduersus obligationem & promissionem nulla possit dari exceptio: quod in proposito casu non euenit, cùm aduersus actionem de constituta pecunia eandem exceptionem habiturus sit maritus, quam haberet contra actionem de dote, vt non nisi in quantum facere possit, & conueniatur & condemnetur, nec solùm si simpliciter pecuniam, quam ex dote debebat, constituerit, vt in *d. l. 3.* sed etsi per stipulationem eam promiserit, posteriori fortassis marito, vt in *l si prior 31. infr. solut. matrim.* quamuis ea promissio non sine nouatione fieri possit *l. dotem à patre 35. de iur. dot,* nam siue nouandi animo, siue citra nouationem maritus id promiserit, quod ex dote debet, non aliud promisisse intelligitur, quàm quod cum effectu debet, vt benè tractat Bartolus, effectu autem nihil debet suprà quàm facere possit, propter exceptionem quam habet. Planè si nouandi animo certam quantitatem promisisset, vix esset, vt exceptionem vllam habere deberet, qui per eiusmodi nouationem sibi nocuisset, vt in *d. l. dotem.* quod & Bartolus benè sentit. Quod enim maritus facere non potest, deducendum est ex iudicio de dote siue certa, siue incerta quantitas dotis nomine debeatur: at non æquè ex certa quantitate quam maritus non iam iudicio de dote debeat, sed ex stipulatione nouandi animo interposita: Taxationis enim loco habenda est quantitas illa, quæ per stipulationem nouandi animo interposita est. Ex eo autem quod iam taxatum est deduci postea nihil potest *l. Meuio 41. §. 1. de legat. 2.* de cuius sententia & lectione scripsimus *lib. 7. Coniect. cap. 3.* At cùm solutio dotis in solidum facta est, nullus exceptioni locus relinquitur, quia nec actio vlla superest, quæ exerceri possit, nec rursus condictioni indebiti, cùm debitum fuerit totum quod solutum est, fuerit que in arbitrio mariti suo renunciare priuilegio, quomodo & alius quilibet potest *l. si iudex circumuento 41. supr. de minor. l. pen. C. de pact.* Non igitur bona semper est æquiparatio promissionis & solutionis, nisi cùm eandem vim habet promissio quàm solutio scilicet, vt & actionem de dote perimat, quod fieri non potest, nisi per stipulationem, non etiam per constitutum quod fit nudo pacto *§. de constituta Instit. de action.* & præterea naturam prioris illius actionis de dote: quod eo tantùm casu euenit, quo stipulatio non tantùm nouandi animo interposita sit, sed etiam expressa certa quantitate, vt diximus, & ita Bartolus quoque concludit, iunge *l. 1. infr. de pec. constit.*

a *Si cùm facere nihil possit, dotem soluerit.* Atqui dicat aliquis, sunt ista contradictoria, maritum nihil facere posse, & tamen dotem totam soluere, sed benè respondet Accursius, & clarius Bartolus, non potuisse maritum hoc facere, id est, totam dotem soluere deducto ne egeret, sed fecisse tamen, & egenum remanere maluisse.

10. PAVLVS libro 7. ad Sabinum.

IN diem debitor, adeò debitor est, vt ante diem solutum repetere non possit.

Ad l. In diem debitor. 10.

RAT. DVB. Cùm de indebiti condictione quæritur parum est, deberi quid ipso iure si peti non possit, adeò vt neque sufficiat actionem ipso iure competere, si eam prætor sit denegaturus, cuius est actiones omnes vel dare vel denegare, nam & è contrario sufficeret quid esse debitum iure prætorio, quamuis iure ciuili esset omnino indebitum, vt diximus ad *l. nec nouum 5. supr. hoc tit.* Atqui quod in diem debetur, licèt ipso iure ante diem quoque debeatur, peti tamen nondum potest, quia cessit quidem dies ab initio, sed nondum venit *l. cedere diem 213. de verb. signif.* totúmque medium tempus ad soluendum promissori liberum relinqui intelligitur *l. quod certa 70. de solut.* adeò vt non nisi præteritis omnibus partibus temporis quod solutioni dictum est, peti quicquam possit *l. qui hoc ann. 42. l. liber homo 118. §. 1. infr. de verbor. oblig.* Vnde est quod qui petit ante diem cadat causa tanquam plus petens tempore inspecta iuris veteris ratione *§. si quis agens Instit. de action.* & qui soluit ante diem plus præstare dicitur, quàm debeat *l. eum qui 15. aliàs l. Iauolenus infr. de ann. legat.* Quidni ergo habeat condictionem indebiti, tanquam qui plus debito dederit? Vt in *l. qui exceptionem 40. §. si pars domus in fin. hoc tit.* DEC. Quod in diem certam debetur licèt peti nondum possit, attamen iam debetur, & ita debetur, vt certum sit forte die adueniente, vt peti possit, quia diem venturam esse certum est. In eóque differt à cæteris, quæ ita debentur ipso iure, vt peti nunquam possint. Ergo si interim soluatur non potest repeti, quia potest ante diem solui licèt peti non possit *l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig. iunct. l. stipulatio ista 38. §. inter incertam eod. tit.* Alioqui non esset debitori liberum to-

tum tempus medium ad soluendum, si non posset interim soluere *d. l. quod certa*, & potest ipsius promissoris valde interesse, vt liceat ei non expectata die statim soluere, scilicet vt tanto citius liberet se ab obligatione, atque ita fiat locupletior *l. si pupilli 66. in fin. de solut.* nam si tempus adiectum esset, creditoris gratia non debitoris, quod interdum fit, non esset permittendum debitori, vt ante tempus solueret inuito creditori *d. l. eum qui 15. de ann. legat. l. filiusfamilias 114. §. Diui 1. de legat. 1. l. si ita relictum 43. §. Pegasus de legat. 2. l. vxorem 41. §. Seium maritum de legat. 3. l. qui Romæ 122. in princ. de verb. oblig.* Sed cùm debitoris gratia adiectum fuit, quod in dubio præsumendum est, non debet in ipsius odium retorqueri quod ipsius fauore constitutum est, vt ante tempus nihil ab eo peti possit. Non ergo debet habere condictionem indebiti, cùm & debitum ipse soluerit, debitum, inquam, & naturaliter, & ciuiliter, & quod magis est, ex ea solutione locupletior factus sit. Et qua ratione hoc quod in diem debetur, ante diem solui potest, eâdem compensari etiam ante diem potest *l. quod in diem 7. infr. de compensat.* quia nimirum compensatio vim solutionis obtinet. Ideo autem loquimur de debito in diem certum, quia dies incertus facit condicionem non modò in testamentis *l. dies incertus 75. de condict. & demonstr.* sed etiam in contractibus *d. l. stipulatio ista 38. §. inter incertam de verb. oblig.* Quod autem sub condicione debetur, non solùm peti non potest, antequàm condicio extiterit, sed neque debetur, ne naturaliter quidem *d. l. cedere diem*, ideóque solutum repetitur *l. sub condicione 16. & seq. l. qui promisit 48. infr. hoc tit.* nisi condicio sit omnimodo extitura, quæ nec condicionis nomen meretur *l. quòd si 18. eod. l. si pupillus 9. §. qui sub condicione de nouat.* Condicio enim non est, aut saltem condicionis potestatem non habet, nisi ea quæ potest existere, & non existere, & quæ, vt nostri loquuntur, habet se indifferenter ad esse & non esse, *l. cùm ad præsens 37. & seqq. supr. de reb. credit.* Quòd si condiciones dici possent etiam ex quæ omnimodo extaturæ essent, nulla inter diem & condicionem ponenda esset hac parte differentia, sed tantùm inter diem certam & incertam, & inter condicionem certã & incertam, quia sicuti quod in diem certam debetur, si ante diem solutũ sit, ideo nõ repetitur, quia diem aliquando venturam esse certum est, ita neque quod sub condicione certa debetur quam certum sit omnimodo extaturam, puta si promiserim tibi centum sub ea condicione, *si moriar l. sufficit 56. in fi. infr. hoc tit.*

11. VLPIANVS libro 35. ad Sabinum.

SI is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quàm in peculio est, soluerit: repetere non potest.

Ad l. Si is, cum quo 11.

RAT. DVB. Nec pater ex contractu filiifamilias, nec dominus ex contractu serui tenentur nisi actione de peculio, ac proinde quatenus duntaxat inuenitur in peculio tempore rei iudicandæ *l. 1. l. quæsitum 30. l. si quis cum filiofamiliàs 44. & pass. infr. de pecul.* Iniquum enim esset per eos quos in nostra potestate habemus, fieri condicionem nostram deteriorem vltra id quod à nobis habent in peculium *l. 1. C. ne filius pro patr.* Nam nec qui cum ipsis contrahunt, aliud intuentur quàm peculium quod habent tanquam proprium ipsorum patrimonium à rationibus dominicis separatum *l. depositi 5. §. vlt. l. hinc quæritur 19. §. 1. eod. tit.* Ergo si is cum quo de peculio actum est, per imprudentiam & errorem facti plus quàm in peculio est, soluerit, debet habere condictionem & repetitionem. Nam & si pater vel dominus actione de peculio conuentus det fideiussorem, non ad aliud fideiussor tenebitur, quàm id quod iudicati tempore in peculio repetietur *l. cùm fideiubet aliquis 35. de fideiuss.* DEC. Actio de peculio nascitur & datur in patrem vel dominum ex contractu filiifamilias aut serui, quia quisquis cùm filiofamilias vel seruo contrahit, habet duos obligatos, filium quidem vel seruum in solidum, illum naturaliter & ciuiliter, hunc verò naturaliter tantùm *l. nec seruus 41. eod. tit. l. naturaliter 13. infr.* Patrem verò vel seruum duntaxat de peculio *d. l. si quis cum filiofamilias.* Ergo ex parte illius qui cum filiofamilias vel seruo tuo contraxit, negari non potest quin solidum debitum sit, etiam supra quàm sit in peculio, quamuis ex parte patris vel domini nihil debeatur vltra peculium. Suum igitur recipit creditor cui solidum à patre vel domino soluitur, & consequenter indebiti condictione teneri non potest, ex regula *l. repetitio 44. infr. hoc tit.* Nec distinguendum est cum Accursio & Bartolo, an pater suo nomine soluerit, aut dominus an nomine filij vel serui, nam nec si suo nomine soluerit repetere potest, quod non indebitum dedit. Et verò cùm loquatur hîc Vlpianus de eo qui soluit, cùm esset conuentus actione de peculio, importunum est & impertinens credere factam esse nomine filij vel serui solutionem ab eo, qui suo nomine, licèt ex filij vel serui contractu conueniebatur. Vt taceam præsumendum esse in dubio quemlibet soluisse suo nomine potius quàm alieno *l. 4. l. cùm ex pluribus 97. infr. de solut.* nec obstat quod obiiciunt ex *l. 1. §. vlt. & l. 2. infr. de pecun. constit.* non obligari patrem qui actione de peculio conuentus constituit suo nomine plus quã sit in peculio, cùm tamen obligetur, si constituat nomine filij vel serui, aliud enim est constituere aliterve promittere, aliud verò soluere, vt diximus ad *l. nam & maritus 9. supr.* Et quemadmodum maritus qui ex dote constituit plus quàm facere poterat non ideò tenetur de constituta pecunia in solidum *l. 3. eod. tit.* & tamen si solidum soluerit, & suprà quàm facere possit, nihil repetit *d. l. nam* & maritus, nempe quia debitum soluit: ita & in proposito dicendum est, patrem vel dominum qui suo nomine constituit, suprà quàm sit in peculio, non teneri de constituta pecunia in id quod excedit, quia non plus ille debuit, nec potest obligatio constituti quæ non nisi accessoria est, excedere principalem, sed tamen si solidum soluerit etiam suo nomine non posse repetere, quia non plus soluerit, quàm creditori debeatur, non enim respiciendum est quantum is qui soluit, quomodo inspiciendum est quantum debeat is ipse quod constituit, quoties suo nomine constituit [nam & quod alius debet constituere, alius

alius potest *l. hactenus 11. l. vtrum 27. & seq de pecun. constit.*] sed quantum debeatur ei cui soluitur, neque rursum quicquam vetat patrem vel dominum nisi per imprudentiam soluerit, exonerare filium à naturali & ciuili obligatione aut seruum à naturali, sed cùm per imprudentiam & errorem facti solutum est, vt Vlpianus ponit in hac lege non idem tractari potest. Aliud est si pater pro filio fideiussecrit, vt in *l. si quis reum 5. §. vlt. de liber. legat.* non enim potest ipse videri pro seipso fideiussisse & suo nomine, ergo ipsius filij nomine atque ita in solidum se obstrinxisse, à qua obligatione proinde ita liberari potest, vt tamen remaneat obligatus de peculio tanquam pater, nisi voluntas testatoris qui liberationem ei legauit, ad hanc quoque obligationis speciem se extenderit. At si quis alius pro patre, vel pro domino fideiubeat, non potest ea fideiussio extendi vltra id quod consequi creditor possit actione de peculio, contra quàm si pro filiofamilias vel seruo ipso fideiussisset *dict. leg. cùm fideiubet trigesimaquinta de fideiussor.*

12. PAVLVS libro 7. ad Sabinum.

SI fundi mei vsumfructum tibi dedero, falsò existimans me eum tibi debere, & antè, quàm repetam, decesserim: condictio eius ad heredem quoque meum transibit.

Ad l. Si fundi 12.

Adfert Accursius duas huius legis interpretationes, vnam, vt loquatur de vsufructu, quem fructuarius ipse alij dederit indebitum, cùm putaret eum se debere, & quem fructuarij heres velit possitque condicere, non quasi vsumfructum habiturus [nec enim heres fructuarij succedit in vsufructu, cùm cohæreat personæ *l. 3. §. vlt. & pass. supr. Quib. mod. vsusfr. amitt.*] Sed vt repetat fructus præteriti temporis, quo durauit vsusfructus, quod etiam heredi fructuarij licet *l. qui vsumfructum 36. §. vlt. supr. de vsufru. l. si vsusfructus 6. infr. de vsufr. legat.* Alteram, vt loquatur de vsufructu, quem proprietarius fundi in eo fundo constituerit & tradiderit quasi debitum, cùm nullo iure deberetur, & quem proprietarij heres velit consequi non formalem sed causalem. Sed prior interpretatio verbis legis nullo modo conuenit. Repugnant enim prima illa *si fundi mei vsumfructum tibi dedero,* cùm non possim rectè fundum meũ dicere, cuius habeo solum vsumfructum, quin è contrario rectè dicimus fundum nostrum esse, etiam cuius fructus alienus sit *l. rectè dicimus 25. de verb. signific.* quia vsusfructus, licet emolumentum rei contineat, in iure tamen non in parte consistit *l. Meuius 66. § fundo iunct. l. cùm filius 76. §. dominus delegat. 2.* Nec rursum re sua vtifrui quisquam potest iure seruitutis, quia nemini res sua seruit *l. vtifrui 5. sup. si vsusfr. pet. l. in re communi 26. vrban. præd.* Nec denique cedi potest vsusfructus iam constitutus alij quàm proprietario *l. si vsusfructus 66. de iur. dot.* Secunda igitur interpretatio sequenda est, ad quam dubitandi ratio illa adferri potest, quòd siue hanc legem de vsufructu formali condicendo intelligas, quem ponimus indebitum fuisse traditum, constat non posse illum transire ad heredem, cùm personæ fructuarij cohæreat, vt diximus, nec proinde eius condictionem, siue de vsufructu causali, vt Accursius intelligit, eueniet vt aliud condicatur, quàm quod indebitè solutum fuit: solutus enim fuerat vsusfructus formalis, & condicetur causalis, qui tamen à formali differt toto genere: formalis enim seruitus est & in iure consistit, causalis verò neque seruitus est, neque in iure consistit, sed in parte: formalis nunquam pertinet ad dominum proprietatis, causalis semper *l. si cùm argentum 21. §. si fundum infr. de except. rei iudic.* Sed decidendi ratio illa est, quod sicuti non est nouum, vt alius soluat, alius repetat *l. nec nouum 5. supr. hoc tit.* ita neque vt aliud soluatur, aliud condicatur *l. si non sortem 26. § libertus*, vbi dicemus *inf. eod.* maximè verò circa vsumfructum indebitè solutum, quia vsusfructus formalis differt à causali sola forma, non etiam materia, cùm vterque habeat pro materia commodum & emolumentum fructuum, sed diuersa tamen ratione: formalis tanquam ex re aliena, causalis tanquam ex propria: sed tamen defendi optimè potest in specie huius legis eum ipsum formalem vsumfructum, qui indebitè traditus fuerat à proprietario, & constitutus per heredem eius, condici non causalem, sed qui tamen causalis futurus sit penes heredem, cùm fuerit ei redditus, vt non insubtiliter Bartolus ratiocinatur. Cur non enim formalis quoque vsusfructus condici possit, sicut & obligatio, & seruitus alia quælibet cæteráque huiusmodi, quæ etiam in iure consistunt? *l. 1. & 3. infr. de tit. prox. l. 1. in princ. infr. de condict. tritic.* Veniant autem in hanc condictionem fructus præteriti & ab eo indebitè percepti cui traditus indebitè fuerat vsusfructus: venient autem non accessione, id est, tanquam naturales accessiones rei solutæ indebitè, vt in *l. indebiti 15. infr.* Sed tanquam res ipsa quæ indebitè soluta fuit: etsi enim differt vsusfructus à perceptione fructuum, quia vsusfructus meri iuris est, fructuum autem perceptio meri facti *d. l. si vsusfructus 66. in fin. de iur. dot.* ius tamen percipiendorum fructuum, & ipsa proinde perceptio ex iure vsusfructus pendet, neque aliud emolumentum quàm fructuum vsusfructus continet *d. §. dominus l. cùm filius 76. delegat. 2.* cùm verò condictio indebiti sicut & cæteræ condictiones omnes sint & iuris ciuilis & rei persecutoriæ, dubitandi causa nulla est, quin ex lege duodecim tabularum transeant ad heredem eius cui competierunt *§. non autem Instit. de perpet. & tempor. act.* cùm in honorariis quoque actionibus idem obtineat *l. in honorariis 35. infr. de oblig. & action.* Non enim fructuarij heres, sed proprietarij habet in hac lege condictionem aduersus fructuarium ipsum vel fructuarij heredem, ad repetendos fructus, quos ipse proprietarius eiúsque heres percepisset si indebitum vsumfructum non soluisset, quod si idem ille qui vsumfructum indebitum constituit & tradidit postea, sed nondum comperto errore fundum ipsum alij vendiderit, id est, nudam fundi proprietatem, non eo minus condictionis ius sibi suoque heredi retinebit. Non enim videri potest ius illud vendidisse, quod sibi competere ignorabat *vulg. l. mater decedens 19*

supr. de inoff. testam. tantóque vilius fundum vendidisse intelligitur, quòd nudam duntaxat proprietatem in emptorem transtulerit, quamuis aliud dicendum esset, si vsusfructus verus & à proprietate separatus venditionis tempore, postea iure consolidationis ad proprietatem rediiset. Is enim quoque emptori cederet *l. si conuenerit 18. §. si nuda infr. de pign. act.* Secuta verò condictione remanebit vsusfructus soi malis penes condicentem, nec nisi finito eo plenam proprietatem habere emptor poterit perinde ac si proprietarius fundum deducto vsufructu vendidisset *l. qui vsumfructum 36. §. stipulatus sum supr. de vsufru.* Atque ita ad propositam ab Accursio quæstionem ex ratione iuris respondendum est, non quomodo Accursius ipse & Bartolus respondent. Planè si poneres post compertum errorem factam esse venditionem fundi, nec nudæ proprietatis factam esse mentionem, condictio fructuum ei qui vsumfructum indebitè tradidit, salua erit, heredíve ipsius, sed eorum tantùm qui venditionem antecesserunt; non cæterorum: quia fundi appellatione non nuda, sed plena proprietas significatur *leg. si alij 19. infrà de vsufruct. legat.*

13. IDEM libro 10. ad Sabinum.

NAturaliter etiam seruus obligatur. ideò si quis nomine eius soluat, vel ipse manumissus, vel (vt Pomponius scribit) ex peculio eo, cuius liberā administrationem habebat: repeti non poterit. & ob id & fideiussor pro seruo acceptus tenetur: & pignus pro eo datum tenebitur. & si seruus, qui peculij administrationem habet, rem pignori in id, quod debebat, dederit: vtilis pigneraticia reddenda est.

Ad l. Naturaliter 13.

RAT. DVB. Serui non tam pro mortuis quàm pro nullis habentur, nec tantùm ciuili iure *l. quod attinet 32. l. seruitutem 209. & l. vlt. de regul. iur.* Sed etiam iure prætorio *l. qui testamento 20. §. seruus infr qui testam facer. non poss.* Ita vt ne quidem extra ordinem computentur *l. nullomodo 7. infr. ad leg. Cornel. de fals.* quia nec habent caput in ciuitate *l. 3. §. vlt. de capit. minut.* ergo nec debere seruus nec ei deberi propriè quicquam potest, cùm obligatio omnis sit iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, secundum ciuitatis nostræ iura vt *Iustin. diffinit in Instit.* Ideóque nec cum seruo vlla actio esse potest *l. cum seruo 107. de regul. iur.* Proinde nec fideiussor pro seruo accipi posse videtur, nec pignus pro eo datum teneri, cùm huiusmodi obligationes omnes sint accessoriæ, quæ sine aliqua principali consistere non possunt *l. cùm principalis 178. eod. tit.* nec possit durius obligari fideiussor quàm principalis *l. Græcè 8. §. illud commune infr. de fideiuss.* Ex fideiussione autem detur actio contra fideiussorem, & quidem ciuilis *l. blanditus 11. & pass. C. eod.* ex pignore autem hypothecaria iure prætorio in pignora *§. ite Seruiana Inst. de action.* DEC. Naturalis obligatio in eo differt à ciuili, quòd tota æstimatur ex facto magis quàm ex iure, ex eo scilicet quòd promissum aliquid sit, aut si quando ex iure quoque æstimare eam velis, ex iure naturali & æquitate æstimanda est *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.* Is enim natura debere dicitur quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius 184. §. u natura debet de regul. iur.* atqui iure naturali quamuis non etiam iure gentium homines omnes sunt pares & æquales *d. l. quod attinet*, & eorum quæ sunt facti, perinde capaces sunt serui ac domini *l. qui heredi 44. de condict. & demonstr.* Ergo seruus perinde ac dominus obligari & naturaliter, & quod magis est, etiam iure naturali potest, & eo sensu & debere & deberi ei potest, licèt id minus propriè & abusiuè relata ad factum magis quàm ad ius ciuile appellatione debiti *l. nec seruus 41 infr. de pecul.* Atqui naturalem obligationem subesse satis est, vt & fideiussor & pignus possit ei accedere *l stipulatus sum 6. §. adhiberi l. fideiussor 16. §. fideiussor infr. de fideiuss. l. 4. de pignor.* etsi enim non potest fideiussor in causam duriorem accipi, potest tamen efficacius obligari, ita vt contra eum dari possit actio, quæ contra debitorem ipsum dari nulla posset *d. §. adhiberi & d. §. fideiussor.* Potest igitur etiam pro seruo & pignus accipi, & fideiussor cùm seruus naturaliter & obliget & obligetur *l serui 14 infr. de oblig. & action.* Cui consequens est, vt si pro seruo naturaliter obligato quis soluat, vel ipse manumissus, vel vt Pomponius scribit, ex peculio cuius liberam habet administrationem non possit esse locus repetitioni, quia naturalis obligatio, licèt non sit sufficiens ad inducendam actionem, sufficiens tamen est ad impediendam condictionem *l. naturales 10 eod. tit. d. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss. l. 3. §. vlt. supr. quod quisque iur.* Dixi *si vel ipse manumissus vel (vt Pomponius scribit) ex peculio.* Sic enim legendum puto addita dictione *vel* vt comprehendantur duo casus quibus potest euenire, vt seruus soluat quod naturaliter debet. Vel enim soluit iam manumissus de suo, vel adhuc seruus ex peculio cuius habeat liberam administrationem: vt verò manumissus soluat ex peculio fieri nullomodo potest, quia paterfamilias peculium habere nequit, sed is tantùm qui in patris vel domini est potestate *l. vltim. in fin. Cod. de inoff. testam.* At multo minus fieri illud potest, vt in seruo manumisso adhibenda sit distinctio an liberam habeat peculij administrationem, necne, quia licet fieri possit, vt manumissus peculium suum retineat, nec ei peculium adimatur, quod nec in dubio ademptum intelligitur, cùm manumissio inter viuos facta est *l. 2. C. de pecul. eius qui libert. mer.* tamen fieri nequit, vt non habeat liberam administrationem is qui factus iam sui iuris plenum habet dominium eius pecuniæ quam habuerat anteà in peculio, nunc habet in suo patrimonio, mutato scilicet & personæ & rei statu, vt in *l. cùm quis 38. in princip. de solut.* quisquis paterfamilias & dominus est, solus idem moderator est & arbiter *vulg. l. in re mandata 21. Cod. mandat.* Et quoniam longè minor dubitatio est in eo qui manumissus soluit, quod in seruitute naturaliter debuit, cùm eo tempore

pore in ipsius arbitrio ac potestate sit, bonã fidem & naturalẽ suã obligationem agnoscere licèt non potuerit cõueniri ex antegesto, id est quod gesserit ante manumissionem. *l.1.3. & pass. C. an seruus pro suo fact. post manumiss. ten.* cõueniẽtius fuit authoritatẽ Põponij adducere in eo casu, quo seruus ante manumissionẽ velit soluere. Difficilius enim ipsi est bonam fidẽ agnoscere in præiudiciũ domini soluẽdo ex peculio, quod verè domini est, nisi liberã ei dominus peculij administrationẽ concesserit. Quo casu ex ipsius domini volũtate soluisse intelligitur quod soluit vt se naturali obligatione liberaret, quæ scilicet per manumissionẽ nõ tollitur, vt nec aliæ obligationes, quæ naturalẽ præstationẽ habent, tollũtur per capitis diminutionem *l. eas obligationes 8. supr. de capit. minut.* Adeò autẽ verũ est, quod diximus, seruũ posse & obligare & obligari naturaliter, vt & dominus ipse obligari seruo suo possit. *l. si quod dominus 64. infr. hoc tit.* vbi est textus elegans, quia quæ sunt facti non trãseunt ad dominũ *dict. l. qui heredi.* Nec hoc casu locũ habet quod scriptũ est *in l. placet 79. De acquir. her.* vt dicemus *ad l. frater à fratre 38. infr. & ad d. l. si quod dominus.* Accursius noster vulgatæ lectionis vicio deceptus valde laborat, vt explicet quomodo possit manumissus soluere ex peculio, cuius liberã habeat administrationẽ, & fatetur nunc quidẽ non habere, sed antea habuisse, & ideò legit *habebat* nõ *habeat* ac præterea supplet *maximè* quia videt in eo qui manumissus soluit, nihil referre, an dũ esset in seruitute, habuerit liberã peculij administrationẽ an non, sed in eo tantùm qui adhuc seruus soluit. Quæ omnia nemo non videt quàm à Pauli sensu sint aliena. Præsertim ab eo quod statim sequitur, si seruus qui peculij administrationẽ habet, rem peculiarẽ dederit pignori in id quod debeat vtilẽ pignoratitiam id est quasi Seruianam & hypothecariã de pignore persequẽdo reddendã esse, nimirũ quoniam is qui liberã peculij administrationẽ habuit, etiã rem illã alienare potuit, vt idem Paulus noster ratiocinatur in *l. si conuenerit 18. §. vlt. cum l. seq. qua in filiofamilias idem iuris esse ait infr. De pignor. act.* Etsi enim non alius, quàm qui dominus est, alienare aut pignori dare potest *tot. tit. C. de reb. alien. nõ alienand.* Seruus autem nõ est dominus, ne tum quidẽ cùm liberã habet peculij administrationem, tantundem tamen iuris habet, quantum si esset dominus, quoties facit ex domini voluntate, siue vendat siue det pignori, *l. 2. l. si fundum 5. eod. illo tit. l. 1. & tot. tit. C. si res pign. data sit.*

1 ¶ Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit, & locupletior factus est, si pubes factus soluat, non repetit.

Ad §. 1. Item quod pupillus.

Hic §. pertinet ad quæstionem illam sanè perdifficilem, de qua iam satis multa scripsimus ex proposito ad *l. contra 30. supr. de pact. & ad l. vlt. de iur. iur.* Videtur autẽ Paulus hoc loco negare, Pupillum qui sine tutoris auctoritate mutuã pecuniã acceperit naturaliter obligari, nisi locupletior ex ea pecunia factus sit. Ita enim plerique interpretũ inferũt per argumentũ à cõtrario sensu, ex illis Pauli verbis *& locupletior factus est* quasi si locupletior factus nõ esset, aliter respõsurus Paulus fuisset, dandã scilicet pupillo repetitionẽ eius quoque pecuniæ, quã pubes factus soluisset, quasi nec naturaliter obligato. Cui cõgruere videtur ratio, quæ *in l. seq.* subiicitur ex Põponio, quòd natura æquũ sit, neminẽ cũ alterius iactura locupletari. Nec enim ratio hæc probare posset denegandã repetitionẽ impuberi, qui sine tutoris auctoritate mutuã pecuniã accepisset, nec locupletior ex ea factus esset, de quo scribit Licinius Rufinus *in l. pupillus 59. De oblig. & act.* cum nec iure naturali obligari, quod & de eo qui sine tutoris auctoritate stipulãti promisit scriptũ est *in l. quòd pupillus 41. infr. hoc tit.* Et tamen negari non potest, quin pupillus mutuã pecuniã accipiẽdo naturaliter obligetur, eáq; naturalis obligatio pariat retentionem & impediat condictionẽ. Sic enim scriptũ est in *d. l. vlt. De iureiur. l. cùm illud 25. §. heres meus infr. Quãdo dies legat. ced. l. si pupillus 21. ad l. Falcid. d. l. Stichũ aut Pamphilum 95. §. aditio vers. aliquando de solut.* Quinimò etsi mutuam pecuniã acceperit sine tutoris auctoritate *l. si pupillus 35. supr. de recept. Qui arbitr. recep. l. si pupillus 127. de verb. oblig. l. 1. in fi. de nouat. l. in numerationib. 44. de solut.* quãuis ea lex tractet de pupillo qui mutuã pecuniam accepit, nõ de eo qui per stipulationẽ promisit. Vnde est quod cõciliationis incũdæ gratia cogũtur nostri dicere aut potiùs diuinare id, quod scriptũ est in *d. l. pupil. & d. l. quod pupill⁹ & in hoc §. de pupillo* nõ aliter iure naturali obligãdo siue ex mutuo, siue ex stipulatione quã si fact⁹ sit locupletior, restringẽdũ esse ad eum casum, quo pupillus vel infans adhuc sit vel cũ ipso tutore suo cõtraxerit, quod planè cõmentitiũ est. Distinguenda est hac parte naturalis obligatio ab obligatione iuris naturalis aut gentiũ, itémq. obligatio naturalis quã pupillus cõtrahit mutuã pecuniã accipiẽdo, ab ea quã cõtrahit promittendo siue per pactũ siue per stipulationẽ, vt plurib. probaui ad leges supradictas. Nã dissensisse Iureconsultos in hac quæstione, quod alioqui necessariò dicẽdũ esset, mihi persuadere nũquã potui, aut dicẽdũ etiã erit dissẽsisse Paulũ hîc à seipso in *d. l. si pupillus 21. ad leg. falcid. & Põponium quoq. in l. seq. à seipso in d. l. vlt. de iureiur.* Quãquã si solus hic §. obiiceretur, respõderi facilè posset, nihil aliud hîc Paulũ dicere, quod etiã Rufinus admitteret, pupillũ qui sine tutoris authoritate mutuũ accepit & locupletior factus est, obligari iure etiã naturali, ideóq. si pubes factus soluat, nõ repetere, quia vt subiicitur in *l. sequ.* natura id est iure naturæ æquũ est neminẽ cũ alterius detrimẽto fieri locupletiorem, sed nõ idcircò esse consequẽs nec inferri posse per argumẽtũ à cõtrario sẽsu, vt si nõ sit factus locupletior, ne quidẽ naturaliter sit obligatus. Nõ enim valet sẽper argumentũ à cõtrario sẽsu scilicet cũ in vtroque sẽsu eadẽ ratio locũ habet, quomodo certè iuris ratio facit vt siue pupillus locupletior factus sit siue nõ sit, fateri oporteat esse illũ obligatũ naturaliter, nec si pubes factus soluat, repetere vnquã posse, nisi quod cũ locupletior factus est, maior ratio suadet, vt non tantũ naturaliter obligetur, sed etiã ciuiliter hodie ex rescripto Diui Pij *l. si pupilli 6. in princ. l. Nesennius 34. supr. de neg. gest. l. 3. in prin. inf. cõmod.* Propter quam causam tãtò minùs permittẽdũ est pupillo vt repetat. Quomodo enim pupillo soluenti daretur condictio cõtra quẽ etiãsi nõ soluisset dãda esset actio? Intellige, *si modò pubes factus soluat*, vt Paulus hîc scribit, non quasi solutio facta post pubertatẽ faciat pecuniã magis debitã aut indebitam, sed quia persona locum facit repetitioni, vt scriptum est in *l. interdum 29. infr. hoc tit.* Cùm enim pupillus nullam alienandæ suæ pecuniæ potestatem habeat, sequitur vt non possit sine tutoris authoritate soluere, ne quidem eam pecuniam, quam tutore authore vel mutuam acceperit, vel stipulanti promiserit.

14. POMPONIVS libro 21. ad Sabinum.

NAm hoc natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.

Ad l. Nam hoc natura 14.

Regula hæc est naturæ, id est iuris naturalis neminem cum alterius detrimento fieri debere locupletiorẽ *l. iure natura 206. de regul. iur.* nec malè Accursius esse hoc etiam ex iure gentiũ, nam in iis reb. quæ nõ sunt cõmunes hominib. cũ brutis animãtibus, sed solis hominib. cõueniũt, nõ distinguitur ius naturale à iure gentium *§. singulorũ Instit. de rer. diuis.* quia consentiunt in forma, cùm vtrumq. æstimetur ex ratione naturali gentib. omnib. cõmuni, vt diximus ad *l. omnes populi 9. supr. de iustit. & iur.* Itaq. nõ est quærẽda ratio dubitãdi ad hãc legẽ. In iis enim quæ pro ratione habẽt ius naturale & gentiũ dubitandi causa satis probabilis nulla potest occurrere, quamuis nõ desint casus qui possint obiici in quib. æquitas hæc manifestè violari videatur, vt in vsucapione per quam fit, vt alienæ rei dominium acquiratur, & domino eripiatur citra ipsius domini voluntatem *l. 1. & 3. & pass. infr. de vsucap. l. traditionib. 20. C. de pact.* Sed cùm bono publico sit inducta vsucapio ne rerum dominia semper sint in incerto, vt scriptũ est in *d. l. 1.* ac proinde ex æquitate merè ciuili, non est absurdum ciuilem legislatorem plus tribuere ciuili rationi & æquitati, quàm naturali, propter primam illam legem duodecim tabularũ, quæ nullã prorsus exceptionem patitur, *salus populi suprema lex esto*, nam & naturalis quoque ratio ipsa hoc suadet, vt potior causa esse debeat publicæ vtilitatis quàm priuatæ *l. ita vulneratus. 51. ad fin. supr. ad leg. Aquil. Auth. res quæ C. commun. de legat.* Neque nouum est, vt æquitas pugnet cum æquitate, vincat autem illa quæ sit maior & potentior *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* quamquam nec absolutè verum est, per vsucapionem euenire, vt quis cum alterius damno & detrimento fiat locupletior. Est enim alia æquè certissima iuris ciuilis regula nullis exceptionibus debilitata, quod quis ex culpa sua damnum sentit, sentire eum non videri *l. quod quis 203. de regul. iur.* Nemo autem dixerit carere culpa illum, qui tam negligens est in rebus suis aut conseruandis aut conquirendis, vt rem suam ab alio possideri per tantum tempus & vsucapi patiatur, vt Iustinianus scribit initio Tituli *de vsucap.* Vnde fit, vt etiam alienationis nomine vsucapio contineatur *l. alienationis 28. de verb. signific. l. si fundum 16. infr. de fund. dotal.* Et ita bene Accursius noster hîc ratiocinatur, cui licèt Bartolus obiiciat non esse bonam hanc rationem, quia fieri possit, vt is contra quem vsucapitur careat omni culpa, si fortè ius suum & vsucapientis possessionem ignorauit, quo etiam casu constat vsucapionem procedere *l. vlt. C. de præscript. long. tempor.* Multo tamen peior est obiectio, etsi enim non potest videri negligens in rebus suis conseruandis, ille qui rem quæ ab alio vsucapitur, ignorat suam esse, negligens tamen valdè est in rebus suis conquirendis, in cuius potissimùm negligentiæ pœnam vsucapio introducta est *dict. Tit. Instit. de vsucap.* magna porrò negligentia culpa est sicut & lata culpa dolus est *l. magna negligentia 226. de verb. signific.* Quod verò idem Bartolus post Dinum & Cynum respondet esse hunc rigorem iuris scriptum in specie propter bonum publicum, qui rigor præfertur huic æquitati, in genere multo minùs probari potest. Tantum enim abest vt hoc verum sit, vt potiùs contra rigorem iuris fatendum sit inductam esse vsucapionem ex sola æquitate, sed ciuili, vt diximus, non naturalis. Rigor namque iuris ciuilis non minùs quàm iuris naturalis facit vt id quod nostrum est, transire ad alium sine facto nostro non possit *l. id quod nostrum 11. de regul. iur. l. si ego 9. §. si res infr. de iur. l. si res infr. de iur. dot.* nec alteri per alterum iniqua condicio inferri debeat *l. non debet 74. de regul. iur.* quæ omnes iuris regulæ per vsucapionem violantur. Sed respicit Bartolus ad vulgarem illam nostrorum distinctionem de iuris rigore scripto, & non scripto, item de æquitate scripta & non scripta: quam nos toties refutauimus. Est igitur generalior & potentior supradicta illa regula *legis, quod quis*, quàm ea quæ proponitur in hac lege, non quia sit æquior, sed quia efficit ne ea quæ ponitur hoc loco & in aliis tam multis quos Accursius hîc congerit, habere locum possit. Non enim ait Paulus, natura æquum esse vt nemo ex aliena re locupletetur, sed addit *cum alieno damno.* Atqui damnum nullum est, quod quis ex culpa sua sentit, quia sibi suam quisque culpam imputare debet non alteri *l. factum 155. de regul. iur.* Non ergo pugnant inuicem hæ regulæ, vt alia aliam destruat, sed ita sunt comparatæ, vt quo casu vna locum habet, alia habere non possit. Errant igitur qui putant ex æquitate huius legis permittendum esse etiam prædoni, & malæ fidei possessori, vt expensas in alienam rem factas deducat, ne alioqui petitor ex aliena iactura locupletetur. Sic enim Tribonianus ratiocinatur, sub Pauli nomine in *leg. planè 37. supr. de hered. petit.* cùm tamen negari non possit, quin culpa magna sit eius, qui prudens & sciens in alienam rem impendit, quem proinde æquius est de seipso conqueri & de damno quod ipse sibi irrogauit quàm de petitore, vt nos contra Molineum, Cuiacium & Tribonianum ipsum disputauimus ad *dict. leg. planè & in Chiliade nostra de error. pragmat.* nec vllum sanè damnum sentire videtur possessor cui tam grauis & insignis culpa imputari potest, aut delenda omnino erit ex libris nostris regula *d. l. quod quis.*

15. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

INdebiti soluti condictio naturalis est. & ideo etiam quod rei solutæ accessit, venit in condictionem: vtputa partus, qui ex ancilla natus sit [a]: vel quod alluuione accessit. immo & fructus [a], quos is, cui solutum est, bona fide percepit [b], in condictionem venient.

Ad l. Indebiti 15.

RAT. DVB. Actiones omnes sunt ciuiles *leg. 2. §. deinde ex his legibus supr. de orig. iur.* nullæ verò naturales, id est ex iure naturali aut gentium comparatæ. Omnes enim sunt inductæ iure ciuili aduersus perfidos iuris naturalis, aut gentium violatores, vt Theophilus in *Instit. Tit. de action.*

de action. scribit, *iunct. l. cùm amplius* 84. *§. is natura debet de regul. iur.* Constant siquidem actiones omnes ex certis & solemnibus formulis & conceptionibus verborum *l. 1. & 2. C. de formul. & impet. act. sublat.* Ius autem naturale nullas agnoscit solemnitates, vt neque ius gentium. Atqui cōdictio indebiti actio est, sicut & cæteræ cōdictiones omnes sunt actiones, & quidem personales quibus intendimus aduersarium dare nobis oportere *§. appellamus Instit. de action.* Ergo indebiti condictio ciuilis est non naturalis. Dec. Omnes quidem actiones sunt ciuiles, sed nō omnes ciuili ratione comparatæ: Sunt enim quædam, quæ naturalem habent rationem, id est, ex bono & æquo æstimandam: eiusmodi autem est condictio hæc, vt & reliquæ omnes *l. hæc condictio 66. infr. hoc tit.* vbi ratio redditur, quia id quod alterius apud alterū sine causa deprehenditur, reuocare consueuerunt, quò etiam pertinet, quod in superiore lege scriptum est, condictionem hanc ideo esse inductam, quòd natura æquum sit, neminem cū alterius damno & iactura fieri locupletiorem. Atq. ita bene Bartolus locum hunc explicat, & meliùs quàm Accursius, qui putat ideo dici condictionem hanc naturalem, non ciuilem, quòd in ea veniant accessiones naturales tantùm non ciuiles. Illatio enim non ratio illa est huius sententiæ, vt Paulus docet verbis illis sequentibus, *Et ideò quod rei solutæ accessit, venit in condictionem.*

a *Vt puta partus qui ex ancilla natus sit.* Rat. dvb. Id demum per hāc indebiti condictionē repetitur, quod indebitum solutum fuit. Dicitur enim soluti indebiti cōdictio, vt ex principio huius legis cōstat, atqui soluta indebitè ancilla, non ideò partus qui post solutionē apud accipientē ex ea natus est, solutus videri potest, prius enim est vt in rerum natura fuerit, quàm vt solui potuerit, & ipsum repetitionis nomen ostendit, priùs necessariò datū fuisse id quod repetitur. Ergo partus ex ancilla post solutionem natus sicuti nunquam datus fuit, ita nec repeti potest. Dec. Hæc cōdictio naturalis est, & naturalē habet æquitatē, vt proximè diximus. Ergo in eā venire æquū est, quicquid solutæ rei naturaliter accessit, quia id habiturus fuerat actor si indebitū nō soluisset: æquè enim apud eum ancilla peperisset, atque apud eum cui soluta fuit. Ergo etiam partus ancillæ in hanc condictionem veniet: quamquam enim non est in fructu *l. vetus fuit quæstio 68. supr. de vsufr. l. in pecudum 28. infr. de vsur.* ideóq. à fructibus in hac ipsa lege distinguitur, vt & in *l. 2. infr. de vsur. l. præterea 20. sup. de rei vindic.* & alibi passim. Attamen accessio naturalis est, perinde ac fructus: idem ergo est, & si quid per alluuionem accesserit, quia alluuio quoque incrementum naturale est, & latens *l. ergo 30. § alluuio infr. de acquir. rer. domin.*

b *Immo & fructus.* Rat. dvb. Fructus non veniunt in actionib. stricti iuris nisi ex die tantū litis contestatæ *l. cùm fundus 31. supr. de reb. credit.* quia quale quid est, cū petitur tale dari debet *d. l. 2. infr. de vsufr.* Peti autem res tunc intelligitur, cùm litis contestatio fit, quæ priusquàm fiat, actor nō tam petere dicitur, quàm velle petere *l. amplius nō peti 15. infr. rat. rē haber.* Sicut neq. in arbitrariis fructus veniunt ante litem cōtestatam *d. l. præterea l. penult. & pass. de rei vindic.* imò nec in bonæ fidei iudiciis veniunt fructus, nisi ex die moræ, sicut & vsuræ *l. mora 32. §. in bonæ fidei l. vsuræ 34. l. & contraria 57. & l seq. §. penult. infr. de vsur. l. in minorū 3. C. in quib. caus. nō est necess. in integr. restit.* Atqui condictio indebiti stricti iuris actio est, sicut & condictiones omnes, quarum quippe nulla inter bonæ fidei actiones enumeratur in *§. actionum Instit. de action.* Ergo fructus in eam venire non possunt, qui ante litem contestatā percepti sunt, multo minùs qui ante moram, quos tamen omnes venire Paulus hîc scribit, etiam eos qui bona fide ac iure dominij ab eo qui indebitum accepit, percepti fuerint, cùm tamē illi qui etiā post litē contestatā percepti sunt, vel ideò maximè restituēdi sint, quoniā mala fide percepti intelliguntur, siquidē litis contestatio semper malā fidē inducit *l. sed etsi 25. §. si ante supr. de petit. hered. l. si homo 45. supr. de rei vindic.* Sed & alia nec minùs valida dubitandi ratio ad hunc locū ex eo peti potest, quòd fructus nō tam seminis quā soli iure percipiuntur *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* & proprietatis causam necessariò sequuntur *l. & ex diuerso 35. §. vbi autem supr. de rei vindic.* Atquin is cui solutū fuit indebitū, fructus percepit, si modò fūdum coluerit & seuerit, & seminis & soli iure suos illos fecit, nec enim datur vnquā cōdictio domino extra causam rei furtiuæ, sed ei semper qui dominus non est contra eū qui est dominus, *l. vlt. sup. vsufruct. quemadm. caueat.* Cùm per condictionem quamlibet intēdat actor sibi dari oportere, dare autē nihil aliud sit quàm dominiū transferre, id porrò tuum facere nemo possit, quod suum non sit, *§. sic itaque Instit. de action. iunct. l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* Qui ergo fieri potest, vt is qui condictione sine indebiti siue alia conuenitur, etiam fructus quos non solùm perceptione, sed etiam iure dominij suos fecit, actori restituere teneatur? Dec. Actiones quidem omnes stricti iuris, quibus intendimus aduersarium dare nobis oportere, & quæ ideo condictionis appellatione generali continentur, dantur non domino contra dominum, sed non tamen omnes eiusdem sunt generis & condictionis: aliquæ enim sunt quibus intendimus aduersarium dare nobis debere id quod nostrum neque est, neq. vnquam fuit, vt cùm agimus cōdictione certi ex stipulatione, aut ex mutuo vt in *d. l. certi condictio d. l. 2. de vsur. l. 1. de condict. tritic.* Aliæ verò sunt per quas intendimus dari nobis debere id quod nostrū aliquando fuit: cuiusmodi sunt condictiones indebiti, & sine causa & ob turpem causam. Ex iis quib. persequimur id quod nostrum nunquam fuit, non possumus consequi fructus nisi à die litis contestatæ *d. l. cùm fundus,* quia nō tam naturali quàm ciuili æquitate nitūtur, nec potest actor dicere se fructus illos habiturum fuisse, nisi à quo die petiit rem sibi dari, si data ei res fuisset, quemadmodum in rei vindicatione si fuisset ei restituta *d. l. præterea 20. supr. de rei vindic.* Ex aliis verò quibus eam rem persequimur, quæ aliquando nostra fuit, etiam fructus omnes consequimur quotquot à possessore eodémque domino percepti sunt, quatenus scilicet locupletior ex iis factus est, vt mox dicemus ex *l. si non sortem 26. §. libertus infr. hoc tit.* quia cùm naturalem habeant æquitatem, æquissimum est redire rem meā cum fructib. quos vtiq. percepissem, & haberem hodie, si eam rem non soluissem per errorem facti; aut sine causa, aut ob turpem causam. Et ita Paulus idem noster distinguit in *l. videamus generaliter 38. §. si actionem infr. de vsur. iunct. l. qui se debere 7. §. vltim. l. cùm quis 12. supr. de condict. caus. dat. l. in summa 65. §. ei qui infr. hoc tit.* longe quæ scripsimus ad *d. l. cū fundus.* Vsurarū alia ratio est, nec enim veniūt in condictionē indebiti *l. 1. C. hoc tit.* nempe quia non sunt accessiones naturales, sed ciuiles, nec tam naturæ quàm iure percipiuntur, vt Papi-

lianus loquitur in *l. si nauis 62. supr. de rei vindic.* vbi nos quid & quale hoc sit explicauimus.

c *Quos is cui solutum est, bona fide percepit.* RATIO DVB. Bonæ fidei possessor quilibet facit fructus suos sola perceptione interim *l. bona fidei 48. infr. de acquir. rer. domin.* id est, quandiu fundus euictus non est *l. qui scit 25. § vlt. infr. de vsur.* (fundo enim euicto certum est fructus adhuc extantes, id est, nondum consumptos, si neque vsucapti sint, venire in restitutionem officio iudicis *l. certum 21. C. de rei vindic.* & apud Iustin. *Tit. de offic. iudic.*) Absolutè verò acquiri bonæ fidei possessori eiúsque lucro cedere secuta postmodùm siue consumptione siue vsucapione *l. 4. § post litem supr. fin. regund. l. 4. § lana infr. de vsucap.* Idcóque dicimus bonæ fidei possessorem quemlibet in percipiendis fructibus, velut domini loco esse *d. l. bona fidei*, adeóque plus iuris habere quàm fructuarium, cùm fiant bonæ fidei possessoris statim atque separati sunt à solo, fructuarij verò non aliter quàm si aut ipse aut alius ipsius nomine eos perceperit *l. si fructuarius messem 13. supr. quib. mod. vsusfruct. amitt.* Atqui is cui fundus per errorem facti indebitè solutus est plus quàm bonæ fidei possessor est, cùm sit etiam dominus. Ergo fructus quos bona fide percepit, nullomodo restituere per hanc indebiti condictionem debet, præsertim verò si eos consumpserit. Non addo, *vel vsuceperit*, quia vsucapere nemo potest id quod iam suum est, cùm id quod iam meum est magis meum fieri non possit *§. sic itaque Instit. de action.* Quamuis impleto tempore quo perfici vsucapio potuisset, absurdum videtur possessorem ob id minus iuris habere, quòd fuerit iam dominus, & quàm habiturus esset si dominus non fuisset *l. in bello 12. § si quis seruum infr. de capt. & postlim.* Immò verò quid hoc est dicere, *quos is, cui solutū est, bona fide percepit.* Quasi possit malæ fidei possessor esse qui à domino emit, adeóque qui dominus ipse est: atqui hoc negat Iulianus in *l. si quis cùm sciret 8. infr. pro empt.* Ergo frustra est distinguere cum Accursio & Bartolo, an bona fide an mala is cui indebitū solutū est, fructus perceperit, tātū abest, vt verū esse possit, quod Accursius hîc tētat fructuū furtū facere eū, qui indebitū sciens accipit ex *l. quoniam 18. infr. de condict. furt.* (quę restringēda omnino est ad eum casum, quo dominiū pecunię indebitæ nō potuerit transferri in accipientē, vt ibi dicemus) Rectè in hoc à Bartolo reprehēsus, quia rei suæ furtū facere nemo potest. *§. 1. Instit. de oblig. quæ ex delict.* DEC. Qui cōdicit fundū indebitū quē per facti errorem soluit, illud ipsum dominiū repetit quod habebat antèquàm solueret, & quod semper habuisset, si per errorē facti nō soluisset, eodémq. dominij iure fructus percepisset, non ille cui fundus solutus est, quia nec dominus nec bonæ fidei possessor factus fuisset, si nō ei solutum fuisset per errorē. Ergo quæ ratio æquitatis inducit cōdictionē fundi, eadē quoq. dat causam restituendorum fructuum, & aliarum huiusmodi accessionum naturalium quæ fundo sua sponte accesserunt. Nec ius dominij, & plus quàm bona fides eius cui cōdicitur, potest esse impedimēto, quoniā aliud est de acquisitione, aliud verò de lucro fructuū tractare *d. § post litem*, & cùm in proposito causa restituēdorum fructuum sit antiquior causā eorundem acquirendorum, non est mirum potiorem esse causam veteris domini quàm noui, & cōdicentis quàm eius cui cōdicitur, perinde in fructib. quàm in dominio, vt ita causam dominij fructuū quoq. causa semper sequatur, vt in dubitādi ratione diximus ad versic. præcedentē ex *l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* Sic dicimus, Si minor aut alius quilibet qui in integrū restitui potest, fūdum vendiderit, deinde in integrū restitutus sit, fructus ei omnes restituendos esse, ex natura restitutionis in integrū, quæ omnia reponit in priorem & pristinum statum *l. quod si minor 24. §. restitutio l. patri 27. §. si pecuniam supr. de minor. l. vnic. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* In quo errant plerique interpretum antesignani pragmaticorū nostrorū, existimantes emptorē, quia bonæ fidei possessor est, quousque petita sit restitutio, nō alios fructus restituere cōpelli, quàm quos ex die litis contestatæ perceperit, quasi exinde malæ fidei possessor factus sit quod certè nō ita est. Omnes enim fructus restituere debet nō ratione malæ fidei, quæ ante litem cōtestatam nec vlla est, nec esse potest, sed vi & potestate actionis, cuius natura ita fert, vt fructuum omnium restitutionē secum trahat, siue in integrū restitutio sit, siue cōdictio indebiti, aut alia condictio eius rei quæ aliquando fuerit mea. Sic enim idem Paulus noster distinguit in *l. videamus 38. §. si actionem infr. de vsur.* Nempe quia non eadem subest ratio, aut æquitas restituendorum fructuum eius rei, quæ numquam fuit actoris, vt si condictio certi ex stipulatione exerceatur *d. l. cùm fundus 31. supr. de reb. credit. d. l. 1. de vsur.* neque distinguimus an possessor tāto tempore fructus restituendos possederit, quantū ad bonorum mobilium vsucapionem complendam necessarium est, cùm repetantur potestate, vt dixi, personalis actionis, quæ vsucapione nulla excluditur. Cæterùm quod dicimus omnes fructus in condictionem indebiti venire, sic intelligendum est, vt eatenus duntaxat veniant quatenus possessor ex iis locupletior factus est *l. si non sortem 26. § libertus infr. hoc tit.* Item deducta impensa quæ ad fructus percipiendos necessaria est *l. in summa 65. §. ei qui indebitum infr.* Locupletior autem ex fructibus perceptis factus esse possessor intelligitur, quoties tantundem de suo fuerat erogaturus, vt benè hîc notat Accursius ex *l. sed etsi lege 25. § quod autem [illegible] §. adeò sup. de hered. petit. & l. in pupillo 47. infr. de solut.*

1 ¶ Sed & si nummi alieni dati sint, condictio competet, vt vel possessio eorum reddatur. quemadmodum & si falsò [a] existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tibi tradidissem, condicerem. Sed & si possessionem tuam fecissem [b], ita vt tibi per longi temporis præscriptionem auocari non possit: etiam sic rectè tecum per indebiti condictionem agerem.

Ad § 1. Sed etsi nummi.

RAT. DVB. Qui alienos nummos soluit, non transfert dominium, ideóque nec liberatur *l. si alieni 78. infr. de solut. l. Iulianus 47. § 1. mandat.* Ergo non potest condicere, quia is demùm condicere potest, qui dominium habuit, & is demùm condictione tenetur, qui dare potest, id est, dominiū trāsferre *§. sic itaque Instit. de action. iunct. l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. obligat.* DEC. Condictionis nomen per se nihil nisi repetitionē significat eius quod trāslatū fuit in aliū, trans-

transferri autem potest aliquando dominium cum possessione, aliquando possessio sine dominio, siue ab initio id actum sit vt dominium cum possessione, siue vt sola possessio transferretur si dominium cum possessione indebitè translatum sit, condictio indebiti danda est ad repetendum cum possessione dominium, quod sicuti vix transfertur sine possessione, exceptis quibusdam casibus, de quibus in *l. 1. & 2. supr. de public. in rem act.* ita nec nisi per possessionem, cum qua semel coniunctum fuit *l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss.* scilicet si ab ea separari non possit, vt ea lex ait, si autē possessio sola quoquomodo translata sit absque dominio, quia dominium penes soluentem non erat, possessio quoque sola sine dominio condicetur: ita enim fiet ex vtraq. parte vt neq. absuturum sit, quicquā ei qui indebitū soluit, cùm nihil transtulerit nisi possessionē quā recuperat, neq. ex aliena iactura locupletetur is qui accepit, cùm possessionem quā solam acquisiuerat restituat. Taceo, quod etiam possessionis dominium quoddam est. Quicquid enim nostrum est, id vt in dominio nostro sit, prorsus necesse est. Possessionem verò nostram non minùs verè & rectè quàm dominium nostrum esse dicimus. *l. 1 infr. de bonor poss. & in l. 1. C. Theodos. eod. tit.* Ideóq. quisquis trāsferr possessionē, dicitur etiā transferre dominiū possessionis.

a *Quemadmodum si falso.* RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad versic. præcedentem: conuenit enim hic versiculus cum superiore in eo quod vterq. tractat de sola possessione translata: sed superior de possessionis translatione ab eo facta, qui id agebat, vt dominiū quoq. transferret, quod tamen quid erat alienum transferre non potuerat, hic verò de possessione trāslata ab eo qui se possessionem tantùm trāsferre debere putabat, quam tamen nec debebat: vtroq. autē casu sicuti possessio sola transfertur, ita & sola possessio cōdicitur: id enim solum cōdici potest, quod indebitè translatū fuit, vt suprà diximus: quid ergo si is in quem sola possessio translata fuerat, puta nummorum, de quib. agitur initio huius §. aut alterius cuiusdam rei mobilis, eā rē consumpserit, alitérve amiserit? Respondent bene interpretes, consumptione sicuti conciliatur mutuum, ita & indebitū cōciliari, cùm causa indebiti causæ mutui æquiparetur §. *is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig. & l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action.* si modò consumpta res sit in vtilitatem eius cui indebitè soluta fuerat possessio, quoniā & hoc casu contra æquitatē naturalē ex aliena iactura locupletaretur. Proinde cùm hoc casu ea ipsa res & possessio, quæ indebitè soluta fuit, cōdici non possit, tantundem necessariò condicendū est, vt in mutuo. Sed si amissa possessio sit, difficilius videtur, vt cōdictione teneri debeat is, qui locupletior factus non est *arg. l. si nō fortè 26. §. libertus infr. hoc tit.* Putat tamen Bartolus post Accursium etiam hoc casu condici posse tantundē quasi secuta tandem amissione dominium iam inde ab initio translatum fuisse intelligatur nummorum, vt ita is qui nummos accepit debitor generis ab initio constitutus esse videatur ex *l. si filiusfamilias 14. supr. de reb. credit.* Genus enim perire non potest *vulg. l. incendium 11. C. si cert. petat.* Aliud ergo est si solutio facta sit in ea specie, quæ in genus transire & degenerare numquam possit, vt benè concludit Accursius ex *d. §. libertus.* Illud tamen mirum videtur, quod pro possessione rei mobilis recuperanda detur actio personalis, cùm interdictū nullum detur, vt nostri tradunt ad *l. rem quæ nobis 15. de acquir. poss.* Sed nouum non est, vt latiùs pateat cō lictio, quàm interdictum, cū ex facto nostro nascatur. Sic & condictio triticaria datur ad possessionē *l. 2 infr. de condict. tritic.* & pignoratitia *l. si rem 9. §. is quoque de pignor. act. iunct. l. si in area 33. infr. hoc tit.* quam tamen huic §. opponit Accursius quasi contrariam, quòd in ea scriptum sit, si is qui in aliena area ædificauit, possessionem ipse tradiderit, condictionem eum non habere, quia nihil accipientis fecerit, sed rem suam dominus habere incipiat, verùm facilis responsio est, nihil in illa specie factum esse accipientis, vt lex ait, ideóque nec condictionem competere, quoniam area in qua possessor ædificauerat, iam erat accipientis, & possessio ædificij possessio quoque areæ est. In specie autem huius §. tractamus de translata possessione eius rei quæ nec dantis erat nec accipientis, sed aliena, vel quæ ita erat dantis, vt accipiens non possit dicere se rem suam habere nunc incipere.

b *Sed etsi possessionem tuam fecissem.* RAT. DVB. In condictione indebiti nō veniūt accessiones ciuiles, sed naturales tantùm, vt diximus initio huius legis ex *l. 1. C. hoc tit.* Atqui quòd accedit per vsucapionē, aut longi tēporis præscriptionē, accessio ciuilis est nō naturalis. Nec enim ius naturale aut gentiū vsucapionem vllam agnoscit aut lōgi tēporis præscriptionem, sed tantùm ius ciuile, & ex ratione merè ciuili, de qua in *l. 1. infr. de vsucap* cōtra rationē naturalē, de qua in *l. id quod nostrū 11. de regul. iur. & Tit. de vsucap. Instit.* Ergo si possessionem tuā fecerim, ita vt propter lōgi tēporis præscriptionē auocari à te non possit per verum dominū eius rei, cuius possessionē in te transtuli, nō est mihi permittendū, vt per indebiti condictionē tecū agā, ne alioqui nihil tibi prosit lōgi tēporis præscriptio qui possedisti, sed mihi, qui per totū illud tēpus non possedi. DEC. Eæ demū accessiones ciuiles nō veniūt in cōdictionē indebiti, per quas, si venirēt, fieret vt dānum aliquod possessor sentiret, puta si pecuniæ, quæ indebitè soluta est, vsuras præstare teneretur. Id enim duntaxat agit ciuilis legislator, vt omne lucrū auferat possessori, nō etiā vt damnū ei aliquod irroget. Vnde est quod nec aliæ naturales accessiones in hanc condictionē veniunt, quàm ex quib. possessor locupletior factus est, vt diximus ad initium huius legis ex *l. si non fortè 26. §. libertus infr. hoc tit.* Atqui cùm per hanc condictionem indebiti auocatur accessio illa ciuilis, quæ per vsucapionem fit, & longi temporis præscriptionem, nullum damnum possessori infligitur, sed lucrum duntaxat eripitur, quod per vsucapionem aut longi tēporis præscriptionē sibi acquisiuerat. Ergo eam quoque accessionē quamuis ciuilem in hanc condictionem venire æquum est, non minùs quàm si esset naturalis. Sed qui fieri potest, vt longo tempore præscribat, vel vsucapiat is qui indebitum accipit, cùm in mala fide esse videatur, quæ non tantùm vsucapionem impedit, sed etiam longi temporis præscriptionem *l. vnic. C. de transform. vsucap?* Nimirum si is, cui possessionem tradidi bona fide, putauerit sibi esse debitam, quæ reuera fuit indebita, vt in *leg. hominem 3. infr. pro suo.* Et ita non malè Accursius: quamuis Bartolus existimet parùm referre an sciens indebitum, an nesciens quis possessionem acceperit, quia quod bonam fidem requirimus in vsucapiente & præscribente, eò pertinet, vt mala fides impediat vsucapionem, & longi temporis præscriptionem aduersus dominum, non etiam vt bona fides requiratur in accipiente respectu eius qui soluit indebitū. Etsi enim

is qui accepit sciuerit esse indebitum, si tamen soluentem credidit esse dominum, atque ita dominium in se translatum esse per solutionem, nihil vetat eum vsucapere, & longo saltem tempore præscribere, quia quod ad dominium rei pertinet, non fuit in mala fide ex *l. si quis fundũ 43. infr. de acquir. poss.* Eáque Bartoli interpretatio vt subtilior, ita probabilior mihi videtur. Nam quod in *d. l. hominem pro suo,* adhibetur distinctio an is qui indebitum accepit, indebitum sciuerit, an ignorauerit, rationem illam habet, quia indebitum solutum fuerat ab ipso domino, contra quem vsucapio obiiciebatur. Ideò autem loquitur hîc Paulus de longi temporis præscriptione, non etiam de vsucapione, quia vsucapio solius possessionis nulla est, cùm sit adiectio dominij per continuationem possessionis temporis lege definiti *l. 3. infr. de vsucap.* Ponimus enim translatam fuisse possessionem solam, non etiam dominiũ, atque ita nullum adesse titulum ratione dominij, sine quo titulo non procedit vsucapio *l. Celsus 27. eod. tit.* At longo tempore acquiri etiam sola possessio potest, vnde & nomen habet longæ possessionis, nec enim adiectionem dominij inducit, sed tantùm parit exceptionem, ne à possessore auocari possit possessio, vt hic versiculus innuit, & diximus latè ad *l. penult. supr. de mort. infer. & ad l. si duo 13. §. Iulianus ait supr. de iureiur.* Et quamuis tam iurat titulum nõ minùs quàm vsucapio *l. 4. & pass. C. de præscr. long. tempor.* sufficit tamen titulus translatæ possessionis ad solam possessionem præscribendam, nec dominij titulus ad hoc exigitur, vt hîc locus omnium optimè probat. Cùm verò detur condictio dominij non domino aduersus dominum, domino autem vindicatio contra non dominum, quærunt nostri vtrius actionis potior causa esse debeat an vindicationis an condictionis, & cur is, qui condicit, non repellatur exceptione illa dolo facit, qui petit, quod redditurus est *l. dolo 8, de doli mal except.* Respondent autem post Bartolum, & rectè potiorem condictionis causam esse debere quàm vindicationis, nec malè, sed mala tamen ratione: aiunt enim condictionem hoc casu dari non tantùm ad possessionem, sed etiã ad dominium, quasi dominium sit vsucapione reconciliatum vt in mutuo *l. 2. §. appellata supr. de reb. credit.* Hoc verò falsum est. Condictio enim hoc casu datur non dominij, sed solius possessionis, cùm per longi temporis possessionem dominium acquiri non possit, vt diximus, nec titulus aliquis præcesserit, ex quo sequi vsucapio potuerit. Itaque non de vsucapione Paulus hîc loquitur, sed de longi tẽporis præscriptione, vt monuimus, quã passim nostri interpretes cum vsucapione confundunt valde imperitè, ac perniciosissimo errore. Nihílne ergo nisi possessionem cõdicet is, qui possessionem duntaxat indebitam tradidit? Nihil planè, nisi quod condicit possessionem cum ea vtilitate, quæ per longi temporis præscriptionem accessit, scilicet vt à possessore auocari ea possessio non possit propter exceptionem, quæ per longi temporis possessionem acquiritur. Ergo falsum etiam illud est quod interpretes supponunt pro vero, huic, cui possessio condicitur, competere rei vindicationem, cùm non detur ea nisi domino *leg. in rem 23. & pass. D. de rei vindic.* dominium autem per longi temporis possessionem nullum acquiratur, nec vlla consequenter in rem actio, nisi cùm post completam longi temporis possessionem deferente aduersario, possessor iurauit rem suam esse: quo casu etiam vtilis actio possessori datur, sed propter iusiurandum, non propter longi temporis præscriptionem *d. §. Iulianus ait,* vbi nos explicauimus. Enimuerò si ponas, vt in principio huius legis, translatum fuisse cum possessione dominium rei indebitè solutæ, eadem quæstio recurrit, cur non potior sit causa eius cui condicitur, cùm sit dominus, quàm condicentis qui dominus non est. Verùm facilis responsio est, antiquiorem esse causam cõdictionis, quàm vindicationis, & consequenter potiorem, quia res soluta indebitè condicentis fuit antequàm fieret eius cui hodie iustè condicitur. Et sicuti condictio tollit si non intellectum saltem effectum acquisiti aduersario dominij, ita & impedit ne vindicatio vlla dari possit ei, qui per condictionem in eam causam deducitur, in qua esset si dominus nunquam fuisset, quomodo de potestate euictionis Papinianus noster loquitur in *l. si patroni 55. § vlt. ad SC. Tert.* condictio enim nihil nisi euictio quædam est, sed quæ datur non domino ob id solùm, quòd dominus aliquando fuerit, & sine causa iusta dominium illud amiserit. Et quemadmodum dicimus vsucapione non extingui causam pignoris, *l. vsucapio 7 C. de pignor.* quia quæstio pignoris nihil commune habet cum intentione dominij nec vlla cum eo societate coniungitur, *l. 1 §. cùm prædiũ infr. eod. ill. tit. l. iusto errore 44 §. non mutat infr. de vsucap.* Ita & dicendum est ex iniusta illa dominij acquisitione, quæ fit per acceptam solutionem indebiti non posse cõdictionem extingui, quæ & anteriorem & iustiorem causam habet, sed extingui potiùs condictione vindicationem, quasi iam pro non domino habendus ille sit, qui in eo est, vt dominium quod vel sine causa vel ex iniusta causa habet, aduersario restituere mox debeat. Nec facilè possũ probare quod Bart. hîc notat, posse fieri aliquo casu, vt etiã acquisito per vsucapionẽ dominio, possessio tamẽ sola quę indebitè soluta fuit cõdicatur, vt puta, inquit, si tradideris mihi possessionem ex vna causa, & ego ex alio titulo, & alia causa p̃scripserim, quoniã hoc casu proprietas nõ accesserit occasione proprietatis quã à te habui, sed ex alia causa. Quod certè falsum est. Dominiũ. n. quod per vsucapionẽ acquiritur, sẽper accedit possessioni *d. l. 3. de vsucap.* cũ sine possessione nulla possit esse vsucapio *l. sine possessione 25. eod.* Et quẽadmodũ id quod meũ est, nõ potest magis fieri meũ *d. §. sic itaque Instit. de action.* Ita nec possessio quã ego per solutionẽ indebiti tuã feci magis tua fieri potest. Proinde verũ sẽper est te vsucepisse occasione eius possessionis, quã à me habuisti, & cõsequẽter dominiũ quoq. quod per vsucapionẽ accessit restituere te mihi oportere. Est enim hic quoque casus ex illis in quib. dominiũ possessioni semel iũctũ à possessione separari non potest, vt in *d. l. procuratorẽ 8. C. de acquir. poss.* quáuis dici soleat, quod & verũ est nihil cõmune habere causã possessionis cum causa proprietatis *l. naturaliter 13. §. nihil cõmune infr. eod. ill. tit.* Scilicet cùm proprietatis & possessionis causa formaliter & in abstracto cõsideratur, nõ etiã cũ in cõcreto. Itaq. qui cõdicit possessionẽ, is in cõsequentiã necessariã cõdicit etiã dominiũ quod possessioni quoquomodo accessit, vndequaque tandem accesserit, & quidẽ suo iure, adeò vt non idcirco veteri domino cuius dominiũ vsucaptũ est, vlla actione teneatur, vt omnes interpretes post Accursiũ cõsentiũt ex *l. si alienã 13. infr. de mort. caus. donat.* Quod autem obiicitur ex *leg. vlt. Cod. de his qui à non domin. manum. fuer.* vbi præscriptio tollit personalẽ actionẽ, quæ alioqui domino esset

no esset competitura contra eum, qui alienũ seruũ per obreptionem factam Principi manumisit, benè diluit Bartolus ex eo quod præscriptio ibi perimit dominium, aut vt loqui debuit, inefficacem constituit actionem & vindicationem dominij, cuius sola ratio causam præbebat actioni personali, hîc verò præscriptio non tollit causam personalis actionis, sed eam auget potiùs, & validat.

2 ¶ Sed etsi vsusfructus in re soluta alienus sit: deducto vsufructu, à te condicam.

Ad §. 2. Sed etsi vsusfructus.

RAT. DVB. Vsusfructus in plerisque casibus pars dominij censetur *l. 4. supr. de vsufr.* & cùm rei emolumentum contineat saltem portionis instar obtinet *leg. cùm filius 76. §. dominus de legat. 2. leg. qui vsumfructum 58. de verb. obligat.* Ergo si eam rem indebitè tibi soluerim cuius proprietas ad me pertinebat, vsusfructus verò ad Titium, non est mihi permittendum, vt proprietatem condicam, non magis quàm vt partem corporis pro indiuiso *arg. leg. si pœna 19. §. si falsò infr. hoc tit.* DEC. Vsusfructus in iure consistit non in parte *leg. Maeuius 66. §. fundo de legat 2. leg. si à reo 70. §. si reo infr. de fideiuss.* nec permiscenda est causa proprietatis cum causa vsusfructus *leg. pen. in fi. de acquir. poss.* Nihil ergo vetat fundum, qui indebitè solutus est, etiamsi vsusfructus in eo alienus sit (sic enim legendum hîc est *in re soluta* non vt apud Accursium *cum re soluta*,) condici dummodo condicatur deducto vsufructu. Hæc enim adiectio ideò necessaria est, quoniam alioquin is qui fundum simpliciter condiceret, plenam non nudam proprietatem auocaret, cùm appellatione fundi plena proprietas significetur *leg. si alij fundum 19. de vsufr. legat.* atque ita repeteret etiam id quod suum anteà non fuisset, quasi extincto iam vsufructu qui tamen alienus adhuc esset: hoc verò pugnaret vtique cum naturali æquitate, qua tamen condictiones omnes nituntur, vt ad initium huius legis diximus. E contrario fieri potest, vt qui nudam proprietatem in fundo habuit, eámque indebitè soluit, cùm alius in eo fundo haberet vsumfructum, nec tamen eum possideret, etiam fructus condicat, quamuis vsumfructum ipsum non possit, nec plenam proprietatem condicere, scilicet si possessor fructus illos perceperit, quia verum est accessisse fructus possessioni, quam à soluente indebitam habuit, nec alio iure quæsitos ei fuisse quàm quia eos bona fide perceperit *leg. bona fidei 48. infr. de acquir. rer. domin.* cùm à domino causam habuerit *leg. si quis cùm sciret S. pro emptor.* Cæterùm si fructus nullos perceperit non magis fructus ei condici poterunt, quàm vsusfructus qui alienus est: & ita benè post Accursium Bartolus: quod tamen intellige, si modò possessor nescierit vsumfructum ad alium pertinere, nam si sciuit, non potest videri eos fructus bona fide percepisse *dict. leg. bona fidei §. in contrarium.* quamquam vix fieri potest, vt nesciuerit vsumfructum ad alium pertinere, is cui nuda tantùm proprietas soluta est, nisi acceperit eo errore, quasi plena proprietas ad soluentem pertineret: aliud est, si is cui nuda proprietas indebitè soluta fuit, fructuarium expulerit, non enim eo magis plena proprietas condici poterit, quia expulsio fructuarij non extinguit vsumfructum, nec eum consolidat cum proprietate, neque propter indebitam nudæ proprietatis solutionem, sed facto possessoris expulsum ponimus fructuarium. Planè si possessor posteà pergeret velle frui, ob expulsum à se & facto suo fructuarium, posset dominus contra possessorem agere negatoria, quia quod ad eum pertinet, liberas ædes habet, inquit Accursius ex *leg. loci corpus 4. §. competit supr. si seruit. vindic.* idem quærit, quid si id quod tibi indebitè tradidi, tuum crediderim, atque ita dominij translatio in te nulla facta sit, quia nec animum habui transferendi. Respondet autem, consumptione secuta, vtilem me condictionem etiam dominij habere, quia dominium re vera meum fuit, idque ad instar & exemplum mutui *arg. §. is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig. iunct. l. certi condictio 9. §. si nummos* vbi dixi *supr. de reb. credit.* Illa quæstio difficilior est, quam postremo loco proponit Accursius, si fundum tibi tradiderim, cuius alius sit emphyteuta, & tu emphyteutam expellas, an fundum pleno iure quasi totum meum possim condicere, non detracto iure emphyteutico, quod ad alium pertinebat. Respondet verò post Ioannem, non per omnia bonam esse comparationem vsusfructus & emphyteuseos, proptereà quòd vsusfructus personã imitetur, & cum ea finiatur, non etiam emphyteusis, quæ ad heredes quoscunque sui natura etiam extraneos transit. Etsi enim extinctis quoque personis in emphyteusi expressis, emphyteusis ad dominum directum reuertitur *§. emphyteusis Nouell. 7. de non alien. aut permut. reb. eccles.* non minùs quàm vsusfructus ad proprietatem, vna tamen emphyteusis est in personis omnium, cùm tamen variatis fructuariorum personis idem vsusfructus esse non possit *l. stipulatio ista 38. § si quis ita de verb. obligat.* vt benè pro Accursio Bartolus disputat. Cætera quæ hic congerit Bartolus de admittẽda vel reiiciẽda exceptione quæ sit de iure tertij aut exclusiua iuris agentis in totũ, & ipso iure, aut respectu tãtùm cõmoditatis & vtilitatis alicuius aut etiam non aliter quàm si tertius velit, itẽ quæ sit de iure quodã tertij accessorio rei principalis, aut de eo quod per se principaliter subsistat, cõsultò hîc prætermittimus, nõ solũ ꝙ aliena sint ab huius §. sentẽtia, sed etiã quia hãc ipsã quæstionẽ alio cõmodiore loco iã tractauim⁹, & alibi sæpe tractaturi sumus.

16. POMPONIVS libro 15. ad Sabinum.

SVb condicione debitum, per errorem solutum, pendente quidem condicione repetitur: condicione autem existente, repeti non potest [a]. quod autem sub incerto die debetur [b], die existente non repetitur.

Ad l. Sub condicione 16.

RAT. DVB. Quod ex stipulatione condicionali debetur, quandiu pendet condicio, incertum est, an ex ea stipulatione deberi possit, ideóque nec interim peti potest ab eo, qui etiam deficiente condicione puram actionem habiturus esset *leg. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Eadem ergo ratione dicendum est, si id quod sub condicione debetur pendente condicione solutum sit, non posse id repeti

antequàm condicio defecerit, quia non potest dici certò ac verè indebitum, quod fieri adhuc potest, vt aliquo casu debeatur. DEC. Quod sub condicione debetur, nullomodo deberi intelligitur, antequàm condicio venerit, quia nec dies priùs cedere intelligitur *leg. cedere diem 213. de verb. signific. leg. grege 13. §. final. infr. de pignor. leg. si quis reum 5. §. idem Iulianus in finem infr. de liber. legat.* Ergo si interim solutum sit, repeti potest per hanc indebiti condictionem. Aliáque ratio est pecuniæ quæ vni purè debita, alij sub condicione nouandi animo promissa, est de qua in *dict. leg. pecuniam.* quandiu enim deberi vni potest, verum est alij eam non deberi, ideóque nec ab alio interim peti posse. Nos de ea pecunia loquimur, quæ vni tantùm sub condicione debita & promissa est, ac proinde quam nec alius petere potest, nec is ipse cui promissa fuit, cùm nec ei adhuc debeatur. Proinde si interim soluta sit, nihil causæ est, cur soluenti per errorem non sit danda condictio, quia ad impediendam condictionem non sufficit, vt quod solutum est, deberi aliquo casu possit, sed necesse est, vt aliquo iure iam debitum sit, eo tempore quo condicitur. Denique separanda est petitio à repetitione. Peti non potest, nisi quod certum sit iam debitum esse, alioqui ante diem petere actor videtur, ideóque malè agere *dict. leg. pecuniam in fin.* At repeti potest quicquid certum non est debitum esse, licèt incertum sit an aliquo casu deberi possit, & fieri queat, vt posteà debeatur.

a *Condicione autem existente repeti non potest.* RAT. DVB. Superueniens existentia condicionis non facit quin verum sit solutum fuisse indebitum solutionis tempore inspecto. Adeò vt nec is qui soluit liberetur, tanquam qui non soluerit idipsum, quod promisit *leg. stipulatio ista 38. §. inter incertam infr. de verb. obligat.* Ergo nec potest impedire condictionem indebiti soluti, vt qualitas iuncta verbo intelligatur secundum tempus verbi *leg. 4. §. si extraneus supr. de noxal. action.* DEC. Condicionis euentus facit, vt quod anteà & solutionis tempore fuit, indebitum reperiatur debitum eo tempore, quo de condictione quæritur: non enim sufficit ad inducendam condictionem indebiti, vt fuerit aliquando indebitum, sed necesse est, vt tale sit eo tempore, quo condicitur. Ita namque fit, vt qualitas iuncta verbo intelligatur secundum tempus verbi, quod non fieret, si solutionis tempus inspiceretur, *l. ex parte 25. de solut.*

b *Quod autem sub incerto die debetur.* Malo legere *Quod item.* Nihil enim est in hoc versiculo, quod superiori sententiæ aduersetur. Estque hæc emendatio probabilior, quàm si cum Iacobo Cuiacio legas in verbis sequentibus *die non existente*, aut quod in idem recidit *die pendente.* Sic enim ille *libr. 13. Obseruat. cap. 20.* Et verò non alia versiculi huius ratio est, quàm quia dies incertus pro condicione habeatur non minùs in contractibus *dict. leg. stipulatio ista 38. §. inter incertam de verb. oblig.* quàm in testamentis *leg. dies incertus 75. de condic. & demonstr.* Ratio autem dubitandi non alia rursum, quàm quod aliud sit deberi quid in diem, aliud verò sub condicione: sed intelligi hoc debet de eo quod debetur in diem certum, id est quem omnino venturum esse certum est *dict. §. inter incertam leg. quod certa 79. de solut. leg. cedere diem 213. de verb. signific. §. 1. Instit. de Attil. tutor.* nam inter condicionem & diem incertum nihil vnquam interest, neque quod ad condictionem indebiti pertinet, neque alia vlla iuris parte. Incertum ergo diem hic intellige, qui certo opponitur, id est, qui an venturus sit necne, incertum est, non autem quem certum sit venturum esse, licèt nesciatur quando. Nam de eiusmodi die incerto tractatur in *leg. seq.* id est de die mortis, qui & incertus dicitur in *leg. 1. de condic. & demonstr.* ad differentiam incerti, de quo in hoc versic. agitur. Et sanè incertum diem simpliciter, cùm dicimus, eum intelligere debemus, cui magis hæc appellatio conueniat, id est, qui omnino sit incertus, non solùm quando venturus sit, sed etiam, an aliquando, vt in exemplo quod adfert Accursius de die nuptiarum nam is dies, quem venturum esse certum est, licèt incertum sit quando, aliqua saltem ex parte certus est: nec aliud iuris est in condicione: etsi namque condicionem appellamus eam quoque, quam omnimodo extituram esse certum est, parum tamen differt à non condicione, licèt hoc incerti habeat quòd nesciatur quando extitura sit *l. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat.* Et condicio propriè illa est, de qua nesciatur nô solùm quando futurum sit, vt impleatur, sed nec an aliquando impleri possit *l. quòd si sub condicione 18. infr.*

17. VLPIANVS libro 2 ad Edictum.

NAm si, cùm moriar, dare promisero, & antea soluam: repetere me non posse, Celsus ait. quæ sententia vera est.

Ad l. Nam si, cum moriar 17.

RAT. DVB. Quod sub incerto die debetur, die demùm existente non repetitur, at priusquàm dies existat, si solutum sit, repetitur, perinde acsi sub condicione debitum fuisset, vt proximè dictum est in *versic. vlt. legis præcedentis.* atqui dies mortis incertus est, ergo pro condicione haberi debet, etiam quod pertinet ad suspendendam debiti causam *leg. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici infr. de iur. fisc.* vt proinde, si quod promisi dare cùm moriar, viuus soluero, possim id repetere condictione indebiti. DEC. Incertum quidem est, quando dies mortis venturus sit, & eo respectu mortis dies rectè ac verè incertus dicitur, sed tamen certum est venturum aliquando esse, & hoc sensu certus est non incertus, & certo diei comparandus magis quàm condicioni, præterquàm si compares condicioni omnimodo extituræ, de qua in *leg. seq.* & quæ nec pro condicione habetur, vt suprà diximus ex *leg. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat.* Atqui quod in diem certum debetur, aut sub condicione omnimodo extitura, si solutum sit interim, non repetitur. Ergo nec quod ante mortem meam solui, quamuis non nisi mortis tempore dari debuerit *leg.*

bree

heres meus vbi est textus elegans *D. de condic. & demonstr.* Itaque non exemplum legis præcedentis in hac ponitur, quæ prima interpretatio Accursij est, sed ἀντίθετον quoddam, ac si scriptum hîc esset, meritò Pomponium in lege præcedente locutum esse de die incerto id est merè incerto, & qui nihil ex vlla parte certi habeat. Nam si in diem mortis aliquid promissum sit, aliud dicendum esse, quia non prorsus incertus, sed aliqua ex parte certus dies ille est, cùm non possit non existere, ita vt non tam condicione quàm mora suspendi debitum videatur, quomodo Papinianus loquitur in *dict. leg. heres meus*, & ita si has duas leges intelligas, nihil in iis erit quod absurdum aut inconueniens videri possit, non magis quàm si per manifestiorem antithesim Vlpianus hîc scripsisset, *Alioquin si non sub die prorsus incerto, sed in diem mortis meæ aliquid promisero.* Sic enim hæc lex superiori coniungenda est, & sententia Celsi accipienda, quam Vlpianus hîc refert & probat. Itémque ita vt promissio facta per hæc verba, *cùm moriar* aliam causam habeat, quàm donationis, & sit promissio inter viuos, alioqui censeretur donatio causa mortis, vt Bart. hîc tractat ex *leg. Seia* 42. *D. de mortis causa donat. leg. Seia* 11. *de dot. releg. iunct. leg.* 1. *C. vt action. ab hered. & contra hered. incip. leg. hereditarium* 7. *de bon. authorit. iudic. possid. leg vltim. C. de contr. & committ. stipulation. leg. mortis causa* 15. *infr. de mort. caus. donat.* Miror autem Accursium separare hac parte legatum à stipulatione, quasi id quod ex stipulatione debetur sub die incerto, si interim solutum sit, repeti non possit, contrà verò repeti possit legatum sub incerto die relictum, etiam quem venturum esse certum sit, aut quasi dies incertus in legato duntaxat pro condicione habeatur *dict. leg. dies incertus leg. talis scriptura* 30. *§. sed etsi sub condicione delegat.* 1. non etiam in stipulatione. Etsi enim verum est, quod Accursius adfert pro ratione dissimilitudinis, ex stipulatione condicionali spem transmitti ad heredem *leg. is cui* 42. *de obligat. & action.* non item ex legato *leg.* 4. *infr. quand. dies legat. ced. leg. vnic. §. sin autem sub condicione C. de caduc. tollend.* nimirum quia in stipulatione, quamuis condicionali factum aliquod stipulatoris interuenit, qui eo facto suo sibi suisque prouidere voluit *leg. si pactum* 9. *infr. de probation.* quod in legato secus est, quod totum pendet ex facto & voluntate testatoris, vt docuimus *libr. Coniect. capit.* Attamen non minùs in contractibus quàm in testamentis dies incertus condicionem facit, vt suprà diximus ex *leg. stipulatio ista* 38. *§. inter incertam infr. de verbor. obligation. leg. qui promisit* 49. *leg. sufficit* 56. *infr. hoc titul.* nec minùs parit condictionem indebiti, si ante diem existentem solutum sit, quàm si ex causa legati in diem incertum relicti solutum esset, quia nec solui adhuc potest quod nondum debetur *dict. §. inter incertam*, & in legatis quoque id obtinet vt ea demùm solui possint, quæ certum est debitum iri, quamuis dies eorum nondum venerit, cuiusmodi sunt legata in diem certum relicta *dict. leg.* 1. *§. primo de condic. & demonstrat.* Denique paria sunt, ac ferè synonyma, solui quid iam posse, & solutum repeti non posse. Generaliter enim quicquid solui iam potest, ita vt solutum pariat liberationem, id si solutum sit, repeti posteà non potest, cùm fieri nequeat, vt eadem solutio pariat & liberationem & condictionem *leg. cùm is* 32. *§. primo iunct. leg. si non sortem* 26. *§. si centum infr. hoc titul. leg. cùm quis* 38. *§. primo & §. de peculio in fine leg. pupilli* 96. *§. vltim. infr. de solution.* Sicut nec illud fieri faciliè potest, vt solutio debiti facta vel liberationem non pariat, vel condictionem extra casum singularem *leg. Neratius* 65. *infr. hoc titul.* nulla igitur differentia est quod ad condictionem indebiti pertinet inter stipulationem & legatum, si dies incertus fuit, non magis quàm si expressa fuerit condicio siue in legato siue in stipulatione. Illa tantùm differentia obseruanda est, cùm quid in diem mortis siue promissum siue legatum est, an in diem mortis creditoris aut legatarij dilata res sit, an in diem mortis debitoris & heredis. Posteriore hoc casu nihil incerti est, quia & creditorem & legatarium moriturum esse certum est, nec tam condicione quàm mora obligatio suspenditur *dict. leg. heres meus.* Priore verò, licèt debitorem pariter, aut heredem moriturum esse certum sit, incertum tamen est, an viuo eo creditor aut legatarius moriturus sit, an posteà. Si mortuo iam eo, dubitationem res non habet, quin & quod promissum & quod legatum est, debeatur heredi creditoris, itémque legatarij: ratione scilicet illa vtrique communi, quòd stipulationis aut legati dies cesserit, quo casu etiam legatum transmittitur ad heredem. Si autem viuo adhuc promissore, aut herede, stipulatio quidem non intercidit, legatum autem intercidit, non quasi stipulationis dies cesserit, non autem legati (nam nec stipulationis condicionalis dies ante condicionis euentum cedit *dict. leg. cedere diem* 213. *de verbor. significat.*) sed quia stipulatio condicionalis etiam cuius dies numquam cessit, transmittitur, legatum condicionale non item propter rationem illam diuersitatis quam suprà attulimus, idque siue talis sit incertus dies, vt certum tamen sit eum tandem extiturum, siue prorsus incertus, ita vt nec an extiturus sit sciri possit, sed non debet hac parte separari dies incertus quisquis ille sit, siue mortis, siue nuptiarum à condicione expressa, neque rursum quantum ad condictionem indebiti siue ex stipulatione, siue ex legato solutum sit, sed vt omnia ex iuris ratione æstimentur, separandus est duntaxat casus, quo solutum sit, ante diei incertæ vel condicionis euentum, id quod certum sit, omnimodo debitum iri, ab eo casu quo solutum fuerit id quod incertum sit, an aliquando debeatur, vt priore casu indebiti condictio denegetur, siue solutum sit, quod promissum, siue quod legatum fuit *dict. leg. qui promisit* 49. *infr. hoc titul.* Alia tamen ratio constituatur stipulationis & legati in eo, quod ex stipulatione certum esse potest debitum iri, quod si ex legato deberetur, non æquè certum esset, nempe quia ex stipulatione certum est debitum iri, quod debetur in diem mortis, non quòd dies huius stipulationis cedat ante diem mortis, sed quia etiamsi ante diem cedentem stipulator ipse moriatur, non eo minùs transmittit stipulationem ad heredem: at ex legato in diem mortis relicto certum non est debitum iri, quamuis perinde certum sit moriturum heredem, in

cuius mortis tempus legatum dilatum est, quia non sufficit diem legati quandocunque cedere, sed necesse est vt cedat viuo legatario, qui alioquin nihil ad heredem transmitteret: non cedit autem viuo legatario, si fortè is viuo herede moriatur *dict. leg. si cùm heres* 4. *infr. quand. dies legat. ced. dict. leg. heres meus*, vbi quæ proponitur prima species de legato in hæc verba relicto, *Heres meus cùm morietur Titius, centum ei dato* in qua specie ait Papinianus legatum non tam condicione quàm mora suspendi, rationem non aliam habet, quàm quia legati huius dies non nisi viuo Titio possit cedere, siquidem cedit moriente Titio, instans autem mortis vitæ adscribitur, vt sæpiùs diximus ex *leg. qui duos* 18. §. *primo de manumi. testament. & leg. vltim. de condicion. institution.* Atque ita fortasse Accursius in posteriore sua interpretatione sensit: non tamen satis apertè, vt puto, explicauit, neque rursum Bartolus, licèt hic paullo distinctiùs.

18. IDEM libro 47. ad Sabinum.

QVòd si ea condicione detur, quæ omnimodo exstatura est: solutum repeti non potest: licet sub alia condicione, quæ an impleatur, incertum est, si ante soluatur, repeti possit.

Ad l. Quòd si ea condicione 18.

RAT. DVB. Quod sub condicione debitum est, si interim solutum sit, repetitur *leg. sub condicione* 16. *supr.* Atqui condicio etiam quæ omnimodo extatura est, attamen condicio est. Fit enim & concipitur per articulum *si*, perinde atque alia quælibet condicio *leg. cùm ab eo* 41. *infr. de contra. empt.* Quamquam nec aliud est si concipiatur per articulum *cùm* vt puta *cùm moriar* sicut in lege præcedente *leg. si Titio* 22. *vers. nec interest* vbi eleganter Pomponius *infr. quand. dies legat. ced. leg. qui promisit* 49. *infr. hoc titul.* Ergo etiam quod sub ea condicione debetur, quæ omnimodo extatura est, si solutum sit, repeti non potest. DEC. Condicio, quæ omnimodo extatura est, nomen quidem condicionis retinet, sed vim & potestatem condicionis non habet, quia licèt in futurum conferatur, quod ad faciendam condicionem præcipuè necessarium est *leg. itaque* 39. *supr. de reb. credit.* nullam tamen habet incertitudinem quantum ad euentum implementi, cùm non possit non impleri, nec se habet indifferenter ad esse & non esse, ex quo potissimùm substantia condicionis æstimatur, licèt incertum sit quando impleatur condicio, *leg. sufficit* 56. *infr. hoc titul. leg. heres meus* 79. *de condic. & demonstr. leg. si quis ita scripserit* 35. *de hered. institution.* Ergo quod sub condicione omnimodo extatura debetur, si interim soluatur, non potest repeti, perinde ac si purè debitum esset: nam & qui sub tali condicione stipulatur, purè stipulari intelligitur *leg. si pupillus* 9. §. *qui sub condicione infr. de nouat.* nec magis certum est iam deberi, quod purè debetur, quàm debitum iri, quod sub condicione omnimodo extitura promissum est, sicut & quod in diem certum, de quo in *leg. in diem* 10. *supr.* & rursum id quod in diem incertum omnimodo tamen euenturum, cuiusmodi est dies mortis, scilicet si debeatur ex stipulatione, non ex legato secundum eam distinctionem, quam docuimus ad legem præcedentem: cum qua non ita hæc coniungenda est, quasi superiori aduersetur, sed potiùs vt quod in præcedenti dictum est, de promissione facta in diem omnino extituram, protrahatur ad promissionem factam sub condicione omnimodo extitura, & distinguatur ab ea condicione quæ sit verè condicio, itémque à die incerto qui sit omnino incertus, & an & quando, vt Bartolus loquitur.

19. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

SI pœnæ causa eius, cui debetur, debitor liberatus est: naturalis obligatio manet. & ideo solutum repeti non potest.

Ad l. Si pœnæ causa 19.

RAT. DVB. Liberatio & obligatio secum inuicem pugnant. Facit enim obligatio debitum, quod liberatio facit indebitum. Ergo quoties debitor liberatus est in pœnam eius, cui debetur, obligationem aliquam manere impossibile est, & consequenter si debitor ita liberatus soluat, potest repetere quasi indebito soluto. DEC. Ratio iuris ciuilis aut prætorij iura naturalia corrumpere non potest *leg. eas obligationes* 8. *supr. de capit. minut.* §. *vltim. Institution. de legit. agnat. tutel.* atquin obligatio naturalis ex sola æquitate naturali æstimatur, *leg. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *naturalis de solut.* Ergo quamuis ratio aliqua iuris siue ciuilis siue prætorij liberet debitorem, vt in exemplis quæ congerit Accursius ex *leg.* 3. §. *vltim. supr. quod quisque iur. leg. extat* 15. *quod met. caus. leg. si quis in tantam. C. vnde vi l. in criminali* §. *C. de iurisdict. omn. iudic. & Nouell. de statut. & consuetud. contra libert. ecclesi.* §. *primo leg. qui exceptionem* 40. *infr. hoc titul. leg. sed si paterfamilias* 9. §. *vltim. & leg. seq. infr. de senatusconsulto Maced.* (etsi postremum hoc exemplum sumptum ex senatusconsulto Macedoniano displicet Bartolo, nec immeritò, cùm Macedonianum non modò naturalem obligationem non tollat, sed neque ciuilem, *dict. leg. sed si paterfamilias* 9. §. *vltim. & leg. seq.* vbi dicemus) naturalis tamen obligatio remanet, quæ proinde impedit repetitionem soluti. Placet tamen quod Bartolus notat, non posse ex huiusmodi obligatione naturali induci compensationem,

sent, non ex *leg. quæcunque* 14. *infr. de compensation.* qua mouetur Bartolus, quasi in ea scriptum sit, non quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem venire (contrà enim generalis, Iauoleni sententia & regula est, vt ea demùm & omnia quæ per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniant, id est vt nihil eorum quæ per exceptionem aliquam elidi possunt, compensari possit) sed quia nihil fit contra rationem iuris, aut ciuilis aut prætorij, cùm repetitio soluti impeditur, siquidem id fit per solam retentionem: at fieret, si post liberationem ciuilem aut prætoriam induceretur compensatio, quoniam ipso iure compensatio fit *leg. si ambo* 10. *infr. de compensat. leg. si constat* 4. *C. eodem.* Itémque quoniam is qui compensat, non tantùm excipere, sed etiam petere quodammodo videtur *leg. amplius non peti* 15. *infr. Rat. rem haber.* non etiam ille qui retinet quod actor vult condicere, idem tractari potest si verus debitor per iniquam sententiam absolutus sit: nec enim eo minùs remanet naturaliter obligatus, idcóque si soluat non repetit *leg. Iulianus verum debitorem* 64. *infr. hoc titul.* quem tamen nemo probabiliter dixerit posse compensationem pati, si summotus creditor prætextu subsistentis adhuc naturalis obligationis velit compensare id quod ipse inuicem debeat absoluto debitori. Est enim hic effectus naturalis obligationis ex iure ciuili, vt pariat compensationem, ex quo iure ciuili etiam illud est, vt sententia pariat liberationem, & pro veritate habeatur *leg. res indicata* 208. *de regul. iur. leg. ingenuum* 25. *supr. de statut. homin.* an non verò etiam ille, vt naturalis obligatio impediat repetitionem soluti? Ita verò: sed differentia illa est inter effectum hunc, & cæteros, quos producit naturalis obligatio, id est, vt pariat exceptionem, deductionem, & compensationem, quod in obiicienda non modò exceptione, & deductione, sed etiam compensatione, quamuis ipso iure fiat, vt diximus, factum aliquod obiicientis necessarium est, cui facto ius resistit siue ciuile illud sit, siue prætorium, quod debitori attulit liberationem, at in retinendo nullum factum retinentis versatur, sed ad retinendum sufficit, vt eam rem possideat, quam nec velit reddere, nec possit actor ei auferre, proinde nihil facit contra liberationem aduersario partam iure ciuili, aut prætorio, præsertim cùm possessor effectus sit facto aduersarij, qui tametsi liberatus, soluit tamen, licèt per errorem, quod in casu obiiciendæ exceptionis, deductionis, & compensationis diuersum est. Is namque qui in creditoris pœnam, cùm ei aliquid deberet, debito liberatus est, si agat posteà, & ex noua causa aliquid petat nihil facit, propter quod danda sit creditori, quamuis re vera & naturaliter creditor remaneat, aut exceptio, aut deductio, aut compensatio contra eum qui iure liberatus est, quamuis perinde naturalis obligatio omni casu subsistat. Illud non malè tentat Bartolus, hunc qui naturaliter obligatus manet, quamuis iure ciuili aut Prætorio liberatus sit, teneri tamen in conscientia vt soluat. Nam cùm is natura debeat, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus *leg. cùm amplius* 84. §. *primò de regul. iur.* fieri certè nequit, vt quod etiam iure gentium dari oportet, in foro conscientiæ non debeatur.

1 ¶ Quamuis debitum sibi quis recipiat: tamen si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit. veluti si is, qui heredem se, vel bonorum possessorem falsò existimans, creditori hereditario soluerit: hic enim neque verus heres liberatus erit: & is, quod dedit, repetere poterit. quamuis enim debitum sibi quis recipiat: tamen is, qui dat, non debitum dat: repetitio competit.

Ad §. 1. *Quamuis.*

RAT. DVB. Non potest fieri vt indebitum sit quod debetur creditori, quamuis ab alio, quàm ab eo qui soluit. Ita enim fieret, vt quid esset idem debitum & indebitum, quod implicaret contradictionem, nec enim debet eadem res diuerso iure censeri, multo minùs contradictorio *leg. eum qui ædes* 23. *de vsucap.* indéque nimirum est quod ait *lex. repetitio* 44. *infr. hoc titul.* repetitionem nullam esse ab eo qui suum recepit, licèt alius, quàm qui soluit, debeat. Cui conuenit etiam quod scriptum est in *leg. de hereditate* 5. *C. de petitione hered.* vbi dicitur hereditatis possessorem qui bona fide soluit creditoribus hereditariis euicta hereditate nihil ideo posse ab iis repetere cùm suum receperint. Ergo verum esse non potest quod hîc scribit Pomponius, si quis heredem se vel bonorum possessorem falsò existimans creditori hereditario soluerit, neque verum heredem liberari, & bonæ fidei possessorem id quod dedit posse repetere. Multóque minùs quod generalius hîc scribitur, quamuis debitum sibi quis recipiat, si tamen is qui dat non debitum dat repetitionem competere. DEC. Multum interest an quis suo nomine soluat, quod alius debet, an alieno: Si suo nomine soluat sicut debitorem verum non liberat, ita soluti tanquam indebiti habet condictionem, *leg. si quid possessor* 31. in verbis illis *finge enim eum dum se heredem putat, soluisse suo nomine. supr. de hered. petit. leg. cùm quis* 38. §. *de peculio infr. de solutum leg. si à patre* 5. *Cod. hoc titulo.* Si autem alieno nomine, & liberat debitorem etiam inuitum nedum ignorantem *leg. soluendo* 39. *supr. eodem illo titulo leg. solutione* 23. *de solution.* & sibi condictionem nullam acquirit *dict. leg. repetitio, & dict. leg. de hereditate.* sed potiùs negotiorum gestorum contra eum quem liberauit, quamuis tum quoque cùm eius liberandi animum non habuit *leg. quæ vtiliter* 45. §. *vltim. supr. de negotior. gestorum.* Ergo si is qui heredem se vel bonorum possessorem falsò existimabat, creditori hereditario soluerit, non hereditario nomine, sed suo proprio, neque verus heres liberatus erit, & is, quod dedit repetere poterit, atque ita bene Accursius, Barto-

lus, & alij omnes locum hunc intellexerunt, qui alioquin pugnaret cum *dict. leg. de hereditate & dict. leg. si quid possessor.* & ideò rectè Paulus in *leg. in summa 65. §. vltim. infr. hoc titul.* indebitum esse ait non tantùm quod omnino non debetur, sed & quod alij debetur si alij soluatur, aut si quod alius debebat, alius *quasi ipse debeat* soluat, quibus verbis *quasi ipse debeat* manifestè designatur ille, qui suo nomine soluit, non qui alieno, de quo etiam Africanus in *dict. leg. cùm quis 38. §. de peculio infr. de solut.* vt intelligamus verum esse quod Bartolus ad hunc locum notat, indebitum considerari non tantùm ex parte recipientis, sed etiam ex parte soluentis. Nec tamen probare possum quod addit idem Bartolus in dubio videri bonæ fidei possessorem hereditaris soluisse hereditario nomine potiùs quàm proprio, puto enim suo potiùs soluisse videri *leg. & magis 4. infr. de solut. leg. indebitam 47. infr. hoc tit. l. si filius de in rem vers. l. Papinianus 28. mandat.* cùm se solum debitorem esse arbitretur: quod diuersum est in casibus quos in contrarium Bartolus post Guillielmum congerit *ex l. 1. infr. de instit. act. l. cùm post mortem 43. de admin. tutor. l. pro herede 20. §. 1. de acq. hered.* licèt enim vna tantùm hîc obligatio sit eaque hereditaria, bona fides tamen possessoris facit hoc casu vt plus esse debeat in opinione quàm in veritate, siue quòd bona fides tantum possidenti præstare debeat quantum veritas, vbi lex impedimento non est, vt habet iuris regula *l. bona fides 136. de reg. iur.* siue quòd is qui se heredem vel bonorum possessorem, quamuis falsò, existimat, suam obligationem ab hereditaria non distinguat: quasi hereditaria per aditionem hereditatis extincta & sola sua manente, de quo tamen vide quæ scripsi ad *d. l. si quid possessor.*

2 ¶Si falsò existimans debere, tibi nūmos soluero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt: eius summæ partem dimidiam, non corporum, condicam.

Ad §. 2. Si falso.

RAT. DVB. Qui pro ea pecunia quam putat se debere, soluit nummos communes, id est partim suos, partim alienos, cùm sit dominus eius partis quam in nummis illis habet, eius alienandæ ius vtique & potestatem habet *l. si socius 16. supr. de reb. credit.* Ergo pro ea parte nummos illos & corpora eorum singula potest condicere, non etiam dimidiam partem quantitatis, cùm omnis condictio præsupponat alienationem & trāslationem dominij, nullius autem corporis partem alienare soluens potuerit quæ socij fuit *d. l. si socius.* DEC. In nummis non tam corpora ipsa quæ soluuntur, consideramus, quàm ipsam quantitatem quæ ex iis efficitur *l. si is cui 94. vers. sin autem communes infr. de solut.* quantitas autem illa in iure consistit non in corpore, adeò vt nummi ob eam causam separentur à rebus corporalibus, quasi non sint & ipsi corporales *l qui heredis 46. infr. hoc tit.* Ergo qui cùm se falsò debere putaret, soluit nummos communes eius summæ, potest & debet dimidiā partem condicere non singulorū corporum, etiamsi singula corpora communia fuerint *l. nam etsi fur 13. §. vlt. supr. de reb. credit.* dimidiam partem, inquam, respectu numeri, puta quinque ex decem, non vna quinque magis quàm alia vt Bartolus benè interpretatur, addens intelligendum hoc esse de condictione proprietatis & dominij non possessionis: Possessionem enim condici posse etiam alterius partis, quæ fuit aliena ex *l. indebiti 15. §. sed si nummi supr.* nisi secuta esset cōsumptio: quo casu totum condici posset, & quidem ratione etiam dominij, quasi conciliato indebito per consumptionem *d. §. sed si nummi,* sicut & mutuū eodem modo conciliaretur *d. l. nam & si fur 13. §. vlt.* vbi diximus *supr. de reb. credit.* nisi rursum consumens esset dominus partis, inquit Bartolus, quia tunc consumptione mutuum non conciliaretur. Quòd si non sit secuta consumptio, fieri tamen aliquo casu potest vt totum condicendum sit, puta si nummi non ab initio fuerint communes & commixti, sed ex postfacto & ex interuallo secuta cōmixtio proponatur, vt in *l. si alieni 78. infr. de solut.* Commixtio enim consumptioni æquiparatur quantū ad amittēdum dominium quod ante immixtionem competebat *d. l. si alieni l. 1. §. præterea infr. de separat l. 3. §. vlt. & l. 5. in princip. supr. de rei vindic. leg. vsufructuarium 62. §. si viuariis supr. de vsufr.*

3 ¶Si putem me Stichum aut Pamphilum debere, cùm Stichum debeam, & Pamphilum soluam: repetam, quasi indebitum solutum. nec enim pro eo, quod debeo, videor id soluisse.

Ad §. 3. Si putem.

RAT. DVB. Etiam aliud pro alio volenti creditori solui potest, quamuis non inuito *l. 2. §. 1. supr. de reb. credit. l. si non sortem 26. §. si centum infr. hoc tit. l. manifesti 17. l. si operas 20. C. de solut.* Ergo si putem me Stichum aut Pamphilum debere, cùm Stichum solum debeam, & Pamphilum soluam, repetere quasi indebitum non possum. DEC. Qui se putat Stichum aut Pamphilum sub disiunctione, & alternatione debere, si Pamphilum soluat, non potest videri animum habere soluendi aliud pro alio, cùm Pamphilum ipsum debere se arbitretur, nec igitur potest videri debitum soluisse, licèt creditor eo animo acceperit quasi aliud pro alio solutum, cōcurrat enim necesse est animus & affectio soluentis cum animo & adfectione recipientis *l. in omnibus rebus 55. infr. de oblig. & action.* Ergo condictionem indebiti hoc casu competere fatendum est: planè si volens debitor volenti creditori aliud pro alio soluisset, non idem probandum esset, quia nec ex parte debitoris causa vlla esset, cur inuito creditore repetitio ei dari deberet, vt benè hîc Bartolus notat, cùm per eiusmodi solutionem debitor sibi liberationem quæsiuerit, solutio autem quæ liberationem parit, numquam possit parere condictionem *d. §. si centum l. cùm is 32. §. 1. infr. hoc tit.* Quid verò, si quis cùm re vera Stichū aut Pamphilum deberet, & Stichum solum debere se putaret, Stichum soluerit? Nō repetet, quia debitum non indebitum soluit, tam enim verè Stichum, quàm Pamphilum debuit, & cùm duæ res alternatiuè & disiunctim debentur, vtraque in obligatione est, quamuis ita vt alterutram duntaxat præstari necesse sit *leg. si is cui 18. de legat. 2. leg. Stichum aut Pamphilum 95. in princip. de solut.* Et ita benè post Ioannem Accursius.

4 ¶Si

4 ¶ Si duo rei, qui decem debebant, viginti pariter soluerint: Celsus ait, singulos quina repetituros: quia cùm decem deberent, viginti soluissent: & quod amplius ambo soluerint, ambo repetere possunt.

Ad §. vlt. Si duo rei.

RAT. DVB. Quod debent duo correi debendi si ab vno ex ipsis solutũ sit, siue cõmuni siue etiã proprio nomine, aliũ liberat, quoniã vna tantum obligatio est, quę proinde vnica solutione tollitur *l. 2. & 3. & pass. infr. De duob. reis*. Ergo fieri nõ potest, vt quod posteriore loco solutũ fuit, non sit indebitum, nec proinde vt condictio indebiti non cõperat ei soli qui posterior soluit, non etiã illi qui prior, cũ is verè debitum soluerit *l. cùm duo 25.* vbi hoc ipsum disertè scriptũ est *infr. hoc tit.* DEC. Multum refert an correi duo soluant ex ordine tẽporis, id est vnus post aliũ, an simul ambo & pariter, vt Vlpianus hîc loquitur, id est ita vt discerni non possit quis prior & quis posterior soluerit, quomodo Accursius benè explicat. Priore casu id obtinet quod scriptũ est in *d. l. cũ duo*. Posteriore verò quod in hac lege, quia cùm nesciri possit, quis prior soluerit, aut quis posterior, nõ potest dici quis eorum debitum soluerit, & quis indebitum: & tamen constat soluta fuisse decem indebita, cùm soluta fuerint viginti, nec nisi decem tantùm deberentur. Ergo cùm decem condici possint, dicendum est singulos qui dena soluerunt, posse quina condicere, etsi enim singuli dena debuerunt, vno tamen soluente, omniũ obligatio tollitur, quæ vna tantũ fuit, vt diximus, & proinde negari non possit solutũ fuisse indebitũ, & consequẽter condictioni l. cũ esse debere, ne alioqui ex alterutrius, aut potius ex vtriusque iactura creditor locupletetur. Quod igitur ampliùs quam deberetur ambo soluerunt, ambo repetere possunt, vt hîc Vlpianus ex Celso scribit.

20. IVLIANVS libro 10. Digestorum.

SI reus & fideiussor soluerint pariter: in hac causa non differunt à duobus reis promittendi. quare omnia, quæ de his dicta sunt, & ad hos transferre licebit.

Ad l. Si reus 20.

RAT. DVB. Multum distat obligatio fideiussoris ab obligatione correi debendi: quia plurium correorum debendi vna tantũ obligatio est, eáque in personis singulorum æquè principalis *l. 2. l. 3. §. 1. De duob. reis*. At rei & fideiussoris duæ obligationes sunt principalis vna altera verò, quæ fideiussoris est, accessoria: licèt vna tantum sit summa quæ ab vtroq; debetur. Ergo si reus & fideiussor pariter soluerint, dicendũ est, dandam esse reo condictionem non fideiussori. cũ & prior soluere reus debuerit id quod ipse proprio nomine debuit, & fideiussor qui & ipse soluit, regressum aduersus eum habiturus sit siue mandati actione siue negotiorũ gestorum *l. ex mandato 10. §. 1. infr. mand.* vt proinde duplicis solutionis incommodo futurus sit reus obnoxius, si non ei omnimodo detur condictio indebiti potiùs quã fideiussori: quod in duobus correis debendi diuersum est, quorum alter si soluerit, nullum aduersus eum habere potest regressum, nisi cessæ sint ei à creditore actiones *l. rem hereditariam 65. infr. De euict. l. si in rem 12. C. si cert. petat.* nec proinde videtur magnũ damnum passurus fideiussor, etiamsi non detur ei condictio, cùm à principali debitore indemnitatẽ plenissimam sit cõsecuturus. DEC. Nemo ideo magis obligatur, quòd ab alio sit repetiturus, posteà quod soluerit *l. nemo ideò 171 De reg. iur.* Proinde cùm reus & fideiussor pariter soluerunt summam debitam, id est ita vt nesciri possit quis eorum prior aut posterior soluerit, non eo minus videri debet fideiussor indebitum soluisse, quod à reo possit repetere. Fatendum enim est solutum fuisse indebitum tã à fideiussore quàm à reo, & consequenter vtrique condictionem paris summæ dandam esse: quomodo in duobus correis debendi diximus in lege precedente. nam in cæteris quidem causis differt fideiussor à correo debendi, sed in hac causa vt Iulianus hîc scribit, nil differt, ne quidem iure nouo inspecto, quod Iustinianus induxit, vt reus ante fideiussorem conueniri debeat *Nouel. 4. De fideiuss. Auth. præsente C. eod.* non enim prohibuit Iustinianus ne possit fideiussor prior soluere, si liberare se citiùs velit, sed tantùm ne prior cogi & vrgeri ad solutionem possit. Itaque tametsi ex ea constitutione inferre quis vellet, in dubio præsumendum esse fideiussorem posteriorem soluisse, quia reus prior soluere debuit, retenta tamen eâ facti specie, quam Iulianus hîc proponit de reo & fideiussore qui pariter eodémque tempore soluerint, nullus aut dubitationi, aut præsumptioni locus relinquitur vter prior soluerit, itaque manet hæc lex incorrecta non tantùm eo casu quo fideiussor beneficio Iustinianeæ constitutionis renunciauerit, vt putat Bartolus, sed etiamsi non renunciauerit in eóque Accursius & Bartolus meo iudicio errauerunt. Simile aliquid est in *l. sed & si quis 24. §. 1. supr. De vsufr.* vbi vide quæ scripsimus.

21. PAVLVS libro 3. Quæstionum.

PLanè si duos reos non eiusdem pecuniæ, sed alterius obligationis constitueris, vt puta Stichi aut Pamphili, & pariter duos datos, aut togam vel denaria mille: non idem dici poterit in repetitione, vt partes repetant: quia nec soluere ab initio sic poterant. igitur hoc casu electio est creditoris, cui velit soluere: vt alterius repetitio impediatur.

Ad l. Plane si duos 21.

RAT. DVB. Cùm duo constituti sunt rei debendi non eiusdem pecuniæ vt in superioribus legibus, sed alterutrius [sic enim legendum puto , non vt vulgò alterius] obligationis , id est alternatiuæ & disiunctiuæ, vt puta Stichi aut Pamphili, æquè vna & eadem obligatio est singulorum correorum , acsi eiusdem pecuniæ correi essent , nisi quod quandiu vtraque res extat, non potest alterutra peti absolutè ne debitori electio auferatur *l. 1. §. Scæuola infr. De eo quod cert. loc. l. plerunque 10. §. vlt. De iur. dot. l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. De solut.* Ergo si pariter soluerint vnus Stichum , alius Pamphilũ, nec sciri possit, quis prior soluerit, perinde dicendum est posse eum qui Stichum soluit repetere partem Stichi , & eum qui soluit Pamphilum repetere posse partem Pamphili, atque si dena singuli soluissent, posset eorum quisque dena repetere , nam & qui Stichũ debet, parte Stichi soluta liberatur pro ea parte, & in reliquam duntaxat partem tenetur *l. stipulatus sum 9. §. 1. infr. De solut.* cur non ergo partem Stichi si indebitè soluta sit, condicere poterit? DEC. Condictio indebiti soluti eodem modo danda est quo & solutio fieri potuit : quemadmodũ enim non aliud per hanc condictionem repetitur, quàm quod solutũ fuit, ita nec alio modo, quàm quo vel solutum fuit, vel saltem solui potuit, atqui correi debitores Stichi vel Pamphili non potuerunt inuito creditore partem Stichi soluere , & partem Pamphili , atque ita cõsequi liberationẽ, quamuis si creditor partẽ Stichi accipere velit, sequatur liberatio *d. l. 9. §. 1. l. 2. §. 1. De verb. oblig.* Ergo nec Stichi partem condicere potest is qui Stichum soluit, nec Pamphili partem is , qui Pamphilum : alioqui ille partem Stichi, hic partem Pamphili soluisse videretur : quod enim ex soluto non condicitur, solutum remanet penes creditorẽ, acsi nunc primùm solueretur. Igitur vel totus Stichus condicendus est, vel totus Pamphilus: sicut ab initio vel totus Stichus , vel totus Pamphilus solui debuisset. Atqui non alius Stichum potest cõdicere quàm qui Stichum soluit, nec alius Pamphilum, quàm qui eum soluit. Ergo creditoris qui vtrumq; accepit, sed alterutrũ indebitè, electio est, vtri malit condictionẽ dari, nã si retinere Stichũ malit, ei cõpetet repetitio qui soluit Pamphilũ, si verò Pamphilum habere malit, condictionem Stichi habebit is, qui Stichum soluit : nec enim expectandum est, vt qui soluerunt consentiant, cũ proculdubio electurus sit quilibet condictionem eius hominis quem soluerit, ille Stichi hic Pamphili, prætèrquàm quòd ex iuris regula in alternatiuis electio est debitoris *d. l. plerunq; 10. in fi. De iur. dot. d. l. 2. §. Scæuola De eo quod cert. loc.* is autem qui & Stichum & Pamphilũ accepit, cùm ei alteruter duntaxat deberetur, factus est ex creditore debitor ex causa condictionis & quidẽ alternatiuus, cùm incipiat debere aut Stichũ, aut Pamphilum. Quæ ratio mouisse olim Vlpianum & Celsum videtur, vt in huiusmodi quæstione darent electionẽ creditori, qui solutionẽ accepisset, non debitori qui soluisset, contra quos tamen Iulianus & Papinianus putarunt , imò verò dandã esse electionem creditori qui ab initio etiam dandi habuisset. Quam sentẽtiam Iustinianus noster tanquã veriorẽ præualere voluit in *l. pen. C hoc tit.* Vlpiani tamen & Celsi sententia extat adhuc in *l. si non sortem 26. §. pen. in fi. infr.* Sicut & sententię Iuliani vestigiũ quoddam extat in *l. cùm is 32. in princ. infr.* Videtur autem Paulus in hac lege Papiniani & Iuliani sententiam magis probare, cũ ait in hoc casu electionẽ esse creditoris, cui velit soluere id est indebitũ reddere, vt alterius repetitio impediatur, sic innuens, non ergo in alio casu idem esse, sed debitori potiùs electionẽ dari oportere, cur verò potiùs in hoc casu? Nempe quia plures soluerant, & tamẽ alteruter solus indebitum, sed ita vt nesciri posset vter ille esset, nec proinde vtri electio dari deberet, an ei qui Stichũ soluisset, an ei qui Pamphilum: necessariò igitur danda est creditori cui malit reddere. Consequenter dicendum est manere hanc legem etiam hodie incorrectam, nec ad eam speciem quæ hîc tractatur , Iustiniani constitutionem illam pertinere , quod & Cuiacius sentit *lib. 8. obseruat. cap. 35.*

22. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

SEd & si me putem tibi aut Titio promisisse : cùm aut neutrum factum sit, aut Titij persona in stipulatione comprehensa non sit, & Titio soluero: repetere à Titio potero.

Ad l. Sed & si me putem 22.

RAT. DVB. Cùm existimãs me tibi aut Titio promisisse solui Titio, si quidem neutrum eorum factũ sit id est si neque tibi neque Titio promiseram, non habet res dubitationem quin condicere Titio possim quod ei solui per errorem, quia omnino indebitum est, quod neque tibi neque Titio debui : sed si verum fuit, me tibi promisisse, putaui autem personam Titij in stipulatione comprehensam esse quasi adiecto eo solutionis gratia, & ei solui, quamuis verum sit personam eius in stipulatione cõprehensam non esse, non tamen videtur eo magis danda mihi aduersus Titium condictio, cùm non eo minùs verum sit debitam esse tibi pecuniam quam quasi adiecto solui , quia etsi persona eius in stipulatione comprehensa esset, non quidem obligationis gratia quod fieri non potuit, cùm alij stipulari nemo possit, sed solutionis, perinde verum est, nihil Titio deberi, sed tibi soli totũ *l. eum qui 56. §. qui sibi l. Iulianus 131. §. 1. infr. De verb. oblig.* quod ergo Titij persona in stipulatione comprehensa non est, facere nõ debet, vt mihi facilius indebiti condictio dari debeat, qui nihil Titio deberem etiamsi personã eius in stipulatione comprehendissem, quo tamen casu nemo diceret dandã esse mihi aduersus eum condictionẽ, quia quod sibi à me debitum esset, rectè Titio solutum fuisset perinde acsi Titio debuissem non tibi, aut acsi duo credendi correi fuissetis *§. si quis alij Inst. De inutil. stipulat.* DEC. Multùm refert an persona Titij in stipulatione , per quam tibi promisi, comprehensa sit, quamuis solutionis tantùm causa, non obligationis , an non : etsi enim vtroque casu verum est nihil Titio deberi, priore tamen verum est Titio rectè solui, tanquam adiecto, & ex ea solutione liberationem mihi perinde cõtingere contra te atque si tibi soluissem , quia solutio in extraneam quoque personam conferri iure potest *d. §. si quis alij l. vero procuratori 12. §. penult. l. aliud est 106. De solut.*

Poste-

Posteriore verò casu non potest solui Titio, vt ex ea solutione liberatio contingat, cùm Titij persona nullomodo in stipulatione comprehensa sit. Ergo priore casu solutio cùm pariat liberationē, non potest parere condictionem, posteriore autem solutio parit condictionem, quia non potest parere liberationem *l. si non sortem* 26. §. *si centum &* §. *si decem infr. hoc tit.* condicam autem non tibi, licèt me tibi debere putauerim, & Titiū tuæ obligationi adiectū fuisse, sed Titio, quia nō tibi, sed Titio solui *l. his solui* 49. *infr.* Atque hæc vera & germana huius loci sentētia & ratio est, non quam Accursius & Bartolus cōminiscuntur, quasi proprij facti ignorantiam prætendere liceat, cùm agitur de damno vitando, vt hîc & in *l. vlt. §. licentia C. de iur. delib.* non etiam cùm de lucro captando vt in *l. quamquam* 7. *infr. ad SC. Velleian.* De quo ne quidem per somnium Pomponius cogitauit. Quoties enim de condictione indebiti tractamus, errorem facti aliquem interuenisse supponimus, & quidem ex probabili aliqua causa, qualiscunque & vndecunque illa sit, quæ ex facti circumstantiis pendeat, aut etiam ex imprudentia. Vt & in *l. prox. in princ. l. cùm is* 32. *in princ. &* §. 7. *infr. l. creditor.* §. *vlt. infr. De solut.*

1 ¶ Cùm iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi. incerti condicam, vt iter mihi concedatur.

Ad §. 1. *Cum iter.*

RAT. DVB. Si cùm in traditione fundi quem tibi retenta itineris seruitute vendidi, deberē iter excipere, fundum liberū & nullo excepto itinere per errorem tibi tradiderim, nihil est quod indebitum videar tradidisse. Fundū enim tradidi quem ex contractu venditionis tradere debui, iter verò non tradidi, quia neque potui habere seruitutem itineris in re mea antequàm traderem, neque tu iter illud habere post factam tibi traditionem, cùm nemini res sua seruiat *l. in re communi* 26. *vrban. præd. supr. l. vtifrui* 5. *si vsusfr. petet.* Ergo non possum iter condicere cōdictione indebiti, multo minùs incerti vt iter mihi restituatur, quomodo Pomponius hîc loquitur, cū iter nunquam habuerim, & indebiti condictio incerti nulla sit, si Accursio & Bartolo credimus, quorum ille post Ioannem locū hunc interpretatur de condictione sine causa ex *l.* 3. *infr. tit. prox.* hic verò de condictione incerti, quæ proprium ius & nomē habeat, ita vt cum nulla alia possit concurrere. DEC. Cùm ego tibi fundum liberum tradidi, quem retēta seruitute itineris tradere debueram, verum est me tibi & debitum & indebitum aliquid tradidisse. Debitū quatenus fundum tibi tradidi, quem ex causa venditionis tradere debui, indebitū verò quia tradidi fundum liberum quem itineris seruitute affectum tradere debueram: itaq; fundū condictione indebiti condicere non possum, quia sic fieret vt condicerem debitum, at neq; rursum iter quod eg ɔ neque tradidi, quia nunquam penes me fuit, nec à te possum repetere qui nullum habes. Superest igitur, vt agere debeam contra te ad hoc, vt iter mihi restituatur, id est vt seruitus itineris mihi constituatur, quam haberem si retenta ea fundū tibi tradidissem. Potest enim seruitus constitui per retentionem & exceptionē, quæ fiat in ipsa rei propriæ traditione *l. in tradendis* 7. *iunct. l. seq. supr. commun. præd. l. in traditionibus* 48. *supr. De pact. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vēdit.* etiam quæ inutilis futura sit constituenti *l. si fundo* 19. *De seruit. l. venditor* 13. *commun. præd.* quamuis alioquin inutiles sint seruitutes, quæ nec personæ vtiles esse possunt nec prædio *l. quoties* 15. *De seruit.* denique cùm seruitutes & iura prædiorum nihil aliud sint, quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud* 86. *De verb. signif.* consequens omnino est, vt qui fundum liberum tradidit quē seruum tradere potuit, aliquid certè plus debito soluerit, vt & in *l. qui exceptionem* 40. §. *si pars infr. hoc tit.* Plus enim longè est fundum liberum habere quàm seruum, ideóq; dicuntur seruitutes prædiorū augere ius fundi dominantis, minuere autē ius fundi seruientis *l. de pupillo* 5. *& bellè Sextus Pedius infr. De oper. noui nūtiat.* Atqui quod plus debito dedit, quamuis certè indebitum sit, incertum tamen est, non solùm quòd iura omnia etiam rei certæ incerta esse intelligantur, ne vsufructu quidē excepto *l. si fundi* 11. *supr. hoc tit. iunc. l. vbi autem* 75. § *fundi certi infr. De verb. oblig.* Sed etiā, quia quicquid in faciendo, aut non faciendo consistit, incertū esse intelligitur §. *qui id quod ead. leg.* ergo condictionē hanc & indebiti esse necesse est, quia plus debito solutum fuit, & incerti, quia quod plus debito solutum est, incertum est, siue quòd in facto cōsistat, siue quòd omnes huiusmodi actiones quæ dantur ad factum, non aliud persequantur, quā id quod interest *l. quoties quis alium* 81. *eod. tit. l. si quis ab alio* 13. *in fi. De re iud.* quod semper incertā quantitatē continet *l. si cōmissa* 13. *infr. Rat. rem haber. l. vlt. De prætor. stipul. l. vlt. supr. si quis in ius vocat. non ier. l. liber homo* 118. §. *vlt. De verb. oblig.* quamuis etiā per aliā actionē quā incerti possit peti restitutio seruitutis puta per actionem ex vendito vt in *l. si ei* 10. *supr. comm. præd. l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vend.* Proinde falsum est quod vulgo putant condictionē indebiti semper esse certi, nunquam incerti. nam imò verò incerti est, quoties id quod indebitè solutū fuit, incertum est vt in *hoc* §. *& d. l. qui exceptionem* §. *si pars infr. l. si heres* 5. *in fi. & in l. si tibi liberum* 8. vbi eadem species proponitur *infr. De act. empt. l. quòd si nulla* 60. *De leg.* 1. *l. trib.* 8. *iunct. l.* 4. § 1. *supr. De vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Certi autē quoties certum petitur, licèt ex incerto contractu *l. certi cond.* 9. vbi latiùs scripsi *supr. De reb. cred.* Longéq; alia actio est quæ ciuilis incerti aut in factū appellatur, de qua *in l. si dominus* 8. *& seq. l. permisisti* 16. *& pass. De præscr. verb.* aut cōdictio furtiua incerti de qua in *l. & ideo* 12. §. *vlt. infr. De cond. furt.* aut actio non ex stipulatione ad rem incertā, vt malè interdū loquitur Bartolus, sed ex stipulatu quæ alia actio est *l. si quis certum* 24. *supr. De reb. cred. & Instit. De verb. oblig. in princ.* quas cū indebiti incerti condictione malè cōfundit hîc Bartolus, vt condictionē incerti nouam constituat, à condictione indebiti prorsus differētem, & cōmentitiæ suæ distinctionis, quam hîc tam multis ex partibus cōponit, prætextū aliquē quærat, quasi verò non aliter possint conciliari leges quas congerit, quā si condictio indebiti incerti de libris nostris deleatur, cū tamē nulla sit, quæ neget incerti condictionē & indebiti dandā esse, si quod indebitè solutū est incertū fuerit. deniq; non omnis cōdictio indebiti incerti est, neq; rursum omnis cōdictio incerti est etiā indebiti, sed sicuti condictio incerti est, quoties incertū cōdicitur, & condictio indebiti quoties indebitum, ita & condictio incerti indebiti quæ ex vtraque conficitur, quoties vtrunque concurrit, vt quod solutū est, & indebitū sit & incertū; cætera dixi ad *d. l. certi cond.* 9. *supr. De reb. cred.*

23. VLPIANVS libro quadrageſimotertio ad Sabinum.

ELeganter Pomponius quærit: ſi quis ſuſpicetur tranſactionem factam vel ab eo, cui heres eſt, vel ab eo, cuius procurator eſt: & quaſi ex tranſactione dederit, quę facta non eſt: an locus ſit repetitioni, & ait, repeti poſſe, ex falſa enim cauſa datum eſſe. Idem puto dicendum, & ſi tranſactio ſecuta non fuerit [a] propter quiam datum eſt. Sed & ſi reſoluta ſit tranſactio [b] idem erit diçendum.

Ad l. Eleganter 23.

RAT. DVB. Aliud eſt dari quid ob tranſactionem, aliud verò dari ob cauſam *l. in ſumma 65. infr. hoc tit.* vbi hæc quaſi diuerſa ſeparantur. Ergo ſi quis ſuſpicans tranſactionem factam, vel ab eo cuius heres eſt, vel ab eo cuius procuratorem ſe ſciat, vel denique ſi voles etiam à ſeipſo, vt in principio legis præced. & quaſi ex tranſactione dederit, quæ tamen nulla ſit, quamuis falſa, vel nulla dandi cauſa fuerit, dicendum eſt ceſſare condictionem indebiti, quandoquidem non eo minus verum eſt, datum eſſe ob tranſactionem: quæ adeò fauorabilis eſt, vt etiamſi lis nulla ſubſit, ſed tantùm metus litis: dum ne quid per calumniam factum ſit, inhibeatur repetitio *dict. l. in ſumma l. 2. Cod. de tranſact.* Proinde dicendum videtur in hac quoque ſpecie non debere locum eſſe repetitioni. Nam etſi exiſtimans me tibi debere tradam cùm nihil deberem, placet vſucapionem ſequi poſſe, dummodo & tu putes debitum eſſe *l. ſi exiſtimans 48. de vſucap. aliàs l. penult. Pro ſolut.* quaſi ſufficiente ſola opinione tituli, quod & in aliis omnibus vſucapiendi cauſis plerique veteres crediderunt, quos etſi Vlpianus poſt Celſum refellit in *l. Celſus 27. eod. tit. de vſucap.* fatendum tamen eſt in aliis pleriſque iuris partibus magis inſpiciendum eſſe, quod in opinione eſt, quàm quod in veritate, vt in *l. is qui putat 15. & ſeqq. l. in repudianda 23. l. cùm falſum 46. de acquir. vel amitt. hered.* DEC. Quod ex falſa cauſa ſolutum eſt, repeti quandocunque poteſt, tanquam indebitum & condictione indebiti: falſa enim cauſa nulla eſt, in quo differt à turpi vel iniuſta cauſa, de qua in *Tit. præcedente*, nec tamen parit condictionem ſine cauſa, quia cauſæ prętextum aliquem, & nomen habet. Ideóque habet illa condictio ſine cauſa proprium titulum, qui hunc ſequitur, at de condictione ob falſam cauſam titulus alius nullus eſt, quàm hic de condictione indebiti: atquin id quod quaſi ex cauſa tranſactionis debitum ſolutum eſt, cùm tranſactio nulla præceſſit, ex falſa cauſa proculdubio ſolutum eſt, vt Vlpianus ex Pomponio hîc ſcribit: ergo repeti per indebiti condictionem poteſt, tanquam ſolutum ab eo qui ſe putabat ex ea cauſa debere. Hoc enim neceſſario addendum eſt, quia ſi cauſa falſa ex qua ſolutum eſt talis ſit, quæ mouere non potuerit ſoluentem, vt ſe aliquid debere putaret, non ideò locus eſt repetitioni, quamuis cauſa falſa ſit, *l. damus 52. infra hoc tit.* Idem igitur eſt, ſi quis quaſi ex compromiſſo condemnatus falſo, ac per errorem ſoluerit, nam & is repetere poteſt *l. ſi non ſortem 26. §. ſi quis quaſi infrà* quia & compromiſſum tranſactionis ſpecies quædam, aut ſaltem initium quoddam eſt.

a *Idem puto dicendum, etſi tranſactio ſecuta non fuerit.* RAT. DVB. Cùm aliquid datum eſt ob cauſam quæ ſecuta non eſt, locus ſit cõdictioni ob cauſam dati cauſa non ſecuta, de qua diximus *Tit. 4. ſupr.* Non ergo condictioni indebiti, de qua dictum eſt in ſpecie præcedente. DEC. Quod datur ſpe futuræ tranſactionis non tam ob cauſam dari intelligitur, quàm ob rem aliquam: cauſa enim confertur in tempus præteritum, res autem in futurum *d. l. damus infr. l. ſi ita legatum 12. infr. de condict. & demonſtr.* vbi non abſimilis inter cauſam & pœnam differentia conſtituitur, re autem non ſecuta, ob quam aliquid datum eſt, competit ſpecialior illa condictio, de qua *d. Tit. 4. ſupr. d. l. in ſumma 65. infr. hoc tit.* In eóque differt hic caſus à ſuperiore, in quo proponitur datum quaſi ex cauſa tranſactionis iam factæ, quæ tamen nulla erat, conuenit autem in eo, quod vtroque caſu locus eſt repetitioni, licèt alia & alia ratione, vt notat Accurſius, itémque alia atque alia ſpecie condictionis: non enim de ſola condictione indebiti agitur in hoc *Tit.* ſed de qualibet repetitione, vt conſtat ex *dict. l. damus, & dict. l. in ſumma*, & aliis quàm plurimis. Condictionis nomen latius eſt quàm repetitionis, cùm eo nomine ſignificentur actiones perſonales omnes, quibus intendimus dari quid nobis oportere *§. appellamus Inſtit. de action.* Sed repetitionis nomen, quo hîc Vlpianus vtitur, viciſſim latius eſt quàm condictionis indebiti. Condictiones enim omnes de quibus in duobus titulis ſuperioribus actum eſt, & agetur *in ſeq.* repetitiones ſunt, ſed condictiones indebiti non ſunt.

b *Sed etſi reſoluta ſit tranſactio.* RAT. DVB. Etiamſi reſoluta ſit tranſactio, non eo minus tamen verum eſt, factam eam fuiſſe: quod enim factum eſt pro infecto haberi non poteſt *l. in bello 12. §. facta autem res infrà de captiu. & poſtlim. l. denique 19. ſuprà ex quibus cauſ. maior.* Ergo ſi quid ex eiuſmodi tranſactione reſoluta ſolutum ſit, non poteſt videri ſolutum ex cauſa, vel nulla, vel falſa, vel quæ non ſit ſecuta, vt in duobus caſibus proximè præcedentibus. DEC. Reſoluta tranſactio, ſiue vi & poteſtate conuentionis alicuius in tranſactione ipſa appoſitæ ſiue ex noua & poſteriore partium conuentione, vt in *l. ſi diuerſa 14. Cod. de tranſact.* perinde habetur ac ſi facta nunquam fuiſſet. Quod & in contractibus aliis omnibus euenit, qui ipſo iure reſoluti ſunt, & legitimè, id eſt, iis ipſis modis quibus celebrati fuerant *l. ab emptione 58. ſuprà de pact. l. 1. & 2. Cod. quand. lic. ab empt. diſced. l. voluntate 10. in princip. & §. 1. infr. Quib. mod pign. vel hypoth. ſoluit. l. 2. l. 4. §. ſed & Marcellus infr. de in diem addict. l. 1. 2. & paß. de leg. commiſſ.* Perinde igitur repeti poteſt, quod ex reſoluta venditione ſolutum fuit, atque ſi vel nulla tranſactio præceſſiſſet, vel nulla ſubſecuta eſſet, niſi quod hoc caſu locus eſt condictioni indebiti. Sic & in condictione ſine cauſa dicimus, ſiue ab initio ſine cauſa promiſſum eſt, ſiue cauſa promittendi fuit, quæ tamen vel finita fuerit, vel ſecuta

non

non sit locum esse condictioni sine causa *l.1.§.siue ab initio & l.nihil refert 4.infr.tit.proxim.* Aliud tamen est finitam esse causam, aliud verò resolutam esse trãsactionem, non enim finitur causa cùm contractus resoluitur, sed redit ad non causam: itaque non condictioni sine causa locus esse hoc casu potest, sed condictioni indebiti, quamquam si quis vellet etiam condictionem sine causa hoc casu dare, nõ valde repugnarem *d.l.1.§.vlt.De cond. sine caus.* Est enim generalis condictio sine causa, quæ proinde nõ minùs quàm condictio certi cum condictione indebiti potest concurrere quod enim sine causa solutum est, non potest non esse indebitum, vt dicemus ad *d.l.1.infr.tit.prox.*

1 ¶ Si post rem iudicatam quis transegerit, & soluerit: repetere poterit idcircò, quia placuit, transactionem nullius esse momenti. hoc enim Imperator Antoninus cum Diuo patre suo rescripsit. retineri tamen, atque compensari [a] in causam iudicati, quod ob talem transactionem solutum est, potest. quid ergo, si appellatum sit: vel hoc ipsum incertum sit, an iudicatum sit, vel an sententia valeat? magis est, vt transactio vires habeat. tunc enim rescriptis locum esse credẽdum est, cùm de sententia indubitata, quæ nullo remedio attentari potest, transigitur.

Ad §. 1. Si post rem.

RAT. DVB. Parum est rem esse iudicatam quousque mandata sit executioni sententia, vigor enim sententiæ totus in executione consistit *l. si longis 7. C.de execut.rei iudic.l.à Diuo Pio 15.in princ.infr. De re iudic.* Executionis autem euentus dubius esse potest, & plerunque est *l.quod debetur 51.infr. De pecul.* quod sufficit vt transactio fieri rectè possit, cùm & solus metus litis sufficiat *l.2.C.de transact.* Est enim semper satis iusta causa transactionis, quoties aut à lite aut à metu litis disceditur *l. in summa 65.infr. hoc tit.* DEC. Transactio non potest fieri nisi de re dubia alioqui nulla est *l.1.supr. De transact.* atqui post rem iudicatam nihil dubij superest, quia res iudicata finẽ liti & controuersiæ imponit *l.1.infr.De re iudic. l. singulis 6.infr. De except. rei iudic.* Cùm res iudicata pro veritate habeatur *l.ingenium 25.supr. De stat. homin.l. res iudicata 206.De reg.iur.* Ergo post rem iudicatam facta transactio nullius est momenti, & ita benè Imperatoribus placuit: sed hoc intellige de re iudicata quæ certa sit, & indubitata, & quæ nullo remedio attentari possit, vt sequitur in fine huius §. Nã si incertum sit, an iudicatum sit, quia fortè negetur [sola enim negatio facit rem dubiam *l. vlt. C. quib.ad libert.proclam.* non licet] aut an sententia valeat, licèt nondum appellatum sit, nec appellari adhuc possit [non enim appellari iure potest antequã constet & iudicatum esse & sententiam tenere] magis est, vt transactio vires habere debeat, multo magis si vel appellatio intercesserit, vel appellari adhuc possit *l. & post rem 7. supr. De transact.* quia nimirum his omnibus casibus lis adhuc subesse potest, inquit Vlpianus in *l.post rem iudicatam 11.eod.tit.* quãuis res iudicata dicatur etiam à qua appellatum est, aut appellari potest, vt benè hîc post Azonẽ disputat Accursius, probátq; ex hoc loco & ex eo quod appellatio dicitur extinguere iudicatũ *l.furti 6.§.1.sup. De his qui notãt.infam.l.1.§.vlt.infr.ad SC.Turpil.* proindenon aliud erit, tametsi à supremo Senatu iudicatum sit, quamuis ab eo appellari non possit, nõ magis quàm olim à Præfectis prætorio *l.vnic.supr. De offic.præf.prat.* nam & senatusconsultorum authoritas si non per appellationem, aliis tamen remediis attẽtari potest, vt puta per ciuilem supplicationem, & erroris in facto propositionem quam Reuisionem vocant *Auth.quæ supplicatio C. de precib. Imp. offer.* extra hos casus neque post senatusconsultum, neq; post rem à quolibet inferiore iudice iudicatam, facta transactio valere potest. Planè si dubius sit euentus executionis, ita vt in executione iudicati lis aliqua subsit, vel subesse adhuc possit, dubitari non oportet quin etiam super executione possit transigi, & consequenter post rem quoque iudicatam, non enim de sentẽtiæ executione tractari potest nisi post latam sententiam *d.l.si longis d.l.à Diuo Pio in princ. & tot.tit.De execut.rei iudic.* Quid verò si res iudicata nouata sit per stipulationem Aquilianam, & in eam transfusa? nec enim dubitatur quin Aquiliana stipulatio nouet obligationes & actiones omnes *l. cùm Aquiliana 5.& praced. supr. De transact.l. & vno 13. §.1.infr.De acceptil.§ præterea Instit.quib. mod. toll. oblig.* Et certi iuris est interposita post iudicatum Aquiliana stipulatione, posse transigi, at non de re iudicata, quæ iam nulla est tanquam per nouationem perempta, sed de stipulatione aut potiùs de lite, quæ ex stipulatione nasci potest. Stipulatio enim initium est litis, cuius res iudicata finis est *l.minor 40.§.1.sup. De minor.* sed hoc intellige cum Bartolo, si modò Aquiliana illa stipulatio interposita sit verè non fictè *l.4.§. si ex conuentione infr.De re iudic.* & ita benè illi intelligunt quod scriptum est *in l.si causa 32. Cod.de transact.* non quomodo nonnulli putant, quos refert & refellit Accursius, quasi de re iudicata transigi possit per Aquilianam stipulationem, quod certè falsum est. Adde, esse hoc ita quoque intelligendũ, si non per calumniam super stipulatione certa & indubitata transigatur *l.in summa 65.infr.hoc tit.*

a *Retineri tamen atque compensari.* RAT. DVB. Actus non possunt nec debent operari vltra intentionem agentium *vulg.l.non omnis 19.iunct. l. praced. supr. De reb cred.* atqui pecunia quæ tanquam ex causa transactionis data est, non ideo data fuit vt in causam iudicati conuerteretur, sed vt obligatio, quam ex transactione post rem iudicatam interposita natam putabat is qui soluit, dissolueretur. Non ergo in causam iudicati retineri aut compensari potest. DEC. Res iudicata cùm pariat actionem siue in factum siue iudicati eam velis dicere *l.actori 8.Cod. de reb.credit.ita* & multo magis parit retentionem *ex reg.l.1.infr.De pignor.l.1.§.si autem infr.De superfi.* quãuis

obligationem naturalem non magis possit inducere quàm tollere, sed ciuilem tantum *l. Iulianus verū debitorent 64. infr. hoc tit.* Multo magis etiam compēsationē quantitatis scilicet indebitè solutę ex causa transactionis cum ea quæ ex iudicato debetur, sicut enim compensatio fieri potest etiam contra iudicatum *l. cum militi 16. §. 1. infr. De compensat.* sicut & ex alia causa qualibet *l. vlt. C. eod.* ita & pro iudicato cuius causa omnium ferè fauorabilissima est, propterea quòd res iudicata, vt diximus, pro veritate habetur *d. l. res iudicata 206. De reg. iur. d. l. & post rem 7. §. 1. D. de transact.*

2 ¶ Item si ob transactionem alimentorum testamento relictorum datum sit: apparet posse repeti, quod datum est: quia transactio Senatusconsulto infirmatur.

Ad §. 2. Item si ob transactionem.

RAT. DVB. De quacunque causa litigari potest, etiam transigi posse dicendum est: ne alioqui nulla supersit ratio discedendi à lite quod iniquum esset, cùm & iusta causa sit transigendi, si à lite discedatur *l. in summa 65. infr.* & verecunda cogitatio sit eius qui lites execratur *l. 4. §. 1. supr. De alien. iud. mut. caus. fact.* Atqui de alimentis etiam futuris litigari potest, perinde ac de præteritis, nec minùs si ex testamento, quàm si ex contractu debeantur. Quid enim est tam certum & apertum, de quo litigari non possit? Quidni ergo transigi etiam poterit? Quòd si transigi potest, ergo etiam quod ex ea transactionis causam solutum erit, non repetetur, ne permittatur repetere volenti factum proprium impugnare contra *l. post mortem 15. supr. De adopt.* DEC. Oratio Diui Marci, de qua in *l. cùm hi 8. supr. De transf.* & Senatusconsultum ad eam factum [vt solebant fieri Senatusconsulta ad orationes Imperatorum in Senatu recitatas *l. 1. infr. De reb. eor. qui sub tutel.* quod Accursius nostter ad hunc locum non intellexit,] infirmat transactiones omnes de alimentis futuris factas ex testamento debitis, non ex contractu, ob rationem positam in *d. l. cùm hi*, vbi diximus. Ergo cùm transactio non valeat, si quid ex ea solutum sit repeti poterit, tanquam indebitum, nec enim prohibetur quis cōtra proprium factum venire quoties factum illud à iure improbatum est *cap. non præstat impedimentum De reg. iur. in 6.* nisi consultò & authoritatem præstante Prætore transactio facta sit: hoc enim oratio excepit, vt non deesset licentia transigendi, si materia & iusta causa subesset *d. l. cùm hi l. de alimentis 8. C. eod. tit.* nihil porrò interest an ex testamento alimenta futura de quibus transactum est, debeantur, an ex codicillis, aut ex alia voluntate, dummodo vltima nō etiam inter viuos, vt benè Accursius monet ex *d. l. cùm hi § 1. & 2.* vbi etiam diuersitatis rationem attulimus. Cæterùm quod ex huiusmodi transactionis causa solutum est, licèt sit ex ea causa indebitum, retineri tamen poterit, & cōpensari ex causa alimētorum exemplo eius quod scriptū est *in §. prox. praeced.*

3 ¶ Si quis post transactionem nihilominus condemnatus fuerit: dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet : potuit autem is (si quidem ante litem contestatā transegerit [a]) volenti litem contestari opponere doli exceptionē. sed etsi post litem contestatam transactum est [b]: nihilominus poterit exceptione doli vti post secuti. dolo enim facit, qui contra transactionem expertus, amplius petit. & ideo condemnatus, repetere potest [c], quod ex causa transactionis dedit. sanè quid si ob causam dedit? neque repeti solet, quod ob causam datum est, causa secuta. sed hic non videtur causa secuta, cùm transactioni non stetur. Cùm igitur repetitio eius oritur, transactionis exceptio locum non habet. neque enim vtrumque debet locum habere, & repetitio, & exceptio.

Ad §. 3. si quis post transactionem.

RAT. DVB. Non potest ferri sententia & sequi condemnatio, nisi aliqua lis subsit, cùm sententia & res iudicata finem liti imponat, per absolutionem aut condemnationem *l. 1. infr. De re iudic.* atqui per transactionem à lite disceditur *l. in summa 65. infr.* ideòque transactionis exceptio dicitur etiam litis finitæ *l. 2. supr. De iureiur. l. fratris tui 10. C. de transf.* Vnde est, quod opponi potest & debet ab initio litis, ad impediendum litis initium & progressum, vt in hoc ipso §. scriptum est. Ergo post transactionem interpositam non potest sequi condemnatio. DEC. Trāsactio si non facta sit interposita stipulatione aliqua, non tollit actionem ipso iure, sed tantùm per exceptionem, sicut & aliud pactum quodlibet: transactio enim nihil nisi pactum est, si stipulatio non interueniat *l. cùm proponas 17. l. sub prætextu instrumentorum 19. l. siue apud acta 28. C. de transact.* cùm ergo supersit actio, ex qua proinde agi potest, [cùm sine actione agere nemo possit *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. De neg. gest.*] consentaneum est, vt non impediat transactio, quominùs super ea actione iudicari possit, & is qui pecuniam ex causa transactionis aliquid dedit condemnari, & consequenter sententia valeat ipso iure, quamuis non careat dolo, is, qui post trāsactionem per quam à lite discessit, nihilominùs litem persequitur, contra proprij facti conscientiam, & ita extorquet condemnationem. Nemo enim ob id solum condemnatur, aut summouetur quòd sit in dolo, sed quòd opposita ei sit exceptio vel replicatio doli. Sic fit vt in executione iudicati possit is qui transegit, obiicere doli exceptionem contra victorem, ne ex dolo suo lucrum actor sentiat, si malit condemnatus effugere iudicati executionē, quā repetere quod ex causa transactionis dedit, cū etiā rei iudicatę doli exceptio possit obiici *l. 4. §. Labeo ait infr. de*

infr. de except. rei iudic. Planè non eo minùs tenet sententia, quòd dolo malo actoris aliquid factum sit; cùm etsi per sordes aut per errores, aliterve per iniuriam iudicis lata esset sententia, nihilominus valeret, adeóque executioni mandanda eo casu esset, propter rerum iudicatarum authoritatem *l. seruo 65. §. cùm prætor infr. ad SC. Trebell.* Miror verò Accursium hîc notare, iniquitatem tolerari aliquando; quasi verò hîc toleretur, vt & in *l. relegatorum 7. §. ad tempus infr. de interd. & releg. l. nam posteaquàm 9. §. si damnetur supr. de iureiur. l. 1. Cod. de plur. petit.* ex eo scilicet quod Vlpianus ait dolo quidem fieri, si post transactionem quis condemnatus sit, sed tamen sententiam valere: non enim toleratur iniquitas, quæ per doli exceptionem corrigitur, data etiam repetitione condemnato si soluerit ex causa transactionis ante condemnationem, vt subiicitur in hoc §. Ita enim fit, vt actor qui contra transactionem expertus obtinuit, alterutro lucro priuetur necessario, aut transactionis, aut rei iudicatæ.

a *Potuit autem is (siquidem ante litem contestatam transegerit.)* RAT. DVB. Non alius potest repelli exceptione doli quàm qui in dolo est, in dolo autem non est, qui iure suo vtitur *l. si duorum 52. inf. de action. empt.* Atqui iure suo vtitur is qui agit, etiam post transactionem, cùm actio subsistat nec per transactionem perempta sit ipso iure, vt suprà diximus. Ergo non potest doli exceptio locum habere contra actorem, qui litem contestari vult etiamsi transegerit. DEC. Doli exceptio tunc locum habet, cùm quis per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem lucrum captat ex damno alieno *l. 1. infr. de doli mali except.* Atqui in proposita specie, is qui prætextu actionis sibi competentis ipso iure vult litem contestari cum eo cum quo transegit, captat lucrum ex damno aduersarij per occasionem iuris ciuilis, & quidem contra naturalem æquitatem, cùm veniat aduersus factum proprium, suámque conuentionem quod nemini facere licet *l. post mortem 25 supr. de adopt.* Ergo doli exceptione repellendus est, ex quo nostri vulgò post Accursium & Bartolum inferunt, exceptionem transactionis impedire litis ingressum & processum, non minus quàm exceptionem rei iudicatæ & iurisiurandi quod in aliis exceptionibus peremptoriis secus est, ex *cap. exceptionis extr. de litis contest.* Quod etsi verum est, quoties contra pacti formam agitur, puta si adsit pactum expressum de non petendo, aut de non amplius agendo [exceptio siquidem transactionis nihil nisi exceptio pacti est. vt suprà diximus] non tamen bene ex hoc §. probatur, in quo non de transactionis, sed de doli exceptione loquitur Vlpianus, quæ doli exceptio multum distat ab exceptione pacti, eique subsidiaria est *l. & hæredi 21. §. 1.* vbi diximus, *supr. de pact.* nec proinde locum habet, nisi cùm pacti & transactionis exceptio locum habere non potest, puta si simpliciter transactum sit de negotio, non subiecto aliquo pacto de non petendo, aut de non amplius agendo. Illud planè verum est, ex transactione nasci exceptionem doli.

b *Sed si post litem contestatam transactum sit.* RAT. DVB. Per litis contestationem quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit infr. de pecul. l. delegare 11. l. aliam 29. de nouat.* Vnde est quod in omnibus ferè iuris partibus inspicitur tempus litis contestatæ *l. vinum 22.* vbi diximus, *supr. de reb. credit. l. 2. infr. de vsur.* Ergo non debet, nec potest transactio facta post litem contestatam nocere, & exceptionem doli parere. Illud enim maximè inspiciendum est, an dolus adfuerit tempore litis contestatæ *l. 2. §. circa infr. de doli mali except.* DEC. Qui post litem contestatam transegit, licèt nihil ab initio fecerit ex eo tempore quo litem contestabatur, nunc tamen dolo facit qui contra transactionem expertus amplius petit, nec eo minus danda est doli exceptio, post litem contestatam cùm dolus post contestationem incidit, nec enim potest doli exceptio esse ante dolum, & iudici pedaneo qui à prætore post litem contestatam datus est, omnium rerum officium incumbit, quæ in iudicio versantur, ac proinde quæ pendente iudicio contingunt *l. Ædiles 25. §. item sciendum est infr. de ædilit. edict.* Nihil igitur refert vtrum antè an post litem contestatam fiat transactio, quam equidem constat etiam post litem contestatam, ac pendente iudicio fieri posse. *l. si contra 8. C. de appellat. l. 1. §. qui autem sup. de calumniat.*

c *Et ideò condemnatus repetere potest.* RAT. DVB. statim ponitur in textu iis verbis *sanè quidem ob causam dedit.* Nam vt sequitur apud Vlpianum quod ob causam datum est, non solet repeti causâ secutâ. Sed in proposito quod ex causa transactionis datum est, negare non possumus quin ob causam datum sit, nec rursum quin secuta sit causa, cùm transactio sufficiens sit ad producendam exceptionem doli, vt modò diximus. ergo quod ex huiusmodi transactionis causa solutum est, repeti non potest. DEC. Non videtur causa secuta quoties transactioni non statur. Atqui cùm is qui transegit, nihilominus pergit litem persequi, perinde acsi non transegisset, adeóque extorquet condemnationem apparet nolle illum stare transactioni. Ergo quasi causa non secuta, dicendum est repeti posse, quod ex causa transactionis solutum fuit, nempe si is qui transegit malit pati condemnationem, vt condicat quod dedit, quàm obiicere doli exceptionem ad euitandam condemnationem, nec enim nisi valde iniustè ac per iniuriam iudicis condemnari posset, opposita siue antè siue post litem contestatam doli exceptione, vt in *l. exceptione 67. infr. de fideiuss.* Porrò nulla condemnatione secuta repetitioni locus esse non potest, cùm transactione vires suas exerente per oppositam doli exceptionem, non possit videri non secuta causa transactionis ob quam datum fuit. Proinde is qui transegit siue ante siue post litem contestatam, & ex causa transactionis aliquid dedit, eligere debet ante sententiam, an condemnari malit, & repetere quod dedit, an verò malit vti exceptione & stare transactioni, vt effugiat condemnationem. Non enim debet vtrumque habere & repetitionem & exceptionem, vt hîc Vlpianus subiicit. Sicuti ex eodem actu solutionis non possunt condictio & liberatio contingere *l. si non sortem 26. §. si decem infr. hoc tit.* Quid verò si neque ante neque post litem contestatam is qui ex causa transactionis soluit, doli exceptionem opposuerit, atque ita se condemnari passus sit? an in executione quoque iudicati saluam habebit electionem, vel opponendæ exceptionis doli, vel condicendæ solutionis? Videtur enim posse illi imputari, cur non citius eam exceptionem opposuerit, satísque videtur ei consultum, quòd pecuniæ quam ex causa transactionis dedit, habeat repetitionem. Sed tamen cùm in iudicati quoque executione doli exceptio locum habere possit, vt initio huius §. diximus ex *l. 4. §. Labeo ait infr. de except. rei iudic.* magis est, vt adhuc ei salua sit electio. Licèt enim sententia teneat, non ta-

men purgare ceptionem doli. Et generaliter ad impediendam executionem iudicati admittuntur exceptiones omnes, quæ non impugnant iudicatum *l. tamen si non* 11. vbi dicemus *infr. ad SC. Maced. l. Nesennius* 41. *§. vlt. infr. de re iudic.* Et quod contra scriptum videtur in *l.* 2. *C. sent. resc. non poss.* ad eas exceptiones peremptorias spectat, quę impugnant iudicatum, nec nisi per viam appellationis & in causa appellatoria proponi possunt. Illud tantùm ei qui transegit & soluit prohibitum est, ne & exceptione & códictione simul vtatur. Alterutro enim auxilio contentus esse debet. *l. qui hominem* 34. *§. vlt. inf. de solut.* Nisi cùm aliter actum est, inquit Accursius ex *l. pen. sup. de transact. & l. cùm proponas* 17. *C. eod. ill. tit.*

4 ¶ Si qua lex ab initio, dupli, vel quadrupli statuit actionem: dicendum est, solutum ex falsa eius causa, repeti posse.

Ad §. vlt. si qua lex.

Rat. dvb. Pœnæ depensæ repeti non solent *l. pœna* 42. *infr. hoc tit.* Ergo quod solutum est ex causa pœnalis alicuius actionis repeti non potest, multóque minus si ab initio pœnalis actio illa fuit. Tanto magis enim pœnalis actio est, ad differentiam earum, quæ per inficiationem crescunt, nec proinde nisi ex postfacto pœnales fiunt, ex quibus tamen si quid solutum sit, constat repeti id non posse, tametsi ex falsa causa solutum sit *l. ea qua* 4. *Cod. hoc tit.* Dec. Non possunt dici pœnæ depensæ, quæ ex falsa causa quamuis pœnali solutæ sunt, crimen enim aliquod subesse oportet, vt pœna dici possit *l. Gracchus* 4. *C. ad leg. Iul. de adult.* Ergo si quid solutum sit ex causa pœnalis alicuius actionis, quæ dupli pœnam ab initio statuat, vt actio furti nec manifesti, vel tripli, vt vi bonorum raptorum, aut quadrupli, vt furti manifesti, & ea causa falsa inueniatur, dicendum est solutum repeti posse, quia omnino indebitum est, causa verò falsa inuenitur, si nullum prorsus crimen admissum sit, puta si quis confessus sit, se furtum aut rapinam fecisse, cùm tamen neque furto subtractum, neque vi raptum quicquam fuerit: nam si factum sit furtum vel rapina, licèt ab alio, quàm ab eo qui soluit, repetitio nulla esse potest, quia verum est eum qui accepit suum recepisse ex *reg. l. repetitio* 44. *inf. hoc tit.* Est autē alia ratio eius, qui soluit ex falsa causa actionis merè ab initio pœnalis, & eius qui ex falsa causa actionis, quæ ex postfacto pœnalis fiat & per inficiationem crescat, non quia vani timoris æstimatio nulla sit, vt malè hîc ratiocinatur Accursius ex *l. si quis ab alio* 13. *inf. de re iudic.* Sed vt melius idem ille ad *d. l. ea qua*, quoniam is qui soluit indebitum ex falsa causa eius actionis, quæ possit per inficiationem crescere, videtur eo veluti precio decidere & transigere de periculo actionis, quasi malens damnum hoc quantumuis indebitum incurrere quàm periculum pręstandi fortasse propter inficiationem dupli *arg. l. quid ergo* 13. *§. pœna grauior supr. de his qui notant. infam. l.* 3. *&* 4. *C. eod. ill. tit.* Quod in eo qui conuenitur, aut conueniri potuit actione merè ab initio pœnali non similiter dici potest. Quid ergo si solutum sit indebitum ex falsa causa actionis legis Aquiliæ? Dubitationem facit, quia ex vna parte actio legis Aquiliæ ex sui natura & ab initio pœnalis est *l. inde Neratius* 23. *§. hanc actionem supr. ad leg. Aquil. §. his autem verbis Instit. eod. tit.* Ex altera verò parte, ex postfacto quoque fit magis pœnalis, & crescit per inficiationem ad duplum *l. contra negantem* 4. *C. eod. tit.* Sed magis est, vt censeri debeat iure actionis quæ ex postfacto fit pœnalis, ac proinde, vt solutum ex falsa eius causa non possit repeti propter periculum, quod subest ne pœna ipsa quæ actioni ab initio inest, crescat per inficiationem *d. l. ea qua.* Nec obstat hic §. qui intelligendus est de iis demum actionibus pœnalibus, quæ ita sunt ab initio pœnales, vt ex postfacto magis pœnales fieri non possint. Nec distinguo hac parte, an ille ipse, qui soluit, damnum dederit, an alius, quomodo tamen Accursius & Bartolus distinguunt: est enim ei distinctioni tunc solùm locus, cùm quæritur an actione legis Aquiliæ possit quis ex sua confessione falsa condemnari, vt possit si confessus sit se illum occidisse quem alius occiderit, non etiam si eum quem nemo *d. l. inde Neratius §. vlt. & legib. seqq.* Sed aliud est de condemnatione, aliud verò de condictione indebiti quærere. Notandus autem est hic casus, in quo solutum quamuis indebitum non repetitur: quando scilicet solutum est ex falsa causa eius actionis, quæ per inficiationem crescat ex *dict. l. ea qua.* Alios congerit Accursius, si quis sciens indebitum soluerit, quãuis ea mente, vt postea repeteret *l. quod qu is* 50. *infr. hoc tit.* Cui similis est ille qui sciens se tutum exceptione perpetua nihilominus soluit, de quo in *l. prox. seq. & in l. si non sortem* 26. *§. indebitum* 3. *infr.* Item si falsò iurauerit creditor sibi deberi, cùm iusiurandum pro veritate habeatur *§. item si quis postulante Instit. de action.* Item si iudicatum sit *l.* 1. *C. hoc tit. l. si fideiussor* 29. *§. in omnibus infr. mandat.* Item si transactum *l.* 2. *Cod. hoc tit. & hac ipsa lege in princip.* Item si ex causa pietatis solutum probetur, vt in *l. cùm is* 32. *§. mulier infr.* Denique si quis suo nomine soluerit, quod ab alio debetur, vt in *l. si pœna* 19. *§.* 1. *supr. l. in summa* 65. *§. vlt. infr.* Quibus tamen casibus obseruat Bartolus nec insubtiliter, causam quidem debiti expressam & remotam in superioribus casibus nullam esse, sed tamen proximam aliquam & tacitè subintellectam subesse, quæ impedit repetitionem, scilicet transactionis, donationis, aut quam aliam similem: quod certè verum est.

24. Idem libro 46. ad Sabinum.

SI is, qui perpetua exceptione tueri se poterat, cùm sciret sibi exceptionem profuturam, promiserit aliquid, vt liberaretur: condicere non potest.

Ad l. Si is, qui 24.

Rat. dvb. Debitor qui exceptione aliqua perpetua tutus est, debitoris loco non habetur, sicut neque creditor ille qui exceptione perpetua summoueri potest *l. creditores* 10. *l. creditor* 55. *de verb. signif.*

Debitor

Debitor siquidem propriè intelligitur is à quo inuito exigi pecunia potest *l. debitor* 108. *eod.* non autem potest exigi ab eo qui perpetua exceptione tutus est: imò nec ab eo qui temporali, quandiu tempora opponendæ exceptionis elapsa non sunt. Sed tamen de perpetua tantùm non de temporali exceptione hîc loquimur, quia non absolutè verum est, exigi non posse ab eo qui temporali duntaxat exceptione tutus est, cùm post tempus si conueniatur soluere teneatur. Vnde est quod dicimus eum qui temporalem exceptionem timet, similem esse condicionali creditori *d. l. creditor*, quia sicuti condicionalis creditor non potest agere ante condicionis euentum, *l. cedere diem* 213 *eod. tit.* ita nec ille qui exceptione temporali aliqua summoueri potest, effectum vllum actionis suæ consequi, si intra tempus illud agat, quamuis summo iure possit agere. Ergo quod quis soluit quasi debitor, quamuis sciens se tutum exceptione perpetua potest repetere, non enim quod sciat sibi eam exceptionem competere facit quominus competat DEC. Exceptio quamuis perpetua competens debitori, non facit quin verè debitor maneat ipso iure: pendent enim exceptiones omnes ex æquitate iuris prætorij, quod actionem iure ipso competentem non magis tollere potest, quàm ius ciuile in totum extinguere, sed tantùm asperitatem iuris ciuilis corrigere ac emendare *l. ius autem* 7. § 1. *supr. de iustit. & iur.* Ergo quod quis soluit, sciens se tutum exceptione perpetua, non potest repetere, quia verè & ipso iure debitum est. De sciente enim tantùm ideò Vlpianus hîc loquitur, quoniam is qui sciens prudénsque remittit exceptionem sibi competentem, donanti similis esse creditur *l. si quis delegauerit* 12. *infr. de nouat.* cuius namque per errorem soluti repetitio est eius consulto dati donatio est *l. cuius per errorem* 53. *de regul. l. indebitum* 9. *C. hoc tit. l. eum qui* 21. §. 1. *supr. de inoff. testam.* quod de ignorante non perinde dici potest, nemo siquidem videri potest repudiare, aut amittere ius quod sibi competere ignorat *vulg. l. mater decedens* 19. *eod. tit. de inoffic. testam.* Ergo ad impediendam condictionem indebiti duæ hæc coniunctim requiruntur, vt is qui soluit tutus fuerit exceptione perpetua, & vt tutum se sciuerit, alioqui condictio indebiti locum habet: sed neque omnis exceptio perpetua patere condictionem indebiti potest, sed ea demum quæ fauorabilis est, id est, quæ ex fauore & æquitate negotij proficiscitur non ex odio creditoris iuxta distinctionem *l. qui exceptionem* 40. *infr.* Excipiunt etiam nostri eam exceptionem perpetuam quæ sit inducta ad rigorem iuris conseruandum, qualis est, inquiunt exceptio rei iudicatæ ex *l. Iulianus* 64. *& l. iudex* 28. *infr.* sed non satis benè. Habet enim illa exceptio rationem aliam specialem, quia nititur æquitate ciuili tantùm non etiam naturali, vt ibi dicemus. Cæterùm si quis sciens se tutum exceptione temporali soluerit, non eo minus repetere poterit, quia non tam donasse & exceptionem remisisse, quàm antè tempus soluisse ac solutionem prorogasse intelligitur: id enim soluit quod finito exceptionis tempore æquè soluere cogi potuisset, *l. in diem debitor* 10. *supr. hoc tit.* Perpetuam itaque exceptionem esse oportet vt condictio inducatur *d. l. qui exceptionem l. si non sortem* 26. §. *indebitum* 3. *&* § *qui filiosfamilias infr.*

25. IDEM libro quadragesimo septimo ad Sabinum.

CVm duo pro reo fideiussissent decem, deinde reus tria soluisset, & postea fideiussores quina: placuit eum, qui posterior soluisset, repetere tria posse. hoc merito: quia, tribus à reo solutis, septem sola debita supererant: quibus persolutis, tria indebita soluta sunt.

Ad l. Cum duo 25.

RAT. DVB. Cùm pro vno reo fideiussores duo accepti sunt, qui decem fideiusserunt, constat fideiussores singulos saltem quina debere, admisso inter eos beneficio diuisionis, quod habent ex epistola Diui Hadriani *l. inter fideiussores* 26. *l. inter eos* 51. *inf. de fideiuss.* Ergo quamuis ambo quina soluerint, id est, quinque singuli, nihil tamen quasi indebitum solutum possunt condicere, aut si condictio eis danda est, vtrique dari debet vnicuique pro rata & virili, vt in *l. si pœna* 19. §. *vlt. supr.* non ei soli qui posterior soluit. DEC. Condictio indebiti datur, quoties solutum est, id quod solutionis tempore indebitum fuit, licèt antea fuerit debitum. Refertur enim condictio hæc ad tempus solutionis, nisi quod sufficit etiam indebitum esse eo tempore, quo agitur condictione indebiti. Atqui in proposita specie, cùm duo pro reo fideiussissent decem ponimus reum deinde tria soluisse postea fideiussores singulos quina ex ordine, verum est dicere, non nisi septem fuisse debita, cùm quinque soluta sunt ab illo ex fideiussoribus qui prior soluit, quibus quinque solutis, duo tantùm ex decem in obligatione superfuerunt: consequens igitur omnino est, vt fideiussor qui posterior quinque soluit, soluat tria plus debito. Soli ergo ei condictio competit, vt tria quæ plus debito soluit possit repetere, alij enim debitum soluerunt *l. vlt.* §. *Titius infr. hoc tit.* Diuersum est, si fideiussores pariter quina soluerint, id est, eodem tempore, ita vt nesciri possit quis prior aut posterior soluerit, vt in *d. l. si pœna* §. *vlt. supr.* vbi rationem differentiæ attulimus. Iunge *l. sed etsi quid* 25. § 1 *supr. de vsufruct.*

26. IDEM libro vicensimo sexto ad Edictum.

SI non sortem quis, sed vsuras indebitas soluit, repetere non poterit, si sortis debitæ soluit. sed si supra legitimum modum [a] soluit: Diuus Seuerus rescripsit, (quo iure vtimur) repeti quidem non posse: sed sorti imputandum: &

si postea sortem soluit, sortem quasi indebitam repeti posse [b]. Proinde & si antè sors fuerit soluta [c], vsuræ supra legitimum modum solutæ, quasi sors in debita, repetuntur. quod si simul soluerit [d]: poterit dici, & tunc repetitionem locum habere.

Ad l. Si non sortem 26.

RAT. DVB. Indebiti soluti condictio ei qui soluit competit: atqui sunt indebitæ vsuræ, quæ nullomodo, aut aliter quàm per stipulationem promissæ sunt, indebitæ quidem iure ciuili, etiamsi pactum nullum intercesserit, nisi stipulatio subsecuta sit *l. quamuis 3. Cod. de vsur. l. Titius 24. infr. de præscrip. verb.* Debitæ tamen naturaliter cùm ex nudo pacto, si eo modo promissæ sint. Ergo quamuis sors debita fuerit, si tamen vsuræ debitæ non fuerint, quia nullo modo promissæ sunt, & solutæ sint, dicendum est condici eas posse. Nihil siquidem vetat sortem deberi, vsuras verò non deberi: quia non quemadmodum vsuræ tanquam accessoriæ subsistere absque sorte non possunt: ita nec sors sine vsuris: potest principale esse sine accessoriis, non item accessoria sine principali *l. cùm principalis 178. de reg. iur.* Non est igitur bona consecutio, si quis dicat cum Vlpiano, sortis debitæ vsuras indebitas & solutas condici non posse, ob id solùm quòd sors debita fuerit, sic enim legendum hîc est *si sortis debita soluit*, vt Florentiæ, non vt vulgo apud Accursium *si sorti debitas soluit*. Implicat enim contradictionem, si quis dicat vsuras & indebitas esse & debitas absolutè, quamuis fieri possit, vt indebitæ sint ciuiliter, debitæ autem naturaliter, quomodo locum hunc Accursius ob vicium vulgaris lectionis interpretari coactus est. DEC. Qui beneficium ab aliquo accepit, hoc ipso naturaliter obligatur ad ἀντίδωρα, & ad remunerationem *l. sed etsi 25. §. consuluit supr. de hered. petit.* atqui beneficium nec leue accipit, qui gratuitam pecuniam nullis siue per stipulationem siue per pactum promissis vsuris accipit, ergo hoc ipso se obligat ad ἀντίδωρα naturaliter, vt proinde si vsuras eius pecuniæ vltro soluat, non possit eas repetere tanquam indebitas, cùm naturaliter eas debuerit, illámque naturalem obligationem ea solutione agnouisse videatur, vt in *§. libertus 12. infr.* Vna enim liberalitas aliam liberalitatem facilè prouocat in persona eius qui priorem accepit *l. si verò non remunerandi 12. §. ibidem Papinianus infr. mandat.* Vnde est quod cùm debitor gratuita pecunia vtitur, id est, pro qua vsuræ nullæ promissæ sint, potest tamen creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad legitimum vsque modum vsuras retinere *l. cùm debitor 7. infr. quib. mod. pignor. vel hypoth. soluit.* Vbi notandum est Paulum non ita loqui, vt dicat posse creditorem fructus rei obligatæ retinere, sed vsuras de fructibus, quasi obligato ad ἀντίδωρα debitore, non quidem vt fructus pignoris præstet creditori, sed vt vsuras pecuniæ creditæ ex fructibus rei obligatæ redigendas ad modum vsque legitimum. Quanto magis igitur si debitor ipse soluat creditori vsuras, quamuis nullomodo promissas? Adest enim hoc casu multo expressior voluntas creditoris vsuras debitori soluentis, quàm pignus dantis. Proinde locus hic intelligi debet de vsuris nullomodo promissis, atque ita etiam prætorio non minus quàm ciuili iure indebitis [quæ enim nudo pacto promissæ sunt ex iure prætorio debentur, quo pacta omnia quæ nec contra leges nec côtra bonos mores sunt, côseruantur ad producendam non quidem actionem, sed exceptionem *l. iuris gentium 7. §. sed cùm nulla & §. ait prætor supr. de pact.*] sed tamen si soluantur debitis in vicem remunerationis, &, vt clarius dicam, vsuras iure ciuili debitas facit stipulatio; iure prætorio pactum nudum. At in vicem remunerationis sola earum solutio, aut fructuum pignoris perceptio *d. §. consuluit, & dict. l. cùm debitor.* Itaque priusquàm soluantur omnino indebitæ sunt, at vbi solutæ sunt debitæ reperiuntur naturaliter, tanquam agnita, vt diximus, per solutionem ea naturali obligatione. Atque ita locus hic meo iudicio intelligi debet, non quomodo Accursius intelligit de vsuris nudo pacto promissis. Non enim dici possunt illæ indebitæ, licèt nullo interueniente stipulationis vinculo exigi non possint.

a *Sed si supra legitimum modum.* RAT. DVB. Eæ demum vsuræ videntur in vicem remunerationis, & iure ἀντιδώρου debitæ, quæ licèt promissæ nullomodo fuerint, solutæ tamen sunt vltro à debitore, vt modò diximus. Ergo etiamsi supra legitimum modum solutæ sint, dicendum tamen est, non eo magis repeti eas posse. Modus enim legitimus vsurarum, id est, qui olim à legibus præscriptus fuit, hodie autem à Iustiniano in *l. eos 26. Cod. de vsur.* exigendis tantùm aut promittendis etiam pecuniis, non vltro & liberaliter soluendis præscriptus est: & côsequenter nec in sortem imputandum est, quod in causam vsurarum nominatim exsolutum est. DEC. Quod lege fieri prohibitum est, non magis tacita quàm expressa conuentione fieri potest, ne quod vna via prohibetur, concedatur altera *l. scire oportet 21. §. 1. infr. de legit. tutor. l. magis puto 5. §. si pupillus de reb. cor. qui sub tutel.* Atqui leges non patiuntur vsuras immoderatas aut exigi aut promitti, non ob id solùm quòd odiosæ sint, ob naturam pecuniæ [est enim pecunia res sui natura sterilis, quæ aliam pecuniam gignere & parere non potest] sed etiam quia facilè in infinitum, aut saltem in immensum excurrerent, nisi certo modo coercerentur, tum quoque cùm vltro & donandi animo soluerentur, *arg. l. penult. §. 1. infr. de donat. iunct. l. Aquilius 27. eod.* Ergo nec supra legitimum modum solui eas etiam ex remunerationis causa permittendum fuit. Proinde meritò Diuus Seuerus rescripsit, repeti quidem eas non posse, cùm ad legitimum vsque modum fuerint naturaliter, vt diximus, debitæ, sed tamen quatenus legitimum modum excederent, sorti imputandas esse, vt ex eo solutionis grauioris incommodo, debitor liberationem eatenus consequatur, vt & in *l. creditor 102. §. vlt. de solut.* ita fit, vt ea solutio, quæ condictionem vsurarum illegitimarum parere non potest, quia sortem debitam esse verum est, pariat liberationem sortis pro ea parte, pro qua condictionem alioqui competere necesse esset.

b *Etsi posteà sortem soluit, sortem quasi indebitam repeti posse.* RAT. DVB. In omnibus numerationibus & solutionibus maximè inspiciendum est qua mente factæ sint, ne actus operetur vltra intentionem agentis *l. non omnis 19. & præced. supr. de rebus credit.* Et quamuis plerũque dubitetur, an solutio simpliciter facta in sortem cedere debeat, an in vsuras, vt in

l. I.

l.1.l.in his 5.§.1.l.cùm ex pluribus 97.infr.de solut.l.1.Cod. eod. Cùm tamen constat, in causam sortis solutum fuisse, aut in causam vsurarum, dubitationi locus nullus relinquitur, an sorti imputandum sit, quod in vsuras solutum est, an contra. Atqui in proposita specie ponimus solutas esse vsuras quasi vsuras, non quasi sortem, & sortem debitam fuisse, quamuis vsuræ fuerint indebitæ. Ergo si post solutas vsuras indebitas, etiam sors quæ verè debebatur, soluta sit, non est admittendum vt ob factam solutionem vsurarum indebitarum, sors quasi indebita repeti possit. DEC. Cùm vsuræ omnino indebitæ fuerunt & solutæ vltra legitimum modum, sicuti vsque ad legitimum modum quasi naturaliter & ob *ἀντίδωρα* debitæ, vt suprà diximus: ita quod modum legitimum excedit, non potest ad causam vsurarum proficere, quæ non magis postquàm ante solutionem debitæ fuisse intelliguntur. Ergo necesse est, vt sortem ipso iure minuant, tantùmque ex sorte decedat, quantum ex solutione vsurarum vltra legitimum modum ad creditorem peruenit, consequenter si sors ipsa quasi adhuc tota debita soluta sit, fatendum est posse condici quasi indebitam sortem illam quæ posteriore loco soluta est. Fieri enim nequit, vt posterioris solutionis tempore indebitum non sit, quod iam solutum inuenitur *l.prox sup.l.vlt. §.Titius 2.infr.hoc tit.*

c *Proinde etsi antè sors fuerit soluta.* RAT. DUB. Vsuræ post sortem solutæ supra legitimum modum, non possunt minuere sortem iam solutam *l. indebitas 18.C.de vsur.* Ergo nec iure sortis repeti sed potius iure vsurarum, quod & innuere videtur Philippus Imperator in *d.l. indebitas*, contra quàm hîc ab Vlpiano scriptum sit. DEC. Vsurarum solutio, quæ non potest proficere ad minuendam sortem iam solutam quæ fuit debita, prodest ad eam augendam, vt quemadmodum fuit debita quatenus primum soluta est, ita & sit indebita quatenus ex vsurarum illegitimarum facta postea solutione aucta est. Ergo quod vsurarum illegitimarum nomine post solutam sortem solutum est, condici tanquam indebitum potest, sed iure sortis non vsurarum acsi is, qui cùm centum deberet, quinquaginta præterea soluit supra legitimum modum vsurarum, centum & quinquaginta sortis nomine soluisset, neque pugnat quod in *dict. l. indebitas* scriptum est, vsuras postea solutas repeti posse: id enim ex hoc loco ita intelligendum est, vt tamen non quasi vsuræ sed quasi sors repetantur. Cur verò non quasi vsuræ? cùm tanquam vsuræ solutæ sint. Ideo fortasse quòd vsuras illegitimas lex nullomodo agnoscit, ac ne quidem vsurarum nomine dignatur, vsuras enim ius facit, & vsuræ non natura, sed iure percipi dicuntur in *l.si nauis 62. supr. de rei vindicat.* Subtilis sanè quæstio hæc est, habuitque dissentientes prudentes veteres, vt apparet ex *d.l.indebitas*, sed & subtilior, & verior opinio illa est quam Vlpianus hîc probat, nec Imperator improbat in *d.l.indebitas.*

d *Quid si simul soluerit?* RAT. DUB. & DECID. ad hunc versiculum eadem est quæ ad superiorem, nam videbatur eum qui sortem simul cum vsuris illegitimis soluit, partim sortem soluisse, partim vsuras illegitimas, atque ideo non sortem, sed tantùm id quod supra legitimum modum vsurarum soluit, condicere eum debere, sed magis est, vt quod vsurarum illegitimarum nomine solutum est, cùm vsuris imputari non possit, sorti imputetur, nouámque sortem faciat, sed indebitam totam, quæ priori debitæ accedat. Quicquid enim supra legitimum modum vsurarum promittitur, pro non adiecto quidem habendum est *l.placuit 29.infr. de vsur.* sed non æquè pro non soluto, quod solutum est supra legitimum modum. Ergo dicendum est, hoc quoque casu repetitionem illicitarum vsurarum locum habere, sed tanquam sortis, non tanquam vsurarum, vt in specie præcedente, cùm occasione sortis fuerint solutæ, vt & Bartolus hîc tractat. Aliud est si quis inuicem creditor idémque debitor sit ante factam à se solutionem. Nam in iis casibus in quibus compensatio locum non habet, si soluat, non habet condictionem, sed sui tantùm crediti petitionem *l. qui inuicem 30.* vbi dicemus *infr.* In proposito autem casu is qui vsuras illegitimas soluit, non fuit ante solutionem creditor, sed factus est per solutionem.

1 ¶ Supra duplum autem vsuræ, & vsurarum vsuræ, nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt: & solutæ repetuntur: quemadmodum futurarum vsurarum vsuræ [a].

Ad §.1. Supra duplum autem.

RAT. DUB. Vsuræ non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium infliguntur *l.cum quidam 17. §.si pupillo infr. de vsur.l. Titia Seio 87.§.vsuras delega.2.* Moram autem suam cuique nocere æquum est *l. in condemnatione 173.§.pen. de regul. iur.* & consequenter ea pœna coerceri, quæ contrahentibus placuit, quidni ergo etiam supra duplum promissæ per stipulationem vsuræ & exigi poterunt, & solui? multóque magis solutæ retineri? DEC. Honestus modus seruandus est in omnibus, non immoderata cuiusque affectio & auaritia subsequenda *l.ex damni 40.in princip. infr. de damn. infect.* quæ autem vsuræ supra duplum promittuntur, aut exiguntur, aut soluuntur, honestum modum excedunt, cùm creditori cuilibet quantumuis auido & auaro satis esse debeat, quòd sortis suæ duplum ex vsuris consecutus sit, nec ferendus est, si quid supra duplum aut exigere velit, aut retinere, licèt alio nomine quàm vsurarum & pœnæ nomine. Videtur enim illa promissio facta in fraudem legitimarum vsurarum, ideóque nec valet *l. pecuniæ 9. l. pœnam 44. infr. de vsur.l.4.de nautic.fœnor.* Quò etiam respexisse videtur Iustinianus in *l. vnic. Cod. de sentent. quæ pro eo quod inter.* vbi constituit, vt nec id quod interest, possit in casibus certis duplum excedere, cùm tamen longè fauorabilior causa sit eius quod interest, quàm vsuræ: æstimatur enim id quod interest, ex eo quod mihi re vera abest, quódque lucrari potui *l.si commissa 13.infra.* RAT. *rem haber.* Idem est de vsurarum vsuris: nimia enim auaritia, & nimis improbum fœnus est, si quis velit vsurarum vsuras non solutas quamuis per stipulationem promissas exigere, aut etiam solutas retinere, propter quod etiam infamiæ macula huic hominum generi irrogatur *l.improbum fœnus 20.C.ex quib.caus.irrog.infam.* Et quia plerique ne vsurarum vsuras exigere videantur, vsuras præteritas in sortem conuertunt, vt non vsurarum, sed

sortis vsuras exigant, Iustinianus noster æquissima constitutione hoc districtè prohibuit in *l. vlt. C. de vsur.* id est, ne qua conuentione vsuras etiam præteritas in sortem redigere liceat, alioqui, inquit, non rebus, sed verbis lex imposita videretur. Et tamen non dubitant pragmatici nostri adfirmare, posse fieri per conuentionem & stipulationem, vt solutas vsuras, aut pro solutis habitas possit creditor debitori in nouam sortem computare, quasi ex nouo contractu, nouóque mutuo atque ita vsurarum vsuras exigere, secuti errorem Accursij in *dict. l. vlt.* quem tamen à cæteris interpretibus communiter improbatum esse Castrensis ibidem testatur. Et rectè, nihil enim apertius est, quàm ea ratione aut potius subtilitate fraudem fieri constitutioni, nec tantùm sententiam, sed etiam verba Iustiniani apertè violari. Quod nos pluribus ostendimus in Chiliade nostra *de error. pragmatic.*

a *Quemadmodum futurarum vsurarum vsura.* Caue ne hoc ita intelligas, quasi futurarum dumtaxat vsurarum non etiam præteritarum vsuræ prohibitæ sint [omnes enim omnimodo prohibentur, vt modò diximus ex *l. vltim. Cod. de vsur. l. placuit 29. infr. eod. ill. tit. l. improb. 20. Cod. ex quibus caus. infam. irrog.* Sed quia nec futurarum vsurarum magis quàm præteritarum vsuræ permittendæ sunt, licèt fauorabiliores videri possint, ea maximè ratione quòd in potestate sit debitoris eiusmodi vsurarum præstationem euitare soluendo priores, & proinde sibi debeat imputare, si non soluat *argum. dict. l. pecunia 9. §. 1. l. Seio 12. infr. de vsur.* Sed non ita est, quia vsurarum vsuræ siue præteritarum siue futurarum nunquam permittendæ sunt, nec ferendus vllomodo anatocismus *dict. l. vltim.* Ratione etiam illa, ne accessionis detur accessio, quia nec datur accidens accidentis, vt aiunt Philosophi. Adeò autem verum est, non deberi vsuras vsurarum, vt nec fideiussor eo nomine dari possit, quia cùm lex obligationi resistit, vt Bartolus loquitur, non potest ei accedere fideiussor *l. is cui bonis 6. de ver. obl.* cùm per mediam fideiussoris personam ad reum perueniretur *l. cùm lex 46. de fideiuss. l. non dubium 5. C. de legibus.*

2 ¶ Si quis falsò se sortem debere credens, vsuras soluerit: potest condicere. nec videtur sciens indebitum soluisse.

Ad §. 2. Si quis falsò.

RAT. DVB. Aliud est sortem promittere & debere, aliud verò vsuras, nec quicquam vetat sortem debitam esse, vsuras verò indebitas, vt diximus initio huius legis. Ergo quod quis falsò crediderit se sortem debere, non potest facere quominus etiam sciens videatur vsuras indebitas soluisse, si eas soluerit, quas sciebat nec per stipulationem nec per pactum à se promissas fuisse. Atquin is qui sciens se non debere indebitum soluit, non potest condicere *l. quod quis 50. infr. d. si is qui 24. supr. hoc tit.* Cuius enim per errorem soluti repetitio est, eius consulto dati donatio est *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* Ergo non est permittendum ei qui vsuras indebitas soluit, sciens, vt eas condicat, quamuis sortem se debere falsò putauerit. DEC. Quisquis putat se sortem debere, quamuis eam non debeat, fieri nequit, vt vsuras indebitas sciens soluat, siquidem quisquis sortem debet hoc ipso licèt vsuras non debeat, neque ciuiliter neque naturaliter, si tamen eas soluat, videtur facere debitas, nec repetere illas potest, vt ad principium huius legis docuimus. Ergo quemadmodum nemo dicitur soluere sciens sortem indebitam quam putat se debere: Ita nec dici quisquam potest sciens soluere indebitas vsuras eius sortis quam falsò debere se arbitratur. Et hæc loci huius sententia est, non quam Accursius & Bartolus comminiscuntur de vsuris, quas debitor cùm sciret se nullas debere, tamen promiserit, vt se à vexatione & necessitate sortis citius soluendæ liberaret. Nimirum intelligere non potuerunt, quomodo fieri possit, vt vsuræ nullomodo promissæ debeantur sortis quantumlibet debitæ. Itaque probat optimè hic locus nostram interpretationem ad primam huius legis sententiam.

3 ¶ Indebitum autem solutum accipimus, non solùm si omnino non debeatur, sed & si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat. quare hoc quoque repeti poterit: nisi sciens se tutum exceptione, soluit.

Ad §. 3. Indebitum.

De huius §. sententia & ratione iam scripsimus ad *l. si is qui 24. supr.* Est enim vtriusque loci sensus idem, indebiti condictionem competere non solùm si omnino indebitum sit, quod solutum est, sed etiamsi debitum ipso iure fuerit, exceptio tamen perpetua debitori competierit ad summouendum creditorem ne in effectu exigere quicquam potuerit, item eum qui sciens se tutum exceptione perpetua nihilominus soluit repetere non posse, quia donasse videatur *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. si quis delegauerit 12. infrà de nouat. & deleg.* Idem scriptum est in §. *qui filiofamilias hac leg. & in l. qui exceptionem 40. inf.* Eædem igitur sunt dubitandi & decidendi rationes ad vtrumque locum. Excipit Accursius exceptiones perpetuas Macedoniani & rei iudicatæ ex *d. l. qui exceptionem & l. index 28. l. Iulianus 64. infr. hoc tit.* Nos ibi dicemus.

4 ¶ Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solui: competere repetitionem, Marcellus libro vicesimo digestorum scribit: & centum manere stipulationem: licet enim placuit, rem pro pecunia solutam, parere

parere liberationem: tamen, si ex falsa debiti quantitate, maioris pretij res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia. nemo enim inuitus compellitur ad communionem. sed & condictio integræ rei manet, & obligatio incorrupta. ager autem retinebitur, donec debita pecunia soluatur [a].

Ad § 4. Si centum.

RAT. DVB. Res soluta pro pecunia parit liberationem, puta si fundus solutus sit pro centum, dummodo ea solutio volenti creditori facta sit, nã quemadmodum aliud pro alio solui creditori inuito non potest *l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit.* ita nec quicquam vetat aliud pro alio solui volenti *l. manifesti 17. l. opera 20. C. de solut. l. precij causa 9. Cod. de rescind. vendit. l. 1. §. an potest infr. de pecun. constit. & Instit. tit. quib. mod. tollit. oblig. in princip.* nec enim volenti fieri potest iniuria *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Ergo si centum debens quasi ducenta deberem, fundum ducentorum soluerim, dicendum est eiusmodi solutione partam mihi esse liberationem pecuniæ debitæ, id est centum aureorum, nec proinde repetitionem fundi posse mihi competere, nisi pro parte dimidia, quasi pro ea tantùm parte soluto indebitè fundo. Quid enim vetat fundum pro parte solutum esse debitum, pro alia verò parte indebitum, siquidem fundus ex earum rerum numero est, quæ commodam diuisionem recipiunt. *l. 1. Cod. commun. diuid.* DEC. Nemo inuitus compelli potest ad communionem, in qua nec remanere quisquam inuitus cogitur *l. vlt. Cod. hoc tit.* propter discordias quas materia communionis excitare solet, quomodo loquitur Papinianus in *l. cùm pater 77. §. dulcissimis de legat. 2. l. in re communi 26. urban. præd. supr.* nisi cùm necessitas & impossibilitas diuisionis communionem inducit, vt in *l. 3. §. vltim. & l. 4 supr. de rei vindic.* Aut cùm conuenit ne intra certum tempus à communione discedere liceat vt in *l. in hoc iudicium 14. §. si inter socios supr. commun. diuid.* Nam quod Accursius noster excepit etiam casum illum, de quo Iustinianus in *l. 1. §. ad hæc C. de annal. except.* vbi constituit, vt nemo audeat neque familiæ erciscundæ, neque communi diuidundo, sicut neque alterius personalis vllius actionis vitam vltra triginta annos extendere, ad rem non pertinet. De præstationibus enim personalibus intelligi id debet, quæ in iudicium familiæ erciscundæ & communi diuidundo veniunt *l. item Labeo 22 §. familiæ supr. famil. ercisc. l. 1. supr. commun. diuid.* non etiam ita vt post annos triginta cogantur condiuisores manere in communione, nec diuisionem postulare possint, quod esset ridiculũ. Atqui si cùm tibi centum duntaxat deberem, cùm ducenta debere me putarẽ, soluerim tibi fundum ducentorum pro ducentis, eueniet, vt incidere nos in fundi communionem necesse sit, si non liceat mihi totum fundum condicere. Pars enim fundi penes te manebit tanquam data tibi in solutum, & pars altera iure condictionis ad me redibit, atque ita fundus ille inter nos pro æquis partibus communis erit, & quidem inuitos, quod esset absurdum. Necesse igitur est dicere per eam fundi solutionem non fuisse sublatam obligationem centum aureorum, qui re vera debebantur, cùm ea datio in solutum valere in totum non potuerit, nec rursum pro parte: & ita manente illa obligatione integra, totius fundi repetitionem competere. Quoties enim ex falsa debiti quantitate, id est pro maiore summa quæ debita esse credebatur, quàm quæ deberetur maioris precij res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia. Alioqui compelleremur inuiti ad communionem. Ergo fundi integri condictio manet, & obligatio incorrupta, id est non extincta per dationem in solutum. Solutio enim quæ non parit liberationem, parit necessariò condictionem. Et è contrario, quæ liberationem parere non potest, parit condictionem *§. si decem infr. l. cùm is 32. §. 1. hoc titul. leg. qui hominẽ 34. § vltim. leg. cùm quis 38. §. 1. & sequent. infr. de solut.* Et generaliter cùm amplius solutum est quàm debebatur, nec inuenitur pars quæ repeti possit, totum esse indebitum intelligitur manente pristina obligatione *l. cùm amplius 84. in princip. de regul. iur. l. si is qui 56. §. quod dicitur de iur. dot.* Nec proinde refert cùm de datione in solutum tractamus, an facta sit, ex causa quæ falsa sit in totum, an ex ea quæ pro parte, idque propter indiuiduitatem contractus vt ita dicam *argum leg. cũ ex causa 139. de verb. oblig.* & quia is qui fundum integrum in solutum dedit ex debiti causa pro parte falsa, credendus est non fuisse partem daturus, nec is qui accepit partem accepturus effugiendæ communionis gratia *l. tutor 47. §. 1. supr. de minor. l. si quis aliam 47. infr. de solut.* vbi hanc ob ipsam rationem dicitur, si res in solutum data creditori pro parte euicta sit, dandam ei esse vt antea totius debiti petitionem, acsi vel nulla datio in solutum facta, vel tota res in solutum data euicta esset. Aliam rationem adfert Bartolus in iis rebus quæ in specie consistunt, quia, inquit, non tantùm valet pars separata à toto, quantum si aliis partibus vnita esset in toto ex *dict. leg. si quis aliam & leg. quod autem 11. §. vltim. infr. de in diem addict. & legib. seqq.* Sed hæc ipsa ratio non aliam rationem habet, quàm quia per acquisitionem totius fundi nulla inducitur communio, quæ per acquisitionem partis induceretur. Facit enim hæc ratio preciosiorem totum fundum, quatenus totus est, quã sit pars quatenus pars est. Nec pugnat quod ex Marcello Vlpianus subiicit *in §. sequent.* Si quis pecuniam debens, oleum dederit pluris precij, quasi plus debens, vel cùm oleum deberet, oleum dederit, quasi maiorem modum olei debens, non totum oleum esse repetendum, sed superfluum olei duntaxat, & ob hoc peremptam esse obligationem. Id enim fit, quia per eiusmodi dationem in solutum nulla incidit communio inter dantem & accipientem, non magis quàm si pro fundo debito pecunia in solutum daretur, vt in *§. idem Marcellus 6. infr.* Idémque euenit data in solutum qualibet alia re quæ in genere consistat. Recipiunt enim res eiusmodi functionem in suo genere. Sed secus est in iis quæ in specie consistunt, quia non æquè recipiunt functionem in sua specie.

a *Ager autem retinebitur donec debita pecunia soluatur.* RAT. DVB. Non debet res indebita pro ea quæ debita est, retineri *l. vltim. Cod. de commod. l. obtentu 5. Cod. de crimin. expil. hered.* Atqui in proposita specie ager omnino indebitus est, pecunia autem debita, vt diximus. Ergo non potest ager retineri, donec debita pecunia soluatur. DEC.

Multùm refert an res indebita sit penes creditorem, sine aliquo debitoris facto, an iure aliquo quod à debitoris facto & voluntate causam traxerit, priore casu non est locus retentioni, nec si res illa ad creditorem sine vicio peruenerit, nisi fortè ob impensas, quæ circa rem illam & in eius vtilitatem factæ sint vt in *l. si in area 33. infr. hoc tit. l. in rebus 18. §. possunt infr. commod. l. qua ratione 9. §. litera de acquir. rer. domin. l. Paulus 14. de doli mal. except.* Posteriore verò locus est, siue res illa fuerit à domino pignori data, cùm etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri possit *l. vnic. C. ill. tit. etiam ob chirogra. pecun. pign. retin. poss.* siue, ac multo magis, si eius rei dominium in accipientem translatum fuerit, vt in hac specie. Etsi enim fundus in solutum datus condicitur, propter vicium dationis in solutum, non eo minùs tamen verum est alienatum esse fundum, eiúsque translatum fuisse dominium, quod alioquin condici & repeti non posset, cùmque plus sit dominium habere, quàm ius pignoris, quidni retinebitur donec ea ipsa præsertim pecunia soluta sit, ob quam datus fuerat fundus in solutum? Quidni etiam ob chirographariam pecuniam, licet ea res neque sit, neque vnquam fuerit iure pignoris obligata? Plus siquidem iuris habet in re, vt diximus, qui dominium eius habet, quàm qui nudum ius pignoris *l. in bello 12. §. si quis seruum infr. de captiu. & postlim.* Quamquam longè maior ratio est, vt retentio detur propter eam pecuniam cuius occasione res ad creditorē peruenit, vt Bartolus loquitur, quàm propter aliam *l. eleganter 24. §. qui reprobos infr. de pignor. act. l. si non inducta 5. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Sic dicimus, si pignus sub hasta venditum sit, perperam tamen nec seruatis solemnibus dandam esse emptori retentionem, donec soluto debito propter quod pignoris distractio facta est, si modo facta sit pro debito, eoque iure vtimur, argumento præcipuè sumpto ex hoc §. vt scripsimus in Codice Fabriano *Tit. de distract. pignor.* Iunge *l. si necessarias 8. §. si pignori infr. de pignor. act. l. quod dicitur 5. de impens. in res dotal. fact. l. seruus 30. infr. de action. empt.*

5 ¶ Idem Marcellus ait, si pecuniam debens, oleum dederit pluris pretij, quasi plus debens, vel cùm oleum deberet, oleum dederit, quasi maiorem modum debens: superfluum olei esse repetendum, non totum: & ob hoc peremptam esse obligationem.

Ad §. 5. Idem Marcellus ait.

RAT. DVB. Datio in solutum vitiatur in totum si in aliqua vel minima parte facta sit plus debito, ideóque & obligatio incorrupta manet, & quod solutum est, condicitur, vt scriptum est in *§. precedente.* Atqui cùm pecuniam debens oleum dedit pluris precij quasi plus debens, aut cùm oleum deberet, oleum dedit quasi maiorem modum debens, negari non potest quin aliqua ex parte solutum sit plus debito, nec proinde quin datio in solutum vitiata sit in totum. Ergo dicendum est non modò superfluum olei esse repetendum sed totum, & consequenter integram manere obligationem. DEC. Non omnis datio in solutum quæ ex aliqua parte fit pro indebito vitiatur tota, sed ea demum per quam nisi vitiaretur, fieret vt contrahentes inuitiant inniti in communionem. Hoc verò non contingit, nisi cùm datus est fundus in solutum, non etiam cùm alia res qualibet recipiens functionem in suo genere, cuiusmodi sunt nummi, oleum, vinum, & alia huius generis quæ constant pondere, numero & mensura, quia his casibus non illud ipsum quod solutum est repetitur, sed tantundem, ideóque nihil est, quot fiat commune inter eum qui dat, & eum qui accipit. Itaque non pugnat hic §. cum præcedēte, nec rursū is qui sequitur, sed ad aliam speciem pertinent, nec nisi rationem dubitandi ex priore desumunt.

6 ¶ Idem Marcellus dicit: si cùm fundi pars mihi deberetur, quasi totus deberetur, æstimatione facta, solutio pecuniæ solidi pretij fundi facta sit: repeti posse non totum pretium, sed partis indebitæ.

Ad §. 6. Idem Marcellus dicit.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad §. præcedentem. Nam si cùm pars duntaxat fundi mihi deberetur, nec ego proinde nisi partis precium deberem, soluerim tamen totius fundi æstimationem quasi totus fundus mihi deberetur, non alia condictionis indebiti ratio constitui posse videbatur, quàm si venditor putans se totum fundum debere, totum mihi ex causa venditionis tradidisset, quo casu totum fundum vtique posset condicere & partis tradendæ obligatio integra maneret. Cur non ergo perinde totum precium potero condicere, quod totum solui, cùm partem duntaxat deberem? An non enim eadem in omnibus debet esse causa emptoris quæ venditoris, cùm his contractus sit vltro citróque obligatorius *leg. 1. Cod. de cupress. libr. 12.*? Aut quid potest interesse, an totus fundus solutus sit, an totius fundi æstimatio? Sed dicendum est, aliam esse obligationem venditoris, aliam emptoris. Obligatur venditor ad tradendam eam ipsam rem, quæ fuit vendita & quæ in sua specie non recipit functionem. At emptor obligatur ad soluendum precium, quod cùm in pecunia numerata consistere debeat, potest in aliis corporibus nummorum reddi, quàm in quibus solutum fuit pro ea nimirum parte quam indebitè solutam ponimus *l. 1. l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt. §. precium Instit. de empt. & vendit.* Proinde licet non detur mihi condictio totius æstimationis solutæ, sed partis duntaxat, nō idcirco tamen verendum est ne incidamus in communionem, quod contingeret soluto fundo integro cuius pars duntaxat debebatur. Solius ergo partis quæ indebitè soluta est, condictio dari mihi debet non totius precij quod solui.

7 ¶ Adeò autem perpetua exceptio parit condictionem, vt Iulianus libro decimo scripsit, si emptor fundi damnauerit heredem suum, vt venditorem

rem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans, rem tradiderit: posse eum fundum condicere, idémque, & si debitorem suum damnauerit liberare, & ille ignorans soluerit.

Ad §. 7. Adeo autem.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad § *indebitum supr.* Sententia enim eadem est, perpetuam exceptionem parere cōdictionem. Exemplum autem subiicitur, si emptor fundi damnauerit heredem suum vt venditorem nexu venditi liberaret. Nemo enim dubitat quin ex eo liberationis legato acquiratur exceptio venditori, si ab emptore ad rem venditam tradendam ex empto conueniatur, quoniam & actio ei vltro daretur, ex testamento ad petendam & consequendam liberationem. Ratio tamen dubitandi specialior in hoc casu illa occurrit, quòd antequàm ab herede liberetur vēditor, negari nō potest, quin & naturaliter & ciuiliter obligatus sit, cùm neq. testator eum liberauerit, neq. heres fuerit in mora liberādi, vt Accursius noster hîc disputat, exēplo serui ab herede manumittēdi qui quādiu nec a testatore manumissus est, nec ab herede morā passus fuit, interim seruus manet. Sed ratio hæc illud tantùm facit, vt nō obstante liberationis legato possit venditor ab emptore cōueniri tāquàm ipso iure obligatus ex empto ad tradendū, at non etiam vti ne habeat perpetuam exceptionem qua se tueri possit, quod sufficit ad inducendam cōdictionem *d. §. indebitum l si is qui 24. supr. l. qui exceptionem 40. infr. hoc tit.* Est autem perpetua exceptio quæ competit ex testamento, quo legata liberatio est, nisi proponas legatam eā fuisse ad tempus duntaxat, quo casu sicuti non nisi temporalis exceptio est, ita nec vllā condictionē parere potest *l si quis reum 5. § huic patri infr. de liber. legat. l. in diem 9. supr. hoc tit.* Idem ergo est & si creditor heredem suū damnauerit vt debitorem liberaret. Quāuis enim debitor quandiu liberatus non est obligatus maneat, habet tamen auxilium exceptionis perpetuæ, qua tueri possit si conueniatur, ideóque si ignorans interim soluat, habet condictionem, vt sequitur in hoc §. Nam si sciens soluerit, aliud est, nec condictionem habere potest, qui exceptionem illā perpetuam sibi competentem remisisse ac donasse intelligitur *l. si quis delegauerit 12 infr. de nouat.* dixi ad *d. l si is qui 24. supr.* Quid si testator non damnauerit heredem, vt debitorem liberaret, sed eum ipse liberauerit? Multo magis condictio danda erit debitori, qui soluerit ignorans, si Azoni credimus, qui debitorem hoc casu adeo liberatum esse putat, vt neque naturaliter sit obligatus. Sed ego nullam inter hos casus differentiam esse arbitror, cùm non possit testator legare liberationem nisi per damnationem, quia cùm legatur liberatio, ea pecunia legari intelligitur, quæ iam in dominio debitoris est *l. 1. & 2. l. Aurelio 28. §. Caius de liber. legat.* Vtroque igitur casu exceptio necessaria erit legatario si priùs conueniatur quàm ipse vltro egerit, vt liberaretur. Et consequenter vtroque casu debitori si ignorans soluerit, condictio competet.

¶ 8 Qui filiofamilias soluerit, cùm esset eius peculiaris debitor: si quidem ignorauit ademptum ei peculium, liberatur: si scit, & soluit, condictionem non habet, quia sciens indebitum soluit.

Ad §. 8. Qui filiofamilias.

RAT. DVB. Non cōtingit liberatio debitori per aliā solutionē quàm quæ facta sit vero creditori, aut saltē vero procuratori veri creditoris *l. creditoris 8. C. hoc tit. l. vero procuratori 12. & pass. infr. de solut.* Atqui peculiaris debitor filiifamilias cui peculium ademptum est, desinit per ademptionem debitor esse filiifamilias, nec potest filiusfamilias peculiaris esse creditor qui peculium nullum habet: nec refert an debitor sciuerit ademptum esse filiofamilias peculium, an ignorauerit, non enim scientia aut ignorantia debitoris causam crediti immutare potest, neque filiumfamilias ex non creditore facere creditorem. Ergo is qui filiofamilias soluit, cū esset eius peculiaris debitor, si post ademptum peculium soluerit, quamuis ademptum ignorauerit, liberari nō potest, quādoquidem ex die ademptionis cœpit non alium habere creditorem quàm patrem, cui proinde non filiofamilias soluere debuit. DEC. Solutio bona fide facta ei qui verus creditor aliquando fuit, nec creditor esse desiit, nisi facto alterius quod debitor iustè ac probabiliter ignorauit, perinde liberat debitorem, acsi manenti vero creditori soluisset. Non ob id solùm ne facto alterius circumueniatur ignorantia miseri debitoris cui nihil potest imputari, cùm alieni facti ignorātia semper sit probabilis *l. vlt. infr. pro suo.* Sed etiam quia imputari è contrario potest ei qui vel reuocando mandatum vel adimēdo peculium, vel quid aliud faciendo causam creditoris mutauit, cur debitorem de eo non certiorauerit *l si quis seruo 18. l. qui hominem 34. §. si Titiū infr. de solut. §. rectè Instit. de mandat.* Denique bona fides tantum præstare debet, quantum veritas, vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. de regul. iur.* Atqui in proposita specie filiusfamilias quandiu peculium habuit, verè fuit peculiaris creditor ex causa peculiari, & quamuis desierit esse creditor, cùm pater ei peculiū ademit, imputari tamen potest patri, cur eam adēptionem non denūtiauerit debitori, ne posteà filiofamilias solueret. Vnde enim potuit ille diuinare adēptum fuisse peculium, quod nec ademptum præsumitur ex sola filiifamilias emancipatione, vel serui manumissione? *d. l. si quis seruo 18. de solut. iunct. leg. si fideiussor 29. §. si cùm debitor infr. mandat. leg. si putator 31. supr. ad legem Aquil.* Ergo si debitor filiofamilias, cui peculium ademptum est, soluerit, antequàm resciret ademptum esse peculium, perinde liberabitur, acsi peculium ademptum non esset. Aliud est, si debitor ex nimia sua credulitate bonam fidem velit inducere, puta si soluerit ei qui nullum a creditore mandatum vnquam habuit, & quem tamen mandatum habere putabat vt in *d. l. qui hominem §. si nullo de solut.* Non tam enim bona fides dicenda illa est, quàm credulitas nimia debitoris, quā creditori nocere æquum non est *leg. 1. §. dolum supr. de eo per quem factum erit quominus quis in iudic. sist.* Iunge quæ scripsimus ad

leg. si quid possessor 31. §. vltim. supr. de hered. petit.& ad leg. si procuratori 14. supr. de condict. caus. dat. leg. tius qui in prouincia 41. supr. de reb. credit. Malè tamen Accursius hunc §. inducit ad quæstionem de monacho fugitiuo, & quondam syndico accipiente mutuam pecuniam, quasi ex eo actu dicendum sit Abbatem quoque & ciuitatem obligari, si is qui mutuam pecuniam dedit, ignorauerit. Difficiliùs enim est vt inducatur obligatio quàm liberatio, quia proniores esse debemus ad liberationem quàm ad obligationem *l. Arianus 41. infr. de oblig. & action.* Planè si debitor sciens ademptum esse filiofamilias peculium ei soluerit, neque liberatur, quia & ei soluit qui creditor non erat, & mala fide, neque habet condictionem, quia sciens indebitum soluit, vt Vlpianus hîc scribit.

9 ¶ Si filiusfamilias contra Macedonianum mutuatus soluerit: & patri suo hæres effectus, velit vindicare nummos: exceptione summouebitur à vindicatione nummorum.

Ad §. 9. Si filiusfamilias.

RAT. DVB. Filiusfamilias, qui contra Senatusconsultum Macedonianum mutuam pecuniam accepit, quãuis obligetur naturaliter, ideóque non possit repetere quod soluit post patris mortem *l. sed si paterfamilias 9. §. vlt. & l. seq. infr. de SC. Macedon.* cũ tamen patri heres extitit, nõ alio iure cẽseri potest, quàm alius quilibet heres patris, & quàm pater ipse si viueret, cuius vicem repræsentat: non enim debet esse deterior condicio filiifamilias, ob id quòd filiusfamilias sit, cùm sit & heres *argum. l. 1. §. vltim. infr. si quis à parent. manumis. sit.* Atqui cùm filiusfamilias soluit viuo patre, non alienantur nummi, qui magis sunt patris quàm filij, si non pater consenserit aut obligationi aut solutioni, & ideò vindicatio nummorum datur patri, & consequenter cuilibet patris heredi, cũ eadẽ causa sit & esse debeat heredis, quæ fuit defuncti *l. heredẽ 59. l. hereditas 62. de regul. iur. l. nihil est aliud hereditas 24. de verb. signific.* Ergo & filio ius idẽ cõpetere debet, vt nummos illos vindicare possit, cùm in patris hereditate filiusfamilias plus iuris habeat quàm heres quilibet extraneus, vel ob hoc maximè quòd etiã viuo adhuc patre iã heres & dominus rerũ paternarum esse intelligatur *l. in suis 11. infr. de liber. & posth. l. 1. § largius de success. edict.* ita vt nulla ei aditione sit opus ad acquirendã patris hæreditatẽ *l. in suis 14. de suis & legit.* Proinde si nummos cõtra Senatusconsultũ creditos, & viuo patre solutos filiusfamilias vindicet, nulla exceptione repellẽdus est, cùm suo iure id faciat, nec tanquã filiusfamilias, sed tanquam heres patris *arg. l. si paterfamilias 15. §. 1. supr. de adopt. l. quædã 9. §. nihil interest supr. de edend.* DEC. Nemini permittendum est, vt cõtra factũ suum veniat ad suũ cõmodũ, licèt ex alio & nouo iure & ex alterius persona *l. post mortẽ 25. supr. de adopt. l. etsi is qui 10. infr. de distract. pignor.* Dolo enim facit quisquis per occasionem iuris ciuilis cõtra naturalem æquitatem captat lucrum ex damno alieno *l. 1. in fin. de doli mal. except.* Atqui filiusfamilias vindicans nummos quos ex causa mutui soluerat viuo patre, licèt eos vindicet tãquam heres patris, venit tamen cõtra factũ proprium. Ergo nõ debet ei permitti vt nũmos illos vindicet, quos si hodie solueret repetere non posset, quamuis non eadẽ iuris ratio vindicationi obstet quæ obstaret repetitioni. Repetitionem enim illud impedit, quod filiusfamilias naturaliter obligatus est adeóque ciuiliter, tametsi iuuetur exceptione Macedoniani *d. l. quia naturalis* vbi dicemus, at vindicationi non obstat hæc ratio, sed tantùm æquitas illa, quòd non sit audiendus, qui contra factum suum venire vult, vt per occasionem iuris ciuilis lucrum captet ex damno alieno *d. l. 1. de doli mal. except.* Itaq. quod hîc dicitur filiumfamilias vindicantem quasi heredem patris nũmos quos pater, si viueret, aut alius quilibet patris heres vindicare posset, non de alia vtique exceptione intelligi meo iudicio debet, quàm de exceptione doli, vt & in *l. item si 7. alias l. sed Iulianus §. sed etsi filiusfamilias infr. de SC. Maced.* quæ ferè sola contra vindicationem potest & solet competere. Nam quemadmodum vindicatio nõ ex obligatione aliqua nascitur, sed ex præsenti tantùm possessione *l. non aliàs 24. §. sed si postulatur supr. de iudic.* ita neque vlla pacti exceptione summoueri facilè solet. Denique non debet facilior aut fauorabilior esse petitio, quàm repetitio, & quãuis in directa rei vindicatione non de iure alicuius obligationis, sed tã, tùm de dominio quæratur ei tamen qui & naturaliter & ciuiliter obligatus est, absurdũ sanè sit permittere petitionem & vindicationẽ eius pecuniæ, quam si nunc solueret repetere nõ posset, imò quã nec viuo patre repetere potuit, soli enim patri aduersus solutionem à filiofamilias factam succurritur, vt nummos à filiofamilias solutos pater vindicare tanquam suos possit *l. si filiusfam. 14.* vbi diximus *supr. de reb. credit. d. l. sed si paterfamilias 9. §. 1. infr. de SC. Maced.* Hoc igitur casu filiusfamilias nõ repetet, neq. per vindicationẽ neq. per cõdictionem, sed ab vtraq. obligatione & naturali & ciuili qua tenebatur, liberabitur, vt & in *l. cùm is 32. §. 1. in fin infr. hoc tit.* Quid? An non tutus fuit exceptione perpetua filiusfamilias antè quàm solueret, ne soluere cogeretur? Ita sanè est, & tamen repetere non potest, siue viuo siue mortuo iam patre soluerit, quia non tam ipsius fauore quã odio creditoris ea exceptio cõparata est *l. qui exceptionẽ 40. infr. hoc tit. d. l. sed si paterfamilias 9. §. vlt. infr de SC. Maced.* Itaque non habet hic locum quod scriptum est in *§. indebitum & §. adeò autem supr. hac lege, & in l. si is qui 24 supr.* Eum qui tutus exceptione perpetua soluit posse repetere, si non sciens soluerit, quòd si pater obligationi filijfamilias cõsenserit, atq. ita cesset Senatusconsultũ, nullus de vindicatione aut condictione quæstioni locus relinquitur, siue patri heres extiterit filius siue non, quamuis tanto magis teneri eum oporteat cùm patri heres fuit vt in *l. si permittente 4. C. de SC. Macedon.*

10 ¶ Si quis quasi ex compromisso condemnatus, falsò soluerit, repetere potest.

Ad §. 10. Si quis quasi.

RAT. DVB. Ad impediendã repetitionẽ sufficit quod quis se putet condemnatum *l. cùm putarem 36. supr. famil. ercisc.* Ergo si quis ex compromisso condemnatum se quamuis falsò existimans soluerit, non

non repetet, quia putat se condemnatum, præsertim cùm redacta sint compromissa ad instar iudiciorum *l.1.supr.de recept.Qui arbitr.recep.* DEC. Aliud longè est, si quis putet se condemnatum ex sententia iudicis à Prætore dati, & ex præscripto formulæ iudicantis, aliud verò si putet se condematum quasi ex compromisso per sententiam arbitri priuata litigatorum auctoritate constituti. Ex sententia enim iudicis nascitur actio *l.actori 8.C. de reb.credit.* non etiam ex sententia arbitri, quia priuatorum consensus sicuti iurisdictionem dare non potest *l.3. Cod.de iurisdict.* ita neque iudicem facere, quod iurisdictionis est *l. 3. supr.eod.ill.tit.* at ne quidem exceptio, sed tantùm pœnæ petitio, *l.2.supr. de recept.l.1.Cod.eod.ill. tit.* Ergo, inquies, videtur sciens soluere indebitum is qui soluit quasi condematus ex compromisso, cùm etiamsi verè condemnatus esset, nihil tamen ex ea condemnatione deberet, quam esse germanam ad hunc locum dubitandi rationem putat Bartolus. Sed respondendum est, quod & ipse respondet, parendum esse sententiæ arbitri metu pœnæ, non minùs quàm sententiæ iudicis pedanei, & ideò perinde succurrendum esse illi qui falsò existimans se ex compromisso condematum soluit indebitum, quàm si ex alia qualibet falsa causa soluisset. Nec enim videri potest sciens indebitum soluisse is qui, putauit se ni solueret, ad pœnæ solutioné cogi posse, sicut & is qui soluit ex falsa causa eius actionis quæ per inficiationem crescere potuisset *l. ea qua 4. C.hoc tit.* In eo tamen melioris cōdicionis est, quàm si ritè per sententiam iudicis condemnatum se credidisset, quòd eo casu condictionem non haberet *dict.l.cùm putarem*, propter auctoritatem rei iudicatæ, quæ tanta est, vt sola iudicati opinio possit sufficere, non quidem ad dandam iudicati actionem, sed tamen ad impediendam soluti repetitionem. Quod tamen ita accipiendum esse videtur, si qua sententia & condemnatio lata sit, quamuis minùs ritè, quàm nihilominus ritè latam esse soluens putauerit, *vt in d. l. cùm putarem.* Etsi enim sententia minùs ritè lata, nec sententiæ nomen meretur, *l.4.§. condemnatum infr.de re iudic.* de facto tamen lata est, & quod ex ea causa solutum fuit, ex causa iudicati solutum creditur, quod non æquè dici posset, si quid solutum esset, quasi debitum ex ea sententia & condemnatione, quæ nulla omnino, nè quidem de facto lata esset. Nec sanè sola rei iudicatæ falsa opinio sufficere posset ad impediendam indebiti condictionem, quia in eo nulla rei iudicatæ auctoritas vertitur.

11 ¶ Hereditatis, vel bonorum possessori, si quidem defendat hereditatem, indebitum solutum condici poterit: si verò is non defendat, etiam debitum solutum repeti potest.

Ad §.11. Hereditatis.

RAT. DVB. Is qui neque heres, neque bonorum possessor verè est, sed tantùm hereditatem vel bona defuncti possidet bona fide, nullum ius habet retinendæ solutionis, si quid ei solutum sit à debitoribus hereditariis quasi defuncto debitum, siue debitum reuera fuerit siue indebitum, quia verum est, omni casu nihil huic bonæ fidei possessori deberi, cùm neque iure ciuili heres, neque iure prætorio heredis loco sit. Non enim quod bona fide hereditatem vel bona possideat, facit eum aut legitimum aut honorarium successorem. Ergo indistinctè dicendum est, id quod ei solutum fuit condici posse, siue hereditatem defendat, siue nō defendat, & siue defuncto debitum fuerit, quod solutum est, siue indebitum, quia quod hereditatem vel bona possessor hic defendat facere non potest, vt eò magis heres vel bonorum possessor esse intelligatur. DEC. Bonæ fidei possessor hereditatis vel bonorum, quādiu hereditatem vel bona defendit aduersus verum heredem, cùm heredis aut bonorum possessoris titulo nitatur, & pendente lite plus iuris habeat hoc ipso quod possessor est, ius habet accipiendæ solutionis à debitoribus hereditariis, qui nec alium vllum habent cui tutiùs possint soluere, si statim nec expectato iudicij fine liberari velint per solutionem. Quanquam enim non liberantur ipso iure debitores hereditarij, quo primùm instanti soluunt bonæ fidei possessori, quia soluunt alij quàm vero creditori, quia tamen potest iis contingere liberatio, & quidem ipso iure, si quando condemnatus bonæ fidei possessor restituat pecuniam vero heredi, cùm sufficiat pecuniam ad verum creditorem quandocunque tandem peruenire, nec ei auferri vnquam posse *l. si quid possessor 31. §. vlt. de hered.petit. iunct. l.in perpetuum 61.infr.de solut.* non potest interim locus esse condictionis indebiti *l. quod Seruius 8. supr.de cond. caus.dat.* Præsertim cùm ante sententiam de hereditate latam nesciri possit, quis iudicij ac litis euentus futurus sit. Ergo si è contrario bonæ fidei possessor hereditatis, aut bonorum non defendat hereditatem, dicendum est non posse ei condici, quod solutum ipsi fuit, etiamsi defuncto verè debitum fuerit, quia neq; ius neq; colorem vllum habere potest, tanquam heres ille qui hereditatem non vult defendere. Quid enim aliud hoc est, quàm fateri se heredem non esse? Quare nec expectandum est, vt condemnetur, quomodo Accursius noster post Azonem locum hunc intellexisse videtur. Nam post condemnatoriam sententiam, non dubitatur, quin ei qui falsus herès pronunciatus est, condici etiam debitum possit, quod ei solutum fuerat, siue suo nomine, siue hereditario. Interest enim creditoris solutū repetere, vt vero heredi soluēdo liberari possit, nisi paratus sit falsus heres id quod accepit vero heredi & victori restituere *d. l.si quid possessor §.vlt.* Solutio enim quæ non parit liberationē, semper parit cōdictionē cū ab ignorāte facta est *§.si centū. sup.& §. si decē infr.hac lege.* Multò magis indebitū huic bonæ fidei possessori condicetur, quod etiam illi qui hereditatē defendit, & se heredē dicit, condicitur. Nam cui debitum solui potest, multò magis indebitum condici etiam potest, quoniam & ipsi defuncto si ei solutum esset, condiceretur. Duplex igitur distinctio hîc necessaria est. Prior illa an bonæ fidei possessor hereditatis hereditatem defendat necne: Si non defendat non subdistinguimus an solutum sit debitum an indebitum, quia omni casu tenetur condictione indebiti: sed si hereditatem defendat, subdistinguendum est an debitum defuncto fuerit quod solutum est, an verò indebitum, si debitum, condici non potest, si indebitum condici potest. Interpretes nostri non parum laborarunt in huius §. interpretatione contendentes, an de vero herede intelligēdus sit, an de falso, & vt loquutur pu-

tatiuo. Cui contentioni causam dedit vulgata lectio quæ habet *Heredi* pro eo quod Florentina lectio meliùs *Hereditatis*, quamquam neutra lectio certè ambigua est. Nam sicuti heredis appellatione alius significari non potest, quàm qui verè heres est, ita nec hereditatis possessor alius intelligi quàm qui bona fide eam possidet, cùm heres non sit. Cùm enim de eo qui non bona fide hereditatem possidet, Iureconsulti loquuntur, aut prædonem eum nuncupant, aut malæ fidei possessorem, vt vidimus, & diximus in *Tit. de hered. petit.* Non tamen vtraque lectio vera est, sed Florentina sola, vulgaris verò falsa.

12 ¶ Libertus, cùm se putaret operas patrono debere, soluit. condicere eum non posse, quamuis putans se obligatum soluit, Iulianus libro decimo digestorum scripsit. natura enim operas patrono libertus debet. Sed & si nō operæ patrono sunt solutæ [a]: sed cùm officium ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia, & soluit: repetere nō potest. Sed si operas patrono exhibuit, non officiales, sed fabriles [b], veluti pictorias, vel alias, dum putat se debere: videndum est, an possit condicere. & Celsus libro sexto digestorum putat, eam esse causam operarum, vt non sint eædem, neque eiusdem hominis: neque eædem exhibeantur. nam plerumque robur hominis, ætas temporis, opportunitásque naturalis mutat causam operarum. & ideo nec volens quis, reddere potest. sed hæ (inquit) operæ recipiunt æstimationem [c]: & interdum licèt aliud præstemus, (inquit) aliud condicimus: vtputa fundum indebitum dedi, & fructus condico: vel hominem indebitum, & hunc sine fraude modico distraxisti: nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes, vel si meis sumptibus pretiosiorem hominem feci: nónne æstimari hæc debent? sic & in proposito, ait posse condici quanti operas essem conducturus. Sed si delegatus sit alij à patrono in officiales operas [d], apud Marcellum libro vicensimo digestorum quæritur. & dicit Marcellus, non teneri eum, nisi fortè in artificio sint [e], hæ enim, iubente patrono, & alij edendæ sunt [f], sed si soluerit officiales delegatus [g], non potest condicere: neque ei, cui soluit, creditori, cui alterius contemplatione solutum est, quíque suum recepit: neque patrono, quia natura ei debentur.

Ad §. 12. Libertus.

RAT. DVB. Libertus, qui operas nullas patrono promisit neque per pactum, neque per stipulationem, non potest videri earum debitor siue iure ciuili siue honorario. Ius enim ciuile stipulationem requirit, prætorium verò & honorarium saltem exigit pactum nudum. Ergo si eas libertus per errorem soluerit putans se debere, poterit condicere tanquam indebitas. DEC. Naturalis obligatio impedit repetitionem soluti *l. 3. in fin. supr. quod quisq. iur. l. naturales* 10. *infr. de oblig. & action. l. naturaliter* 13. *& l. seq. & pass. hoc tit.* Atqui libertus natura debet patrono operas obsequiales, & quæ generaliore nomine officiales appellantur, id est, vt Azo benè interpretatur, non quidem iure naturali, quod sicuti seruos nullos agnoscit, ita neque libertos *l. 4. supr. de instit. & iur.* sed ratione quadam insita à natura quæ nos obligat ad *ἀντίδωρα*, vt bene facienti benefaciamus *l. sed etsi 25. §. consuluit supra de hered. petit.* vt diximus ad initium huius legis. Quonam enim maiore beneficio quàm libertatis patrono libertus obstrictus esse potest, cùm libertas, vt habet iuris regula, sit res inæstimabilis? Non ergo condictionem habere libertus potest qui operas soluit, quamuis in eo errauerit, quòd eas aut ciuili aut naturali iure à se debitas esse putaret. Quamquam si malis cum Accursio dictionem illam *natura* referre ad ius gentium, non valde repugnabo. Is enim natura debere dicitur, quem iure gentium dare oportet *l. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Et in iis, quæ solis hominibus conueniunt ius naturale, & ius gentium pro synonymis accipiuntur *§. singulorum Instit. de rer. diuis.* Placet autem quod Bartolus hinc notat, quando aliquid soluitur ex vna causa ex qua est indebitum, retineri id posse ex alia ex qua sit debitum ex *l. cùm in corpus infr. de acquir. rer. domin.*

a *Sed etsi non operæ patrono sunt soluta.* RAT. DVB. Libertus, qui non operas soluit, sed cùm ab eo aliquod officium duntaxat desideraretur, cum patrono decîdit pecuniâ, & pro officio illo pecuniam soluit, non potest videri aut operas soluisse, aut quid aliud vice operarum, quas natura debuit, sed aliud quiddam extra causam operarum. Ergo nihil est quod impedire debeat, ne pecuniam illam quasi indebitè solutam possit condicere. DEC. Non tantùm operas libertus patrono natura debet, sed etiā omne officij genus. Nam nec alia ratione operas debet quàm quia sunt diurnum officium *l. 1. infr. de oper. libert.* eas præsertim quæ obsequiales & generaliore nomine officiales ob eam causam dicuntur, de quibus solis initium huius §. loquitur. Nam de fa-

brilibus,

brilibus, & artificialibus posteà Vlpianus tractat. Cúmque in honore & reuerentia potissimum consistant, siue in faciendo sint, siue in non faciendo, negari non potest, quin ipsa etiam officia quæ patronus à liberto desiderat, natura debeantur perinde ac operæ, cùm nec alio iure castigetur libertus à Præfecto vrbis, si quid in patronum peccauerit. quàm quia inofficiosus fuit, tum quoque cùm neque contumeliam ei fecit, neque conuicium dixit *leg. 1. infr. de iure patron. leg. officio 5. Cod. de negot. gest. leg. 1. §. cùm patronus supr. de officio præfecti vrbis.* Perinde igitur dicendum est repetere illum non posse, cùm pro officio, quod patronus desiderabat, pecuniam ei soluit, acsi operas præstitisset. Quamquam repetitionem impedit illa etiam ratio, quam adfert Accursius, quod transactionis species quædam est, decidere pecuniâ cum patrono officium desiderante. Decidere enim pecunia de re aliqua nihil nisi transigere est in libris nostris. Transactio autem nisi dicis causa & per calumniam facta sit, iustam causam inducit impediendæ condictionis *leg. eleganter 23. §. si quis post transactionem supr. leg. in summa 65. infr. hoc titulo.*

b *Sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles.* Distinguit Vlpianus in hoc versiculo fabriles & artificiales operas ab officialibus, vt quod hucusque dictum est, operas à liberto exhibitas patrono condici non posse, ad officiales restringatur, nec ad fabriles & artificiales extendatur. RAT. DVB. Operæ fabriles & artificiales non debentur natura vt officiales, sed ita demùm si promissæ sint per stipulationem aut per iusiurandum in ipsa datione libertatis *leg. vt iurisiurandi 7. & pass. infr. de oper. libert. leg. in liberto 77. de solution.* Ergo si eas libertus soluerit, cùm debere se putaret, nec vllas deberet, poterit condicere quasi indebitas, vt in eo differant ab officialibus. DEC. Ea causa est operarum, vt non sint eædem, si neque eiusdem hominis sint, neque eidem exhibeantur, nam plerumque robur hominis, ætas, temporisque opportunitas naturalis mutat causam operarum. Sic enim hic apud Vlpianum lege, vt in vulgatis codicibus non vt in Florentino *atas temporis, opportunitasque naturalis.* Ergo nec volens patronus operas reddere posset liberto, quas libertus per errorem indebitas ei soluisset, & consequenter non possunt operæ illæ, quamuis nec natura debitæ condici, quia nec aliam ob causam datur condictio, quàm vt reddatur quod indebitum solutum condicitur *leg. penult. infr. de praescript. verb.*

c *Sed hæ, inquit, operæ recipiunt æstimationem.* RAT. DVB. Operæ in rerum natura non sunt *leg. opera 9. infr. de oper. libert.* quia priusquàm dies præterierit, quo præstari debuerunt, peti non possunt *leg. 3. in principio, leg. si quis 13. §. iudicium leg. quoties 24. eodem.* quoniam opera in actu consistit *leg. 1. supr. de oper. seruorum.* vbi verò dies præteriit, iam aliæ sunt, quia alterius temporis. Ergo nec æstimationem recipere possunt, cùm æstimari non possit id quod non extat *leg. in actionibus 5. vers. planè de in lit. iur.* Non entis enim nullæ sunt qualitates *leg. si partem 19. supr. quemadmodum seruit. amitt. leg. si Titio 22. infr. quando dies legat. ced.* nec vlla proinde æstimatio. Ergo non possunt operæ æstimationem recipere, præsertim quæ per condictionem petatur: idipsum enim condicendum est, quod solutum fuit aut tantundem ex eodem genere *d. l. penult. infr. de praescript. verb. iunct. leg. quod indebitum 7. supr. hoc titul.* cùm dicatur hæc condictio indebiti soluti *leg. indebiti 15. supr.* ponimus autem operas indebitas solutas fuisse, non earum æstimationem: multùm enim differt rei æstimatio à re ipsa *leg. si alij 42. §. primo supr. de vsufruct.* proinde nec operarum fabrilium æstimatio condici magis poterit, quàm ipsæ operæ. DEC. Operæ quia non possunt peti nisi præteritæ, perinde à libertis petuntur ac pecunia credita *leg. à duobus 4. de oper. libert.* ideóque quasi in pecuniæ & æstimationis præstatione consistere dicuntur *leg. fabriles 6. eodem.* Ergo si solutæ sint indebitæ, nihil prohibet earum æstimationem condici. Ad æstimationem enim necessariò recurrendum est, cùm res ipsa præstari nullomodo potest *dict. vers. planè leg. vltim. Cod. de fideicommiss. libert.* nec nouum est, vt aliud solutum sit, aliud verò condicatur. Nam & cùm fundus indebitus datus est, etiam fructus qui dati non sunt condicuntur *dict. leg. indebiti.* Et si hominem indebitum tibi soluerim, quem tu bona fide modico precio distraxeris (aliud enim est si mala fide *leg. in summa 65. §. penult. infr.*) non hominem ipsum cogeris mihi reddere, sed hoc solum refundere quod ex precio habes, & in quo locupletior factus es: imò, quod magis est, si hominem indebitum tibi solutum preciosiorem feceris tuis sumptibus, hoc quoque æstimari debebit, nimirum quia condictio indebiti ex bono & æquo comparata est, ob id solùm ne is qui indebitum accepit ex aliena iactura, contra naturalem æquitatem locupletetur *leg. nam hoc natura 14. supr. leg. hac condictio 66. infr. hoc titul.* non etiam vt damnum ei aliquod infligatur. Ergo & in specie proposita dicendum est libertum, qui operas fabriles indebitas patrono soluit, posse earum æstimationem condicere, non quanti libertus operas alij locaturus fuisset, sed quanti patronus ab alio conducturus, ne alioqui moretur in damno patronus, si præstare cogatur quanti libertus operas suas locare alij potuit, si non tanti conducturus patronus fuit, vt benè Accursius explicat. Neque verò id negat Marcianus in *dict. leg. penult. de praescriptis verbis.* vbi de condictione duntaxat operarum loquitur, non de condictione æstimationis, vt & Accursius ibi benè interpretatur. Idem tamen malè putat, si is qui indebitum hominem accepit, preciosiorem illum suis sumptibus fecerit, nullam eorum sumptuum in condictione rationem haberi debere. Ita enim fieret, vt in damno versaretur is quem condictio indebiti teneret, quem tamen in lucro non morari satis est. Sed Accursium fefellit mendum vulgatæ lectionis, quæ sic habet *non æstimari hoc debet* cùm tamen legendum sit, vt Florentiæ *nónne æstimari hæc debent?* per interrogationem scilicet quæ adfirmatiuum sensum faciat, non negatiuum.

d *Sed etsi delegatus sit à patrono in officiales operas.* RAT. DVB. Delegari potest quisquis debitor est, cùm delegatio fiat volente duntaxat, & consentiente debitore *leg. 1. Cod. de nouat. & delegat.* neque verò interest debitoris cui soluat quod de-

bet, dummodo liberetur. Ergo in officiales quoque operas, perinde atque in fabriles delegari libertus à patrono potest, tantòque magis quòd officiales patrono magis debentur, quàm fabriles. Debentur enim naturaliter, etiamsi neque per stipulationem, neque per iusiurandum promissæ sint, quod in fabrilibus secus est, vt supra diximus. DEC. Officiales operæ futuræ, de quibus solis Vlpianus hîc loquitur, adeò merè personales sunt, vt nec alij deberi possint, quàm patrono, nec ab alio, quàm à liberto, cùm proprietas earum & in edentis persona, & in eius cui eduntur consistat: Fabriles autem aliæve eius generis sunt, vt à quocunque cuicunque solui possint, & cùm in artificio sunt iubente patrono & alij edi possunt *dict. leg. opera 9. de oper. libert.* Ergo alij quàm patrono præstari operæ officiales nequeunt, nec proinde alij à patrono delegari, quia nec officium & obsequium alij quàm patrono libertus debet. Sic dicimus fideicommissum alij quàm fideicommissario præstari non posse, si vniuersale sit non singulare, nec à fideicommissario cedi alij posse ne quidem per delegationem, adeóque quod magis mirum est, nec ex causa dotis *leg. si mulier 59. §. ex asse infr. de iur. dot.* ob rationem eandem personalitatis, vt ita dicam, quæ à Marcello adfertur eo loco. In fabrilibus ergo aliud iuris est, cùm iubente patrono, alij quoque edi possint, nec ideò aliæ sint quàm illæ ipsæ, quæ patrono debentur *d.l.opera iunct.l.quia alia 12 eod.tit.*

e *Nisi fortè in artificio sint.* Ergo etiam officiales in artificio possunt consistere, debet enim exceptio esse de regula. Contrà quàm sensisse videatur Accursius, & post eum Bartolus, qui officiales operas ab artificialibus tanquam specie diuersas distinguunt. Cùm tamen & officiales & fabriles artificiales esse possint, & similiter non artificiales. Artificiales autem nullæ esse possunt, quin aut officiales sint, aut fabriles, itaque habent se vt species indifferentes. Summa autem operarum diuisio illa est, vt aliæ officiales sint, aliæ fabriles, de quibus omnibus generaliter nostri tractant ad hunc locum, nos verò in Iurisprudentiæ nostræ Papinianeæ scientia latissimè ad *Tit. de libertin.* & dicemus proprio suo loco ad *Tit. de oper. libert.* si dabit Deus Opt. Max. vt ad illum vsque Tit. Rationalia nostra feliciter perducamus.

f *Ha enim iubente patrono & alij edi possunt.* RAT. DVB. Aliæ operæ sunt, quæ alij quàm patrono eduntur *dict. leg. quia alia 12. infr. de oper. libert.* Ergo nec iubente patrono alij edi possunt, alioquin aliud solueretur, quàm quod deberetur. DEC. In officialibus quidem id verum est, sed non in fabrilibus, nec in officialibus quæ sunt artificiales, vt diximus ad *versiculum, Sed etsi delegatus ex dict. leg. opera 9. de oper. libert.*

g *Sed si soluerit officiales delegatus* RAT. DVB. Operarum officialium delegatio nullius momenti est *dict. versiculo: Sed etsi delegatus.* Ergo si eas delegatus soluerit per errorem dicendum est, condici eas posse aut creditori cui solutæ sunt, aut patrono cuius nomine. Solutio enim quæ nō parit liberationem parit omnimodo condictionem, *§. proxim. infr. Nisi in casu. leg. Neratius 63. hoc titul.* DEC. Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, licèt alius soluerit, quàm qui debebat *leg. repetitio 44. infr.* Atqui in specie proposita creditor cui delegatus soluit, suum recepit, nomine patroni delegantis, qui verè debitor fuit. Ergo condici ei non possunt. Rursum naturalis obligatio impedit repetitionem soluti *leg. 3. in fin. supr. quod quisque iur.* atqui officiales & obsequiales operæ naturaliter debentur patrono liberto, vt diximus, initio huius §. Ergo nec patrono condici possunt. Igitur neutri. Si neutri consequenter nulli.

13 ¶ Si decem aut Stichum stipulatus, soluam quinque: quæritur, an possim condicere, quæstio ex hoc descendit, an liberer in quinque. nam si liberor, cessat condictio: si non liberor, erit condictio. placuit autem (vt Celsus libro sexto, & Marcellus libro vicesimo digestorum scripsit) non perimi partem dimidiam obligationis: ideóque eum qui quinque soluit, in pendenti habendum, an liberetur: petíque ab eo posse residua quinque aut Stichum: &, si præstiterit residua quinque, videri eum & in priora debita soluisse. Sin autem Stichum præstitisset, quinque eum posse condicere, quasi indebita. sic posterior solutio comprobat, priora quinque vtrum debita, an indebita soluerentur. Sed & si post soluta quinque[a], & Stichus soluatur: & malim ego habere quinque, & Stichum reddere: an sim audiendus, quærit Celsus. & putat natam esse in quinque condictionem, quamuis vtroque simul soluto, mihi retinendi, quod vellem, arbitrium daretur.

Ad §.13. Si decem.

RAT. DVB. In obligatione alternatiua, vtraque res separatim considerata est in obligatione, ita vt qui eam solam soluit, totum id quod debet soluere dicatur *leg. Stichum aut Pamphilum 95. de solut.* Ergo si quis decem aut Stichum alternatiuè promiserit, negari non potest, quin decem debeat, & à tota obligatione liberetur, si decem integra soluat. Proinde si quinque soluat, cur non saltem in illis quinque liberabitur? vt nimirum eadem sit ratio partis ad partem, quæ totius ad to-

ad totum: Aut si aliquid est, quod impediat liberationem, quidni possunt ea quinque statim condici non expectato euentu reliquæ solutionis, cùm solutio quælibet aut liberationem parere debeat, aut condictionem *§. si centum supr. leg. cùm is 32. §. primo infr.* nisi in casu singulari *leg. Neratius 63. hoc titul.*? Et tamen scribit hîc Vlpianus ex Celsi & Marcelli sententia non perimi partem dimidiam obligationis, sed eum qui quinque soluit in pendenti habendum esse an liberetur, ideóque peti ab eo interim posse aut reliqua quinque aut Stichum. Cur verò reliqua quinque duntaxat, & non tota decem, quæ priùs in obligatione fuerunt, si in quinque solutis, nulla fuit secuta liberatio? Aut cur Stichus totus peti potest, iam solutis quinque ex decem ab eo qui non nisi decem aut Stichum debebat? DEC. Quandiu solutio in eo est, vt possit parere liberationem, non potest id quod solutum est, condici, quia non potest omnino indebitum dici, quod adhuc debitum fieri potest *leg. quod Seruius 8. in fin. supr. de condict. caus. dat. §. hereditatis supr. hac leg.* Sicuti nec in totum dicitur falsum quod veritatis primordio adiuuatur *leg. cùm filius 76. §. heres meus de legat. 2.* Atqui solutis quinque ab eo qui decem, aut Stichum debebat, licèt nulla per eiusmodi solutionem contingat liberatio, ne quidem in quinque, potest tamen aliquo casu adhuc contingere, scilicet si reliqua quinque posteà soluantur à debitore, qui malit ea quinque reliqua quàm Stichum soluere. Ergo interim non possunt quinque illa condici, sed creditori relinquitur electio vtrum alia quinque malit petere, an Stichum: Et si quidem quinque petat, hoc ipso videtur solutionem priorum quinque imputare, in solutionem eorum decem, quæ disiunctim & alternatiuè cum Sticho debebantur: atque ita contingente liberatione in decem, sublatáque Stichi obligatione nihil est quod de prioribus quinque solutis condicendis tractari possit. Sed si malit creditor Stichum petere, tum verò priora quinque condici poterunt, quasi indebitè soluta, & quæ debita amplius fieri numquam possunt, sublata per Stichi solutionem vtrâque parte obligationis alternatiuæ. At verò cur non ab initio, & ipso solutionis tempore, solutis quinque non contingit liberatio in quinque? Nam & qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque acceptò fecerit, statim perimit partem stipulationis, ideóque non quinque aut hominem petere potest, sed quinque tantùm vel partem duntaxat hominis *leg. qui hominem 17. infr. de acceptilation.* Hoc verò cur ita in acceptilatione, nisi quoniam acceptilatio vim solutionis obtinet, ac imaginaria quædam solutio est *§. primo Inst. quibus modis tollit. obligat.*? Cur ergo diuersum in vera & naturali solutione? An fortè minoris potestatis est vera & naturalis solutio, quàm acceptilatio? Accursius noster multùm hîc laborat. Sed meliùs longè Bartolus distinguit acceptilationem à solutione: quia si solutio partis in vna re ex duabus alternatiuè promissis, pareret liberationem præsentem, & absolutam eueniret, vt pars quoque in alia re solui posset, puta in parte Stichi, atque ità solutionem vnius obligationis in diuersis rebus fieri contingeret, quod absurdum esset *§. proxim. infr. leg. in executione 85. §. pro parte infr. de verb. oblig.* Hoc verò non contingit in acceptilatione, quæ licèt solutionis vim, & instar habeat, fit tamen adhibita sola verborum, & iuris solemnitate, nullo corpore interueniente *leg. 2. §. si tamen hominem eodem titulo.* Proinde si certa res & species debeatur, nemo dubitat, quin parte Stichi soluta contingat pro ea parte liberatio, quia non potest hoc casu solutio in duabus rebus diuersis fieri *leg. stipulatus sum 9. §. primo de solutionib.* vbi additur, eum qui hominem debet, partem Stichi dando nulla ex parte liberari, sed nihilominùs hominem debere, & hominem ab eo peti posse, nec priùs liberationem debitori contingere, quàm Stichi partem reliquam soluerit, vel per actorem steterit, quominùs eam accepiat, alioqui si is qui partem Stichi soluit, partem Pamphili solueret, liberaretur in totum: quod certè esset ridiculum *dict. leg. 2. §. primo de verbor. obligat.* vbi tamen videtur Paulus ab Vlpiano nostrô dissentire in illis verbis, *Sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alia detur.* (Sic enim ibi legendum est non *alius* facta relatione ad aliam partem Stichi, cuius partem vnam solutam esse Paulus posuerat.) nisi dicamus, quod certè verum est, priorem illam partem sententiæ Pauli corrigi per posteriorem, quod prudentibus nostris familiare satis est, præsertim Paulo, vt in *leg. qui seruum 34. §. primo in fin. de obligation. & action. iuncta leg. debitori 50. infr. de fideiussor.* Verius enim est dicere in pendenti esse liberationem in hac specie, & consequenter ipsam condictionem, vt Vlpianus hîc ex Celso scribit, quàm quod Paulus tentat in *dict. §. primo.* nasci statim liberationem, nam si nasceretur statim liberatio in quinque, alterutrum euenire necesse esset, vt vel alia quinque omnimodo deberentur, nec Stichus amplius peti posset, ne quidem disiunctim, & alternatiuè, vel Stichi pars solui posset ad tollendam integram obligationem: quorum vtrumque & falsum, & absurdum est. Neque verò mirari quis debet in pendenti esse liberationem, & ex euentu æstimandum esse an ab initio contigisse retrofingatur, necne. Nam & aliis casibus plerisque idem euenit, vt ex euentu & ex postfacto appareat, quid antè fuerit *leg. qui res 94. in princip. & §. primo infr. de solution. leg. quædam 15. de reb. dubiis.*

a *Sed &, si post soluta quinque.* RAT. DVB. In alternatiua obligatione electio est debitoris ex regula iuris pontificij, & ciuilis in *leg. plerunque 11. §. vltim. infr. de iure dot. leg. 2. §. Scæuola de eo quod certum locum.* nisi cùm eligendi ius datum est creditori *leg. Stichum aut Pamphilum 95. in princip. de solut.* Atqui in specie proposita, si cùm decem mihi abs te deberentur aut Stichus, tu primùm quinque mihi solueris, posteà etiam Stichum, in tua potestate est, aut reliqua quinque aut Stichum petere, & consequenter incipio ego debere tibi quinque aut Stichum, atque ita sum tuus debitor alternatiuus. Ergo si malim habere quinque quæ accepi ex decem, & Stichum reddere sum audiendus, quemadmodum vtroque simul soluto, mihi retinendi vtrum vellem arbitrium daretur. DEC. Cùm ex decem soluta sunt quinque, nata statim est condictio quinque, tametsi natam esse non apparuerit, nisi ex

postfacto, id est, soluto demùm Sticho, secundum ea quæ proximè diximus. Nam cùm per solutionem Stichi apparuerit, liberationem in prioribus quinque solutis contingere nullam potuisse, (residua enim quinque soluenda erant, vt priora quinque soluta debita fuisse viderentur,) consequens est, vt exinde eorum quinque condictio præcisè nata, iam inde ab initio fuisse retrofingatur. Quo posito illud etiam fit, vt in obligatione condictionis non possit dici Stichus esse, ne quidem alternatiuè, sed vt debitè solutus dici debeat, quia prioribus quinque factis indebitis per solutionem Stichi, Stichus omnimodo debitus esse cœpit, nec in mea potestate esse potest aut debet, vt faciam eum indebitum si malim Stichum quàm quinque reddere, non magis quàm vt faciam priora quinque debita, quæ solutio secuta Stichi fecit apparê e indebita. Ergo non sum audiendus, si malim ex decem debitis quinque indebitè soluta retinere, & Stichum debitè solutum quasi indebitum reddere. Illud enim demùm in condictionem venit, quod actor indebitè à se solutum dicit, & probat, non quod reus quasi indebitum vult reddere. Longéque alia ratio est huius speciei, & illius in qua vtrumque in obligatione alternatiua positum simul solutum sit, quia tunc non magis vnius quàm alterius rei solutæ condictio nasci potest, sed tantùm alterutrius disiunctim & alternatiuè: Ac proinde creditor, qui rem vtramque accepit, cum altera tantùm deberetur, ex creditore fit debitor. Quæ res acquirit ei electionem, vt ex duabus rebus reddat vtram malit, secundum Vlpiani, & Celsi sententiam hîc expressam in postremis illis huius §. verbis, *quamuis vtroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur*. Alia enim fuit Iuliani & Papiniani sententia, à Iustiniano relata & probata in *leg. vltim. Cod. hoc titul.* vt repetendi electionem debitor habere debeat, qui & dandi habuit, cuius etiam vestigium quoddam extat in *leg. cùm is 32. in princip. infr.* Pro Vlpiano & Celso illa ratio faciebat, quam suprà attulimus, quòd is qui indebitum accepit, vtroque simul soluto videatur factus debitor ex causa condictionis, vt alterutrum reddere teneatur. In alternatiuis autem, vt diximus, electio est debitoris, sed pro Iuliano & Papiniano illa fortior ratio facit, quod indebiti solutio, quæ soluenti condictionem parit, ex bono & æquo non debeat eum damno afficere, vt electionem ipsi adimat, quam habuit ante solutionem, alioqui solutio & facti error ei noceret. Quod ne accidat, condictionem ei damus. Vt vt sit, sequenda Iustiniani lex, & constitutio est. Iunge *leg. planè 21. supr.* vbi dixi.

14 ¶ Idem ait, & si duo heredes sint stipulatoris, non sic posse, alteri quinque solutis, alteri partem Stichi solui. Idem, & si duo sint promissoris heredes [a]. Secundùm quæ liberatio non contingit, nisi aut vtrique quina, aut vtrique partes Stichi fuerint solutæ.

Ad §. vlt. Idem ait.

RAT. DVB. Cùm duo sunt vnius stipulatoris heredes, obligatio diuiditur inter heredes ex lege 12. tabular. *leg. 1. Cod. si certum petat. leg. 1. & 2. Codic. si vnus ex pluribus heredibus debit. leg. vltim. Codic. de hereditatis action.* ac proinde quemadmodum quot sunt heredes, tot hereditates esse intelliguntur *§. primo Institut. de legat. falcid.* ita tot obligationes videri debeat, cùm obligatio sit hereditaria, & consequenter quæ hereditatis causam & diuisionem sequatur. Ergo si duo sint heredes stipulatoris, qui decem, aut Stichum sibi dari stipulatus fuerat, & vnus ex heredibus soluat quinque, & alius partem Stichi, dicendum est, vtrumque pro ea parte quam soluit, liberari, acsi vnus decem tantùm, alius Stichum solum debuisset: quo casu nemo dubitaret, quin vterque pro ea parte quam soluisset liberaretur *leg. stipulatus sum 9. §. primo infrà de solution.* DEC. Obligatio hereditaria talis in heredes transit, qualis fuit apud defunctum, nec enim ex personis & numero heredum condicio obligationis immutari potest *leg. 2. §. ex his de verborum obligation.* Atqui ponimus stipulatorem fuisse stipulatum à Titio decem aut Stichum, atque ita & decem & Stichum, sed disiunctim & alternatiuè. Ergo & cùm stipulator hic decessit duobus relictis heredibus, fatendum est in singulos eius heredes transire obligationem illam actiuam, quæ fuit penes stipulatorem, vt possit eorum quisque petere idipsum quod petere defunctus potuit, id est aut decem aut Stichum. Est enim obligatio alternatiua indiuidua hactenus, vt ex duabus rebus alternatiuè debitis vna pro parte solui nō possit, itémque alia pro parte, sed alterutrā totam solui oporteat, nēpe quia non vtraq; absolutè in obligatione aut præstatione est, quomodo si quis decem & Stichum stipulatus esset, sed tantùm alterutra aut quod verius est vtraq; quidem in obligatione, sed alternatiuè id est, ita vt alterutrius tantùm electio facienda sit, non vtriusq; pro parte, ne alioquin eueniat, vt eiusdem rei obligatio in pluribus rebus soluatur, quod absurdū esse diximus ad *§ præcedentem ex l. 2. § si tamen hominem & l in executione 85. § pro parte infr de verb. oblig. d. l. 9. § 1. de solut.* Ergo vt contingat liberatio aut decem tota solui heredibus stipulatoris necesse est, aut Stichum totum, ideóq; nec vnus ex heredibus stipulatoris agere ex hac stipulatione pro parte potest, ne alioqui plus petat, si aut decem tantùm aut Stichū solum petat, quandoquidem ita fieret, vt adimeret debitori electionem quam stipulatio ei dedit, cuius forma immutari ex postfacto nō potest *§. plus autē Instit. de act. Iunct. l. vero procuratori 12. §. pen. de solut.* Quòd si heres pro parte dimidia ad hoc ageret, vt vel dimidia pars decē, vel dimidia pars Stichi sibi solueretur, malè etiā ageret, quandoquidē ex solutione ipsi facta nō posset liberatio contingere, quousq; alteri heredi aut alia pars pecuniæ aut alia pars Stichi soluta esset, quā tamen non eo magis soluere promissor cogeretur, quippe cui alius heres agens posterior, æquè electionē eandem dare deberet, an partē pecuniæ, an partē Stichi mallet soluere, quia nec ab eo partē aliam pecuniæ aut Stichi posset petere præcisè, sed quemadmodū prior, aut partē pecuniæ aut partem Stichi, eàdem ratione, ne alioqui plus causa petere videretur *d. §. plus autem*: ita fit vt soluta vni ex heredibus stipulatoris

toris parte pecuniæ, alteri verò parte Stichi, nulla promissori contingat liberatio neque partis pecuniæ, neque partis Stichi, quoniam nec defuncto stipulatori solutio ita fieri potuisset. Vnius enim rei obligatione contracta vnius quoque & eiusdem rei solutionem fieri oportet. Idémq; est si quis non decem aut Stichum, sed decem aut hominem in genere, vel etiam Stichum aut Pamphilum stipulatus sit, & duobus relictis heredibus decesserit *d. l. 2. §. 1. de verb. oblig. d. §. pro parte l. 85. eod. tit. d. l. stipulatus 9. §. 1. de solut.*

a *Idem est & si duo sint promissoris heredes.* RAT. DVB. Non semper idem iuris est in pluribus heredibus promissoris, quod est in pluribus heredibus stipulatoris etiam in obligationibus indiuiduis, vt constat ex *l. 4. §. vlt. infr. de verb obligat.* DEC. Aliud quidem interdum iuris est, nimirum cùm diuersa iuris ratio ius quoque diuersum inducit vt in *d. §. vlt.* at in specie huius §. eadem iuris & æquitatis ratio locum habet in heredibus promissoris, quæ in heredibus stipulatoris, vt ex iis apparet quæ proximè diximus. Ergo idem quoque in omnibus iuris est, vt liberatio non contingat, nisi aut vterque heredum quinâ soluerit, aut vtrique partes Stichi fuerint solutæ. Eadem igitur est ad hunc quoque versiculum dubitandi & decidendi ratio quæ ad superiorem.

27. PAVLVS libro 27. ad Edictum.

QVi loco certo debere existimans, indebitum soluit, quolibet loco repetet: non enim existimationem soluentis, eadem species repetitionis sequitur.

Ad l. Qui loco certo 27.

RAT. DVB. Qui soluit indebitum quasi mutuum contrahere intelligitur *l. si quis absentis 5. §. is quoque infr. de oblig. & act. §. 1. Instit. quib. mod. re contr. oblig.* atqui contraxisse vnusquisque in eo loco intelligitur, in quo vt solueret se obligauit *l. contraxisse eod tit. de oblig. & action.* Ergo multo magis ibi contractum esse intelligetur, vbi solutum est. Et consequenter dicendum est, in eo loco condicendum esse indebitum in quo solutum fuit, non autem vbique, vt in hac lege scriptum est. DEC. Non eadem est repetentis indebitum, quæ soluentis existimatio, qui enim soluit indebitum, quod putat se certo loco debere, idcirco soluit eo loco, quia scit futurum, vt ni soluat eo loco possit conueniri actione arbitraria vbique ad omne id quod intererit creditoris alio loco non solui *l. 1. 2. 3. & pass. infr. de eo quod cert. loc.* At verò quod indebitè solutum est, vbique indebitum est, nec quod certo loco solutum sit, facere potest vt aliis locis debitum sit, quod eo loco, in quo solutum est, fuit indebitum. Ergo vbique repeti potest, quod certo loco indebitè solutum fuit, nec tantum aliis locis in quibus solutio facta non est, vt Guillielmus vetus glossator existimauit, quem Bartolus refert, sed vt longè meliùs Accursius, in illo etiam loco, in quo per errorem indebitum solutum est. Erat enim longè maior dubitandi ratio, propter quam videbatur in illo tantùm loco condici posse in quo solutum fuerat, quàm vt videretur locus ille excipiendus. Neque tamen meliùs idem Accursius & Bart. exstimant huius legis sententiam illam esse, vt sicuti promissum in certo loco potest vbique peti, ita solutum indebitè certo loco possit etiam vbique peti non obstante errore soluentis, itanamque fit, vt eadem constituatur ratio obligationis contractæ ad soluendum certo loco, & solutionis, cùm tamen legis verba diuersam apertè constituant vtriusque rationem, *non enim existimationem soluentis* inquit Paulus *eadem species repetitionis sequitur.* Et certè ita est. Eum enim qui promisit soluere certo loco, falsum est conueniri posse vbique, nisi addas conueniri eum per arbitrariam, & æstimato eo quod ipsius interest, vt destinato loco conueniatur, si non fuerit prius in mora soluendi *l. 2. § nunc de offic io infr. de eo quod cert. loc.* At is qui indebitum soluit quod existimabat se debere certo loco, potest vbiq; condicere suo iure, nec vlla indiget vtili condictione, quomodo indiget vtili & prætoria actione is qui alio loco petere vult siue moram fecerit siue eam passus sit *l. 1. eod.* ideóq; nec de eo quod interest præstando in huiusmodi cōdictione quicquam tractandum est, quemadmodum in eo tractandum est qui promisit soluere certo loco. Ex quo intelligimus quàm parum ad rem pertineat, quod ad hāc legem nostri disputant tantis inter Citramontanos, & Vltramontanos cōtentionibus, an quis per quasi contractum sortiri forum possit. Et si enim is qui accepit indebitum, ex quasi contractu & ex quasi mutuo esse obligatus dicitur in *l. si quis absentis 5. §. is quoque infr. de oblig. & action.* reuera tamen distrahere negotium, veriùs quàm contrahere intelligitur. Et idcirco quod dicimus vbique locorum conueniri eum posse, non ex eo fit quod indebitum accipiendo hîc vel illic forum sortitus sit, sed potiùs quia nullibi, nec enim id agitur inter dantem & accipientem, vt qui accipit obligetur, ex eáque causa forum sortiatur, sed è contrario, vt is qui dat liberetur: obligatur tamen is qui accipit extra id quod actum est, ne alioqui eueniat, vt ex aliena iactura locupletetur *l si & qui 13. §. vlt. infr. Commod.* & ideóque tam in illo loco in quo indebitum solutum est, quàm in alio quolibet conueniri potest, sed ita tamen si ibi inueniatur. Sic enim locus hîc accipiendus est ex *l. heres absens 19. supr. de iudic.* semper enim supponendi sunt termini habiles *leg. vt gradatim 11. §. 1. infr. de numer. & honor.*

28. IDEM libro 32. ad Edictum.

IVdex si malè absolueri, & absolutus sua sponte soluerit, repetere non potest.

Ad l. Iudex 28.

RAT. DVB. Etiamsi iudex malè pronunciet siue per imperitiā siue per sordes aut gratiam, attamen res iudicata pro veritate habetur *leg. seruo 65. §. cùm Pretor infr. ad SC. Trebell. l. ingenuum 25. supr. de stat. homin. l. & ex diuerso 35. §. 1. de rei vindic.* Ergo si iudex verum debitorē absoluerit, quāuis malè absoluerit, si tamen absolutus soluerit repetere poterit, quasi indebitum verè dicit, quod per sententiam licet iniustam pronunciatum est non deberi. DEC. Verus debitor etiamsi per sententiā iudicis absolutus sit, naturaliter tamen obligatus remanet, quia res iudicata modus ciuilis est non naturalis tollendæ obligationis *l. Iulianus 60. infr. hoc tit.* Atqui naturalis obligatio impedit repetitionem soluti *l. 3. §. vlt. supr. quod quisq. iur. l. naturales 10. infr. de oblig. & act.* Dicendum ergo est repetere illum non posse, si postea soluerit sua sponte vt lex ait, hoc est vltro non vi & potestate alterius cōdemnationis, nam si posteriore aliquā sententia priori contraria soluere iussus soluerit,

vtique repetere non posset, quoniam quod ex rei iudicatæ authoritate soluitur, repeti nunquam potest *leg. 1. C. hoc tit.* nimirum quia licet sententia absolutoria iniusta non perimat obligationem naturalem, condemnatoria tamen etiam iniusta parit obligationem ciuilem, quæ non minoris obligationis esse potest quàm ciuilis ad impediendam condictionem, neque huic legi contrarium est, quod ait *leg. qui exceptionem 40. infr hoc tit.* eum qui tutus est exceptione perpetua & fauorabili, si soluat posse repetere, etsi enim exceptio rei iudicatæ & perpetua, & fauorabilis est, nulla tamen æquitate naturali nititur, sed ciuili tantùm, vt diximus. Ratio autem quæ condictionem impedire possit, naturalis tantùm esse debet, non ciuilis, quia condictio hæc tota ex bono & æquo est, vt & cæteræ omnes *leg. indebiti 15. in princip.* vbi diximus *supr. leg. hæc condictio 66. infr. leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Sunt qui ea verba huius legis *sponte soluerit* de eo intelligant, qui non tantùm vltro soluerit, sed etiam sciens se non debere. Quomodo enim scire potest se non debere is qui adhuc debet naturaliter? Meliùs igitur alij sponte soluentem interpretantur eum qui non coactus soluerit, siue sciat, siue nesciat se naturaliter adhuc debere. Naturalis enim obligatio, quæ sola sufficit ad impediendam repetitionem soluti, non in opinione soluentis, sed in veritate consistit.

29. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

INterdum persona locum facit repetitioni: vt puta si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, soluerit. nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem exstant nummi, vindicabuntur: pro consumptis verò condictio locum habebit.

Ad l. Interdum 29.

RAT. DVB. Pupillus etiam sine tutoris authoritate obligatur cùm mutuam pecuniam accipit, adeóque cùm stipulanti promittit, ideóque fideiussorem dare potest *leg. si pupillus 127. infr. de verbor. oblig. et. leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. aliquando & §. naturalis de solut. leg cùm illud 25. §. heres meus infr. quando dies legat. ced. leg. si pupillus 35. supr. de recept* Atqui naturalis obligatio impedit repetitionem *leg. 3. §. vltim. supr. quod quisq. iur. leg frater è fratre 38. infr. & pass. hoc titulo.* Ergo etiamsi pupillus sine tutoris authoritate soluerit, quod sine eiusdem authoritate promiserat, repetere non poterit, multo minùs si soluerit quod cum tutoris authoritate promissum non modo naturaliter sed etiam ciuiliter debuit. Proinde falsum est pupilli personam locum facere repetitioni, nec sanè potest locum habere condictio indebiti, quoties debitum fuit, siue naturaliter siue ciuiliter quod solutum est. Quod si ponas solutum esse id quod omni iure fuit indebitum, iam nulla erit differentia inter pupillum & maiorem. Nam & maiores si indebitum soluant condicunt. DEC. neque pupillus, neque furiosus, neque prodigus, vllam rei suæ alienandæ potestatem habent, cùm interdicta eis sit omnis alienatio *§. nunc admonendi Instit. quib. alien. licet vel non, leg. 1. & pass. inf. de curat. furiosi dict. leg. is cui bonis 6. de verbor. oblig. leg. pupillo 15. infr. de solut.* carent enim iudicio, *leg. pupillus 5. leg. obligari 9. & pass. de author. tutore.* Furiosus etiam sensu *leg. si tibi 8. §. vnius de opt. legat.* vnde est quod nihil omnino facere potest, ne quidem authore curatore, sed omnia ipsius nomine agere curator debet, in quo grauior eius condicio est, quàm pupilli *leg. in negotiis 5. de regul. iur.* Ergo si quid huiusmodi personæ soluerint, siue debitum fuit siue indebitum, habent ius repetendi, cùm nec soluendi ius habuerint. Sed repetendi tamen aliter atque aliter. Nam si quod ab iis solutum est adhuc extet, repetent per vindicationem, quia nec dominium quod habuerant amiserunt: quæ res impedit condictionem, quæ, vt sæpius in hoc tractatu diximus, soli non domino datur contra dominum, numquam autem domino contra non dominum, excepta condictione furtiua *leg. vlt. supr. Vsufr. quemadm. caueat. l. 1. infr. de condict. furt.* Si verò quod solutum est, extare desierit, & cõsumptum sit, quia per consumptionem amittitur dominium, nec alij quàm domino cõpetere vindicatio potest, non possunt repetere per vindicationẽ, sed necessarium est auxilium, condictionis quod vindicationi hoc casu subsidiarium est, cõdictionis inquam non indebiti aut sine causa, vt malè vulgo nostri post Accursium existimant, (nec enim credendum est, conciliari hoc casu indebitum consumptione, vt illi putant, licet aliquando cõcilietur vt mutuum, cùm non possit cõsumptio facere indebitum quod etiam ante cõsumptionem debitum fuit, siue naturaliter tantùm siue etiã ciuiliter,) sed cui causam det sola persona cõdicentis. & quæ non aliud nomen habere possit quàm generale cõdictionis certi, quia nec nisi certum esse potest, quod solutũ est, incertum siquidem & deberi. & cõdici incerti potest, quando scilicet promissum duntaxat non etiã solutum est, vt in *l is qui plus 31. infr.* At solui non potest, nec proinde aliâ repeti quàm certi cõdictione. In eóque necessariò separandus est pupillus à minore, contrà quàm etiã Accursius hîc arbitretur, neq; enim minori interdicta est nũmorum suorũ alienatio, & aliarũ rerũ quæ sine Prætoris decreto alienari possunt, si ius vetus inspicias, quod huius legis tẽporibus obtinebat *Tot. tit. de reb. eor. qui sub tutel. infr. & de præd. minor. C.* & cui non fuit derogatum nisi per *l. lex quæ 12. C. de admin. tutor.* Sicuti nec quicquã vetat obligari puberes etiã sine curatoribus suis *l. puberes 101. de verb oblig.* cùm tamen pupillus neque mutuã pecuniam accipiendo sine tutoris authoritate, neque promittẽdo iure naturali obligetur *l. quod pupillus 41. infr. l. pupillus 59. de verb. oblig.* quãuis non omninò verum sit, naturaliter eũ obligari, vt suprà diximus, quod in furioso & prodigo secus est *d. l. is cui bonis 6. de verb oblig.* Quare nec probare possum quod Accursius nõ aliter dat pupillo cõdictionem, quàm si priùs impetret in integrũ restitutionem: quæ adulto quidẽ, & minori necessaria est *l. vlt. C. si aduers. solut.* sed pupillo non item, cùm ipso iure non valeat solutio facta per pupillũ sine tutoris authoritate, quia pupillus præsens si tutorẽ quoque præsentẽ non habeat, pro absente habendus est *leg. si pupillus 10. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* nisi pro tutore iudex interuenerit, vt in *leg. sancimus 25. Cod. de admin. tutor.* nec restitutio locum habere possit, aut saltem necessaria esse aduersus

factum

factum quod ipso iure non tenet *l. in causa 16. supr. De minor. l. 2. l. si quidem 11. C. de præd. minor.* nec leuior eiusdem Accursij error in eo est, quod aliã facit causam pupilli, aliam verò furiosi & prodigi, vt pupillo danda sit condictio indebiti præhabita, vt ipse loquitur, restitutione, furioso autem vel prodigo cõdictio sine causa, quoniam inquit soluendi animum non habuerunt, nam huius legis verba ostendunt harum omnium personarum eandem rationem esse, vt & in cæteris ferè omnibus eodem iure censeri solent *l. Fulcinius 7. §. planè interdum infr. quib. ex caus. in poss. eat. l. furiosus 46. De oblig. & act.* & ratio iuris illa omnibus personis istis æquè conuenit, quòd alienandi potestatem nullam habeant. Differentia quidem est inter pupillum pecuniam mutuã accipientem, aut aliquid promittentẽ, & furiosum vel prodigum, quod isti ne quidem naturaliter obligẽtur. Pupillus verò etiã sine tutore naturaliter obligetur, vt iã diximus, sed inter pupillum soluentem, & furiosum vel prodigũ nihil omnino interest, nec magis pupillo quàm furioso datur, aut prodigo condictio indebiti, quàm cùm soluit tutore authore quod sine tutoris authoritate stipulanti promiserat: quomodo accipi debet, quod scriptũ est in *d. l. quod pupillus 41. infr.* nam cùm persona hoc casu non possit locum facere repetitioni, necessarium est aliud medium inducendæ condictionis, indebitum scilicet, vt Bartolus benè vidit, qui hanc legem meliùs quã alius quisquam ex veteribus glossatoribus explicauit, licèt non benè in omnibus, nam quo casu siue pecunia siue alia res quælibet à pupillo vel furioso vel prodigo soluta vindicari posset, eo casu si consumpta sit, condictio indebiti locũ habere nequit, vt malè Bartolus putat, sed quo casu nec si extaret, vindicari posset ob factam dominij translationem, eodem casu condicenda est siue extet siue consumpta sit, & quidem cõdictione indebiti, nunquã verò condictione sine causa, non enim sine causa penes aliquem esse potest videri, quod solutum est tanquam debitum, licèt fuerit indebitum, quamuis latius pateat condictio siue causa quàm indebiti *l. 2. in fi.* vbi dicemus *infr. tit. prox.* Ei tamen, quod diximus furiosum & prodigum non obligari naturaliter, neq; fideiussorẽ pro iis accipi posse, obstat valde quod scriptũ est in *l. Marcellus 25. infr. De fideiuss.* vbi tractatur de fideiussore, qui pro pupillo sine tutoris authoritate obligato & pro furioso vel prodigo interuenerit. Sed dicẽdum est, quod nos docuimus in libris coniecturarum, abundare in illa lege dictionem *obligato*, & intelligendũ esse Marcellum de furioso & prodigo ritè obligatis, & pro quibus fideiussor accipi potuerit, sed qui tamen fideiussorẽ dederint sine authoritate curatoris, sicut & de pupillo qui fideiussorẽ dederit sine authoritate tutoris. Quo casu nõ obligantur fideiussori actione mãdati, quamuis fideiussor ipse sit obligatus. Obstare etiam huic legi valde creditur, quod Mæcianus scribit in *l. si eius pupilli 64. infr. ad SC. Trebell.* Si eius mihi restituta sit hereditas qui pupillo sine tutoris authoritate crediderat, & soluerit mihi pupillus, non posse illum repetere: id enim necessariò sic accipiendũ est, si pupillus soluerit tutore authore: semper enim supponendi sunt termini habiles *l. vt gradatim 11. §. 1. infr. De muner. & honor.* & quoties à pupillo aliquid promissum vel solutũ legimus, pupilli quoq; tutorẽ interuenisse debemus intelligere, cũ pupillus præsens, si tutoris quoq; authoritatẽ præsentem non habeat, pro absente habendus sit *d. l. pupillus 10. infr. quib. ex caus. in poss. eat. l. si non expedierit 6. §. 1. De reb. author. iud. possid.* Alioqui certè persona pupilli faceret locum repetitioni, vt in hac lege scriptũ est, etiamsi tale sit debitum quod cresceret per inficiationem, quia licèt in eo debiti genere condictio locum non habeat quæ indebiti est *l. ea quæ 4. C. hoc tit.* hæc tamen condictio cui persona locũ facit, semper & in omnibus habet locum, neque Accursius neque Bartolus hinc euoluere se potuerunt, quia legem hanc de condictione indebiti intellexerũt, distinguentes ius commune à speciali beneficio restitutionis in integrum, quod in hac quæstione omnino ridiculum est. Planè quamuis verissimum sit, quod hæc lex habet personam pupilli facere locũ repetitioni, si tamen aut ciuiliter aut naturaliter debitum fuit quod pupillus soluit, prodest ei solutio, non tantùm ad acquirendam condictionẽ, sed etiam si malit ad liberationem, quandoquidem ipsius interest ab obligatione qualibet etiam naturali liberari *l. quod si fortè 14. §. vlt. l. si pupilli 66. infr. De solut.* Verum enim est facto eius pecuniam ad creditorẽ peruenisse, vt Vlpianus subtiliter disputat in *l. non omnis 19. §. si pupillus* vbi diximus *supr. De reb. cred.* Habet igitur electionem pupillus vtrum malit liberari, an condicere. Vtrunque enim beneficium ex eadem solutione consequi certè non potest *l. si non sortem 16. §. si centum & §. si decem supr. l. qui hominem 34. §. vlt. infr. De solut.* illud postremò ex hac lege notandũ est, latiùs patere nomen repetitionis quàm condictionis, repeti namque dicitur etiam quod vindicatur, nec tamen condicitur, sicut & latiùs patet generale nomen condictionis simpliciter quàm speciale condictionis indebiti.

30. IDEM libro 10. Disputationum.

QVi inuicem creditor, idémque debitor est: in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si soluit, non habet condictionem, veluti indebiti soluti: sed sui crediti repetitionem.

Ad l. Qui inuicem 30.

RAT. DVB. Aut inuicem quis debitor & creditor est, ex vna eadémque causa puta ex contractu venditionis vltro citróque obligatorio, aut ex variis & separatis causis, puta si debeam tibi centum ex causa mutui, tu verò mihi totidem ex causa depositi, priore casu siue venditor rem tradat ante solutum sibi precium, siue emptor precium soluat ante rem sibi traditam certum est tutum illum fuisse exceptione perpetua ne aut rem tradere, aut precium soluere prior cogeretur *l. Iulianus 13. §. offerri infr. De action. empt.* quæ exceptio non potest esse non fauorabilis, cùm ex contractu ipso nascatur. Sunt enim exceptionem hæ omnium fauorabilissimę, quas pragmatici nostri viscerales vocant, quòd ex ipsis instrumẽti viscerib. proficiscantur, atquin is qui exceptione perpetua eáq; fauorabili tutus est, si soluat repetit. *l. qui exceptionẽ 40. infr. hoc tit.*

Ergo in hac specie locus est condictioni. Posteriore autem casu cùm ex separatis causis, idê est debitor & creditor si compensationi locus sit, æquè verum est fuisse illum tutum exceptione perpetua & fauorabili, cùm nulla sit fauorabilior compésatione quæ etiam solutionis vim obtinet, ac proinde condictioni indebiti locum esse, quandoquidem non potest manere debitum quod vel solutum vel pro soluto habendum est. Ex *l. si ambo 10. §. 1. infr. de compens. l. si constat C. eod. Et ita Bart. existimat ex l. quod dicitur 5. §. pen. inf. de impens. in reb. dot. fact.* Si verò compensationi locus esse non possit, fortassis debitę speciei ad quãtitatem aut ex causa depositi, & aliis multis casibus, quos hîc Accursius congerit ex *l. vlt. C. de compens. l. pen. C. deposit.* adhuc tamen verum est eum qui solutionem accepit potuisse reconueniri & mutua petitione inquietari, dum ne post litem contestatã *l. cùm Papinianus 14. iunct. Auth.* & consequenter *C. de sent. & interloc. omn. iud.* cuius reconuentionis & mutuæ petitionis priuilegium illud est, vt vna eademq; senteẽtia terminari debeat & ab eodẽ iudice *l. 1. & 2. sup. de quib. reb. ad eund. iud. eat.* vbi diximus, *l. 5. §. vlt. inf. Quæ sent. sin. appell. rescin. poss.* & apud Gratianum *Ti. de mut. pet.* Ergo dicendum est omni casu posse illũ qui soluit condicere, ne vel compensationis vel mutuę petitionis obiiciendę facultatem & priuilegium amittat, præsertim cùm nulla ex eo fiat iniuria ei qui solutionem accepit siquidem in eã causam reponatur in qua erat ante solutionem & in qua esset hodie si solutio facta non esset *arg. l. si iudex circumuẽto 42. sup. de minor. l. cùm te 6. C. de pact. inf. empt. & vend.* DEC. Nõ potest repeti condictione indebiti id quod verum est, debitum fuisse cùm solueretur, atqui non eo minus verum est, me tibi centum debuisse, cùm ea soluerem quod tu vicissim totidẽ mihi deberes: cùm ergo debitum acceperis, & hoc ipso debitorem amiseris, nulla dandæ mihi condictionis ratio superest, maximè cùm hoc ipso locupletior factus sim per solutionem, quòd à te sim libertus *l. si pupilli 66. in fi. inf. de sol.* nec semel extincta obligatio restitui possit aut debeat *l. qui res 98. §. aream de sol.* Satisq; mihi esse debet, quòd cùm sim tuus creditor, eam pecuniã possim à te petere quam tu mihi debes. Non enim potest fieri contributio inuicem debiti & crediti, quæ compensationis diffinitio est *l. 1. infr. de compens.* quin locum habeat compẽsatio: quod cùm accidit, tum verò quod ante fuit debitum, hoc ipso fit indebitum quod compensationis iure habetur pro soluto: ideoque condictioni indebiti eo casu locus est, nec de mutua petitione tractandum quicquam superest, neque volo cum Bartolo distinguere an compensatio fiat ipso iure, an facto hominis, nam sicuti factum hominis semper necessarium est, quãtum ad hoc vt compensatio obiiciatur, [nec enim per iudicem suppleri vnquam potest, cùm etiã qui compensat petere videatur *l. amplius 15. infr. rat. rem haber.*] ita & compensatio ipsa fit semper ipso iure, præsertim hodie post *l. vlt. C. de compensat.* quamuis olim non nisi per exceptionem doli opponi posset in iudiciis strictis ex Diui Marci constitutione *§. in bonæ fidei Instit. de act.* Idque est, quod Papinianus dicebat in *l. inter tutores 36. de admin. tutor.* æquitatem motum ius compensationis inducere, *Iunct. d. l. si ambo 10. §. 1. inf. de compens. d. l. si constat C. eod.* Neque verò distinctio illa Bartoli conuenit verbis huius legis, quæ distinguunt duntaxat an compensatio locum habeat necne, non etiam vtrum ipso iure fiat an facto hominis, nam hæc lex ad eum casum pertinet, quo non possit compensatio habere locum neque de iure neque, vt ipse loquitur, de facto. Proinde absurda, ne dicam stulta est quæstio illa Bartoli, cur non habeat condictionem is, qui tutus est exceptione compensationis cùm sit exceptio & perpetua & fauorabilis, nec subtilior responsio, quam adfert quod compensationis exceptio ita exceptio est, vt sit etiam actio. Quasi verò ob id minus fauorabilis esse debeat, cùm è contrario dicendum esset potius tanto fauorabiliorem eam esse debere. Interest enim illius qui compensandi ius habet, vt retentionem habeat aut liberationem potius quàm petitionem, retentionem si ei solutum sit, liberationem si soluerit, & in omni parte iuris facilius datur retentio sit quàm persecutio *l. 1. infr. de pignor. l. 1. §. is autem inf. de superfic. l. inuitus 156. §. 1. de reg. iur.* Cur ergo compensationis exceptio, quę omnium fauorabilissima est, ob id minus valeb t ad inducendam condictionem indebiti, quàm cæteræ quas Bartolus *proprias* vocat, quod etiam actionis vim habere possit? Nec alia lex quærenda est quæ apertius quàm hæc probet eum, qui tutus exceptione compensationis soluit posse indebitum condicere, quamquam hoc idem ipsum scriptum est in *d. l. si ambo 10. vers. simili modo in fin. infr. de compensat.* quod & Bartolus fateri cogitur eo casu quo debitum cuius nomine opponi, compensatio potuerit naturale fuerit tantum, ita admittens deteriorem esse causam hac parte creditoris cui & ciuiliter & naturaliter debitum fuerit, quàm eius cui naturaliter dumtaxat quod absurdissimum certè est.

31. IDEM libro 1. Opinionum.

IS, qui plus, quàm hereditaria portio efficit, per errorem creditori cauerit, indebiti promissi habet condictionem.

Ad l. Is qui plus 31.

RAT. DVB. Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit licèt alius soluerit, quàm qui soluere debuit *l. repetitio 44. infr.* Ergo nec repetitio vlla esse debet ab eo cui promissum est, quod ei debitum fuit, licèt alius promiserit, quàm qui debuit. Atqui cùm debitori duo heredes extiterunt, quamuis diuidatur obligatio inter heredes ex lege 12. tab. pro hereditariis portionibus, verum tamen est creditori hereditario debitum fuisse totum, ac proinde non fuisse indebitum quod ei promissum est. Igitur si vnus ex heredibus cùm ex dimidia tantùm parte heres esset, totam quantitatem à defuncto debitam promiserit creditori, quamuis per errorem non debet habere condictionem promissi indebiti, multò minus incerti, cùm certa sit quantitas, quæ & ab eo promissa, & creditori debita est. DEC. Quamuis debitum sibi quis recipiat, tamen si is cui dat non debitum dat repetitio competit *l. si pœna 19. §. 1. suprà hoc tit.* Scilicet cùm suo nomine soluit non alieno, vt ibi explicauimus. Ergo quamuis debitum sibi

quis

quis stipuletur, si tamen is qui promittit, indebitum promittat, dummodò suo nomine non alieno habere debet repetitionē indebiti promissi. Hoc verò euenit, cùm vnus ex duobus debitoris heredibus plus promittit quàm efficiat portio eius hereditaria: non enim plus debet quàm pro qua parte heres est, quasi diuisa debitoris hereditate ex lege duodecim tabularum in tot hereditates quot sunt heredes *d.l.1.C.si cert.pet.l.vlt.C.de hered.action.l..& 2.C.si vnus ex plurib.hered.debit.vel cred.§.1.Inst.De leg.falcid* Proinde si quid cauerit & promiserit, non quidē pro coherede, sed suo nomine per errorem quasi aliquid amplius ipse deberet supra portionem hereditariam condicere promissum indebitum poterit, & quidē cōdictione non sine causa, vt malè putat Accursius, sed indebiti & prætereà incerti. Est enim, vt sæpius in hoc tractatu monuimus, duplex condictio indebiti, vna certi, quoties id quod condicitur certū est *l.certum 7.l.certi condictio 9.supr.De reb.cred.* altera incerti, quoties incertū illud est quod in condictionē venit vt in *l. qui exceptionem 40.§.si pars infr.hoc tit.l. quod si nulla 72.De leg.1 l.si heres 5.in fi.infr. De act empt. l.2.§.aliud iuris erit & seq infr.De don.l.3.C.hoc ti.* in proposito autem incertum est quòd condicitur, quia etiamsi summa quę & creditori debita & ab vno ex coheredibus promissa est, certa sit, non tamen ipsa condici potest, cū soluta non sit, sed promissio condicenda esset, si factum condici posset, at quoniam facta condici non possunt *l.naturalis 5.c. sed si faciam infr.De prascr.verb.* eò deueniendum necessariò est, vt liberationē condici oporteat, id est in id agi, vt creditor cui per errorem indebitè cautum est, liberet debitorem, & acceptum ei faciat, quod supra portionem hereditariam promissum ab eo fuit, vnde fit vt aliquādo ad id agatur, vt debitor à tota promissione liberetur, aliquando, vt à parte tantùm obligationis, quatenus nimirū indebiti promissum est nue in totū siue pro parte *l qui sine causa 3 infr ti prox.* cùm verò liberatio sit facti, facta verò omnia sint incerta *l vbi autem 75.§ qui id quod in faciendo infr. De verb. oblig.* meritò hæc incerti condictio dicitur non certi.

32. IVLIANVS libro 10. Digestorum.

CVm is, qui Pamphilum aut Stichum debet, simul vtrumque soluerit: si posteaquam vtrumq; soluit, aut vterque, aut alter ex his desierit in rerum natura esse: nihil repetet. id enim remanebit in soluto, quod superest.

Ad l. Cùm is 32.

RAT. DVB In obligatione alternatiua non vtraque res in obligatione est, sed alterutra duntaxat *l. 2.§.Scæuola infr. De eo quod cert. loc.l.plerunque 10.in fin. De iur.dot.* Ergo cùm is qui Stichum aut Pamphilum debebat vtrumq; soluit, fatendū est alterūtrum indebitum fuisse, & indebitè solutum, ac proinde si alter ex iis posteà decesserit alterū qui superest posse condici. Planè si ambo decesserint dubitationem res non habet quin verū sit, quod Iulianus hîc scribit nihil repeti posse nisi fortè vellet quis dicere cōdici etiam hoc casu posse alterutrius æstimationē, postquā placuit aliud posse solui, aliud condici & æstimationē rei solutæ posse repeti vt in *l.si non sortem 26.§.libertus supr.hoc tit.* Sed hoc in proposito dici non potest, quia tunc ad æstimationis cōdictionem recurrendum est, cùm alioqui fieret vt is qui solutionē accepit locupletaretur ex aliena iactura vt in specie *d. §. libertus*, quomodo hîc Bartolus rectè notat, quod in specie proposita nō euenit, quia ex morte perempti hominis lucrū percipi nullū potest, adeóq; nec hominis ante moram perempti æstimatio vlla est *l.in actionibus 5.vers.planè supr.De in lit. iur.* Proinde si ambo qui soluti sunt mortui sint, nihil est quod de ipsorū corporum aut de æstimationis condictione tractari possit. DEC. Non tam solutionis quā condictionis tēpus spectādum est, cùm quæritur quid veniat in hanc indebiti condictionē, quia id demùm condicitur non quod ab initio indebitè solutū fuit, sed quod iudicij accipiendi tēpore inuenitur indebitū penes eum qui solutionem accepit, vt sæpius in hoc tractatu diximus, atqui cū ambo qui soluti sunt, decesserunt ante propositam condictionē, nihil est quod condici possit, quia nec quicquā est, ex quo is cui solutū est locupletior factus sit, cū verò alteruter tantū decessit, alter superest, qui licèt faciat creditorē locupletiorem, indebitè tamē solutus dici non potest quia verū est alterutrū debitum fuisse: nec quicquā causæ est cur debitus fuisse videatur ille magis, qui mortuus est, quā ille qui superest, cū non magis mortui quā superstitis dominiū creditori acquisitū fuerit, vt dici possit ei rē suam periisse ex *l.quæ fortuitis 6.& l pignus 9 C de pign.act* nō enim traditio sufficit ad trāsferendū dominiū alioqui cū vterq; traditus sit dicendum esset vtriusq; dominiū in creditorē translatū fuisse: quod tamen euidenter falsum est, cū alteruter duntaxat debitus fuerit, traditio autē sola & eius rei quę nullo iure debita est dominiū transferre non possit tāquam quæ sit nuda *l.numquam nuda 31 infr.De acquir. rer.dom* etsi verò alteruter debitus fuit, quia tamen incertum est, quis ille fuerit vtroq; soluto, fatendū est neutrius dominium translatum fuisse in accipiētem, atq; ita vtriusq; dominium mansisse debitoris, cui proinde eū qui mortuus est periisse necesse est, eū verò qui superest remanere in solutū penes creditorē, ne alioqui dū ei vtrumq; dare nolumus, vtrumq; ipsi denegemus: aliud esset si quis decē aut Stichum debuisset. Non n. quantitas quæ in genere debetur perire vnquā potest *l. incendiū 11.C.si cert.petat.* & ideò si debitor & decē & Stichū soluerit, nullus quæstioni locus relinquitur quādiu Stichus viuit, nisi quod illa emergit quæstio vtri danda sit electio in repetitione an debitori qui ab initio electionē habuit vtrum pecuniā an Stichū dare mallet, an potius creditori qui vtrumq; accipiendo constituit se alterutrius restituēdi debitorē. In qua quęstione constat dissentientes fuisse veterū prudentū sententias, & Iulianum quidē cuius est hæc lex debitori electionē dedisse repetendi quem vellet, quoniam ab initio dandi quem vellet, electionem habuisset. Quàm sententiam & Papinianus quoque secutus est, & Iustinianus tandem comprobauit *in l. penult. C hoc tit.* explosa Vlpiani & Celsi contraria opinione, de qua scripsimus ad *l.si non sortem 26.§. si decem supr.eod* Hæc verò sententia longè minùs dubitabilem efficit huius legis quæstionem, nam cùm is qui Stichum aut Pamphilum debebat vtrunque soluit, & Stichus posteà decessit, an non stultus esset creditor, si mallet eligere Stichum mortuum eúmque sibi in solutum retinere, & Pamphilum, vtpote ...

reddere? Quamquam nec electio ista propriè dici potest, cùm alter decessit, alter verò superstes est, cũ mortui æstimatio nulla sit, quæ præstari possit, vt modò diximus, nisi ponas decessisse Stichum post moram debitoris, quo casu si electio creditoris fuit, & Stichus post electionem ab eo factam debitore in mora constituto decesserit, perinde solus ille qui decessit petendus est, ac si solus in obligationẽ deductus fuisset *l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. De solut.* vbi Papinianus addit, si è contrario promissoris fuerit electio, defuncto altero eum qui superest æquè peti posse, non enim qui electionem habet, vtrum ex duobus quem nolet soluat, facere tamen potest vt nihil soluat *l. 2. §. Scæuola infr. De eo quod cert. loc.* satis tamen est creditori, quod alterum qui superest petere possit, nec præterea illud etiam indulgendum ei est, vt possit si malit, defuncti hominis precium petere, quia debitoris mora facere quidẽ potest, vt qui mortuus est, viuere existimetur ad perpetuandam obligationem *l. si seruum 9. §. sequitur & §. vlt. De verb. obligat.* at non etiam vt in creditorẽ transferatur electio quæ ex stipulationis lege & ab initio fuit creditoris. Quid ergo si post solutum vtrumque, Stichum & Pamphilum creditori, cui alterutrum duntaxat debebatur, creditor condictione indebiti conuentus in alterutro reddendo moram fecerit, quia neutrum reddere voluit, atque ita Stichus posteà decesserit superstitẽ Pamphilo? Respondet Bartolus, obligatum esse hoc casu creditorem, vt vel defuncti Stichi precium restituat, vel superstitem Pamphilum, non rectè, quia secundùm Iuliani nostri & Papiniani sententiam electio remanet debitoris etiam posteà quàm vtrumque soluit, quæ electio ei adimi per creditoris moram non potest, ne alioqui melior condicio sit morosi quàm non morosi creditoris. Proinde dicendum est solũ Pamphilum qui superest, solui hoc casu posse, nisi malit debitor Stichi post moram defuncti precium consequi *arg. d. l. Stichum aut Pamphilum.* Sed si contrariam Vlpiani & Celsi opinionem sequamur, qui electionem quam debitor ab initio habuerat, transferebant in creditorem, erit omnino admittenda Bartoli sententia, ea ipsa ratione quam supra reddidimus. Cæterum ponimus cum Iuliano vtrumq; seruum pariter & eodem tempore solutum fuisse, quoniã si alio atq; alio tẽpore solutio facta proponeretur, dicendum esset eum solum videri solutum indebitè qui posterior solutus fuisset, & idcirco eũ quoque solum repeti posse condictione indebiti, non etiam defuncti Stichi æstimationem, cũ Stichi præstatione contigerit liberatio, nec proinde alij quàm domino suo perire Stichus potuerit, diximus *ad l. cùm duo 25. sup.*

1 ¶ Fideiussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia petatur, & per imprudentiam soluerit: condicere stipulatori poterit. & ideo quia reus quidem manet obligatus: ipse autem sua exceptione tutus est. nihil autem interest, fideiussor an heres eius soluat. quòd si huic fideiussori reus heres extiterit [a], & soluerit: nec repetet, sed liberabitur.

Ad §. 1. Fideiussor.

RAT. DVB. Fideiussor qui pactus est ne ab eo pecunia petatur, non ideò liberatus est ipso iure, sed acquirit tantùm sibi exceptionem pacti si conueniatur, quia conueniri adhuc potest cùm remaneat ipso iure obligatus *l. fideiussoris 23. l. si vnus 27. §. pactus ne peteret, & pass. supr. De pact.* Ergo si posteà per imprudentiam soluat, non potest condicere id quod soluit tanquam indebitum, cùm ciuiliter id debuerit. Tantóq; minùs quòd non ideò futurũ est, vt ex ipsius iactura creditor locupletetur, siue creditoris personam respicias qui verè creditor est, & cui salua remanet actio eáq; efficax contra reum principalem, cui pactum fideiussoris prodesse nullomodo potest *d. l. fideiussoris* siue ipsius etiã fideiussoris qui regressũ habiturus est aduersus reũ, & omne id quod soluerit repetiturus aut mãdati actione aut negotiorũ gestorũ *l. ex mandato 20. §. 1. infr. mand.* DEC. Quisquis exceptione perpetua, eáq. fauorabili tutus est si soluat per errorẽ facti aut quod effectu idẽ est per imprudentiam, vt Iulianus hîc loquitur, potest cõdictione indebiti solutum repetere *l. qui exceptionem 40. infr. hoc tit.* Atqui pactum de non petendo factũ cum fideiussore, siue in rẽ sit, siue in personam, dũmodò non sit temporale, parit exceptionem pacti perpetuam fideiussori, quamuis non prosit reo *d. l. fideiussoris l. si quis reum 5. in princ. & §. 2. infr. De liber. legat.* Ergo cùm exceptione perpetua tutus sit, potest cõdicere, nec eo magis prohibendus est, quòd à reo possit alia actione idipsum repetere, sicut enim ea res nullam contra eum actionẽ tribuere potest *l. nemo ideo 171. De reg. iur.* ita nec ei competentem adimere potest condictionẽ, alioqui posset contingere, vt in dãno moraretur si fortè rei principalis inopia mandati vel negotiorũ gestorum actionẽ inutilem redderet *l. nam is 6. supr. De dolo.* nihil autem referran fideiussor ipse soluerit, an heres eius: quamquam enim pactũ nullũ de non petendo inter creditorem, & fideiussoris heredem intercessit, quæ ad hunc versiculum dubitandi ratio est: pacti tamen exceptio, quæ viuo fideiussori prodesse potuit, & cõpetiit, transit in heredẽ, & consequenter ius condictionis quod ex perpetua illa exceptione inducitur, nisi pactũ sit merè personale *l. si tibi decem 17. §. si quis paciscatur & l. idem in duob. 25. §. 1. supr. De pact* planè reus manet obligatus, vt hîc Iulianus scribit, nec tantum ipso iure, sed etiam in effectu, cũ nulla exceptione tueri se possit, quia pactũ fideiussoris reo prodesse, vt diximus, non potest *d. l. fideiussoris.*

a *Quòd si huic fideiussori reus heres extiterit.* RAT. DVB. Sicut alia est persona rei, alia fideiussoris, ita obligatio alia huius alia illius, vt ex eo apparet, quod proximè diximus, si cum fideiussore pactum sit de non petendo, reum manere obligatũ, fideiussorẽ verò propria exceptionẽ tutum esse, idéóq; fideiussorem posse condicere quod soluit, reũ non posse: ergo si huic fideiussori qui exceptione pacti tutus fuit, reus heres extiterit, & soluerit, perinde dicendũ est posse eũ condicere ex persona fideiussoris defuncti, quãuis ex propria nõ possit, atq; posset fideiussor ipse si viueret. Quẽadmodũ. n. persona defuncti, & heredis vna eadémq. esse intelligitur *Nou. 48. De iureiur. à moriẽt. præst.* ita & heredẽ necesse est vti posse iure defũcti, cũ nihil aliud sit hereditas, quã successio in vniuersũ ius, qđ defũctus habuit *l. hereditas 62. De reg. iur.*

l. nihil

l. nihil aliud De verb. signif. Proinde nec liberatus videri reus potest per solutionem à fideiussore factam cùm nec fideiussor ipse soluendo se liberauerit, sed è contrario condictionem sibi acquisiuerit, quæ quoties competit, toties liberationem exeludit, cùm vna eadémque solutio & liberationem, & condictionem simul parere non possit *l. si non sortem 26. §. si centum & §. si decem supr. l. si fideiussor 59. infr. l. qui hominem 34. §. vlt. l. cùm quis 38. §. 1. & seq. infr. De solut.* Dec. Cùm reus fideiussori heres extitit, obligatio fideiussoria confunditur, quia non potest idē pro seipso apud eundem esse obligatus *l. cùm reus 14. l. heres à debitore 21. §. seruo tuo infr. De fideiuss.* Maiorenim obligatio tollit minorem, inquit *l. debitori 50. eod. tit. l. si duo 95. De solut. l. si reus 13. De duob. reis.* Sola itaque superest principalis obligatio, pro qua licèt nihil solutum sit, cùm & fideiussor solus soluerit, & in solam causam fideiussoriam sublata tamen per confusionem obligatione fideiussoria soláque manente principali, necesse omnino est vt in causam principalis obligationis cedat solutio, atque ita extinguat principalem obligationem. Quo admisso, vtrumque statim consequitur, vt & reus liberetur perinde acsi soluisset & condictionem habere nullam possit, ex supradicta iuris regula quæ non patitur, vt eadem solutio & liberationem pariat, & cōdictionem: quamuis non sit nouum, vt eadem solutio proficiat in varias causas ex diuersis respectibus promanantes, quæ proinde nec contrariæ sint nec incompatibiles, vt in *l. in numerationibus 44.* vbi exempla proponuntur *infr. De solut.* Miror verò Accursium & Bartolum hîc quærere, an si agatur condictione indebiti ratione eius quantitatis solutæ, quæ naturaliter tantùm debebatur, possit condictioni obiici compensatio, *ex l. etiam 6. infr. De compensat.* Quæstio enim supponit falsum, id scilicet quod naturaliter duntaxat debitum fuit, si solutum sit posse repeti condictione indebiti, quod nos iam sæpius refutauimus: præsertim ad *l. 1. supr.* sed illud magis miror, quod negant posse compensari apertè contra *d. l. etiam 6. De compensat. l. 3. §. pupillus supr. De negot. gest.* & alias innumeras, quæ volūt etiam id quod naturaliter tantùm debetur, perinde compensari posse, atque id quod ciuiliter quoque debeatur. Sed vt error ex errore nasci solet, postquàm in eo errarunt, quod condictionem indebiti dandam putant si pecunia soluta non nisi naturaliter debita fuerit, ita & in hoc errare coguntur, vt denegent compensationem, ne quod vna vi fieri prohibitum est, inquiunt, altera concedatur contra *l. scire oportet 21. §. 1. infr. De tutor. & curat. dat.* & ne alioqui leges quæ dicunt, id quod naturaliter duntaxat debitum fuit, si soluatur posse repeti, cùm tamen nulla omnino adferri lex possit quæ hoc probet, non tā rebus quàm verbis impositæ videantur, contra *l. 2. C. commun. de legat.* Sic fit vt ex quatuor effectibus naturalis obligationis, quos alibi recensuimus, duo isti tollantur, qui sunt præcipui, & quorum vnus ille est, vt impediat repetitionem soluti *l. 3. §. vlt. quod quisq. iur.* alter vt inducat compensationem *d. l. etiam.* Proinde cùm negari non possit, quin compensandum sit, quod naturaliter tantùm debetur, debuerunt potiùs interpretes absurdi illius euitandi gratia quod verentur, priorem errorem abiicere, & fateri quod nos volumus, nec posse condici naturaliter debitum, quod potest compensari. iunge *l. si fideiussor 29. §. non malè & §. vltim. infr. mandat.*

2 ¶ Mulier, si in ea opinione sit, vt credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit. sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non poterit.

Ad §. 2. Mulier.

Non displicet quod post Cuiacium quidam malunt hîc legere *mater.* Non enim quælibet mulier pietatis causa dotem pro alia muliere constituere intelligitur, sed ea tantùm quæ mater est, aut auia, quæ filiam vel neptem dotare interdum etiam cogitur, nimirum si patris aut aui bona vel nulla sint, vel non sufficiant *leg. neque mater 14. Cod. de iur. dot.* Officium enim paternum non maternum est dotare filiam *leg. vlt. C. de dot. promiss. l. capite 19. infr. de rit. nupt.* Sed tamen negari non potest quin officio pietatis fungatur mater, aut auia, quæ filiam vel neptem dotat *arg. leg. Nesennius 34. supr. de negot. gest.* & hoc demùm casu dotis causa pia dici potest, non etiam si persona extranea dotem dederit aut promiserit. In quo errant vulgo, qui tradunt indistinctè causam dotis piam esse, aut piæ causæ æquiparandam. Ergo si mater in ea opinione sit, vt credat se pro dote filiæ suæ obligatam, cùm non esset, dotémque soluerit, aut aliquid dotis nomine dederit, negat Iulianus repetere eam posse. Ratio dubitandi est, quia sola matris opinio non potest facere dotem debitam, quæ verè indebita est: plus enim est in re quàm in opinione, vt & in *§. si quis rem suam 11. Instit. de legat.* Et erronea soluentis opinio indebiti condictionem inducit potiùs, quàm excludit, vt in *l. qui se debere 7. leg. si donaturus 9. §. 1. supr. de condict. caus. dat.* Quid ni ergo condictioni locus esse poterit? Sed ratio decidendi est, quæ in textu proponitur, quòd sublata falsa opinione superfit causa pietatis, ex qua solutum repeti non potest *l. & si quis 14. §. interdum 7. supr. de religios. & sumptib. funer. d. l. Nesennius.* nisi in casu valde singulari *leg. patrem 16. C. de nupt.* Planè si mater tutrix fuerit, & dotem tanquam tutrix dederit, nullus quæstioni locus relinquitur, an suo nomine possit condicere, quod non suo nomine soluerit. Sed & in dubio credenda est, ex officij sui necessitate potiùs quàm ex causa pietatis dotem constituisse, & ex filiæ bonis paternis potiùs quàm ex suis *d. l. Nesennius l. cùm plures 11. §. cùm tutor. leg. cùm post 43. §. 1. infr. de admin. tutor.* Ergo in muliere extranea quæ dotem quasi à se debitam pro alia muliere soluisset, responsum hoc Iuliani locum non haberet, cessante scilicet eo casu pietatis causa qua sola mouetur Iulianus: quamuis contra hîc noster putet Accursius, nisi eum intelligas cum Bartolo de sorore, quæ dotem det sorori, aut de nutrice quæ det alumnæ, aut etiā de muliere omnino extranea, sed diuite quæ dotē dederit mulieri pauperi, fauore ac intuitu paupertatis ex Bart. in *l. alio infr. de alim. legat.* Alia quæstio est quāidē Accursius proponit si mulier aliqua pro alia muliere dotē promiserit, siue per fideiussionē, siue alio quouis modo, nemò enim dubitat quin rectè obligetur & efficaciter, nec Velleiani exceptione se iuuare hoc casu possit *l. si dotare 12. l. vlt. C. ad SC. Velleian.* Causa enim dotis licèt nō semper sit pia, semper tamen est fauorabilissima propter admixtam causam,

& vtilitatem reipublicæ *l. 1. inf. de iur. dot. l. 1. solut. matrim. l. interest 18. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 3. de priuileg. credit.* Hoc verò cùm accidit, nemo dubitat, quin omne id quod mulier obligata pro dote alterius mulieris soluerit, repetere possit actione mandati vel negotiorum gestorum, vt alius fideiussor quilibet *l. ex mandato 20. §. 1. & pass. infr. mandat. Iunct. d. l. cùm post §. 1. de admin. tutor.* Est igitur hic Iuliani locus intelligendus de matre vel auia quæ putabat se teneri suo nomine ad dotem pro filia vel nepte dandam, non de ea muliere quæ soluerit sciens, aut putans se pro alia muliere obligatam, vt benè concludit Accursius. Nam si pater ignorans filiam diuertisse dotem ex causa promissionis numerauerit, habet tamen condictionem indebiti, sed de dote agere debet *l. si pater ignorans 41. infr. solut. matrim.* Nempe quia non fuit indebita dos, quæ promissa erat, neque diuortium, quod pater ignorauit, facit eam indebitam, sed reddendam actione de dote, soluto quippe matrimonio.

3 ¶ Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet. & ideo si cùm existimaret se Stichum promisisse: eum dederit: condicet: alium autem quemlibet dando, liberari poterit.

Ad §. vlt. Qui hominem.

RAT. DVB. Quemadmodum hominis legatum orationis compendio singulos homines, vt Papinianus loquitur in *l. Meuius 66. duorum de legat. 2.* ita & hominis promissio generaliter facta per stipulationem. Eadem enim hac parte ratio est stipulationis quæ legati, vt ibidem scriptum est, quamuis pugnare videatur quod Marcellus scribit in *l. qui decem 72. §. Stichum aut Pamphilum infr. de solut.* De cuius tamen sententia & emendatione videnda sunt quæ scripsimus *lib. 2. Coniect. cap. 15.* Atquin is qui hominem certum puta Stichum aut decem debet, si putans se Stichum præcisè debere Stichum soluerit, non potest eum repetere, quia verum est eum soluisse id quod verè debuit *l. si is cui 19. eod. tit.* Ergo & si is qui hominem generaliter promisit, si putans se Stichum debere Stichum soluerit, non magis repetere illum poterit, quia debitum dedit, longeque alia causa est eius, qui putans se Stichum aut Pamphilum debere, cùm Stichum solum deberet, soluit Pamphilum. Hic enim repetet, quia soluendo Pamphilum nec soluit, quod debuit, nec aliud quicquam pro eo quod debuit *l. si pœna 19. §. si putem supr. hoc tit.* vbi diximus. DEC. Qui hominem generaliter promisit, similis est ei qui hominem æquè in genere & incertum, aut decem promisit. Generis enim debitor perinde habet electionem, quem ex hominibus certis velit soluere, acsi omnes eos sub alternatione promisisset *l. 2. §. 1. de verb. oblig.* quamuis sit debitor generis purè. Atqui in obligatione alternatiua generis certi aut quãtitatis, si quis vnam rem ex pluribus eiusdem generis soluerit, potest repetere, si eam soluerit quasi solam debitam, quia nec verè fuerat debita in specie. Dixi, si in obligatione alternatiua sit genus, vt in exemplo quod hîc adfert Iulianus, si quis hominem aut decem promiserit, nã si in alternatiua obligatione sint duę species, puta si quis Stichum aut Pamphilum promiserit, licèt solum Stichum debere se crediderit, si tamen eum soluerit, non repetit *d. l. si is cui* quia verum est debitum eum fuisse, cùm in obligatione alternatiua vtraque species ponatur ad obligationem *l. si duo 128. infr. de verb. oblig. d. l. qui decem 72. §. Stichum aut Pamphilum de solut.* Quod in obligatione generis diuersum est, nullius enim certæ speciei debitor est, qui generis debitor est, vt benè ac subtiliter Bartolus post Accursium argumentatur. Ideoque obseruandum est, quod Bartolus non vidit, non ita scribere Iulianum, vt dicat eum qui hominem generaliter promisit similem ei esse qui Stichum aut Pamphilum debet, sed ei qui hominem in genere aut decem. Hic namque non magis Stichi debitor est, quàm si hominem duntaxat generaliter promisisset. Quid enim potest adiectio illa facere *aut decem* vt Stichus debeatur? Bona igitur Iuliani illatio est, quæ subiicitur in illis verbis, *Et ideò si cùm existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, condicet.* Nam etsi hominem in genere aut decem promisisset, idem contingeret, neque necesse est, vt cum Accursio & Bartolo existimes dictionem *ideò* non suo loco positam esse, ac sublata ea legendum *&, si cùm existimaret se Stichum promisisse, eum dederit*, mox reponendam dictionem *ideò* ante verbum *condicet* quod est ridiculum. Planè non esset bona illatio, si Iulianus in præcedentibus scripsisset quomodo nostri tradunt nimis generaliter obligationem generis esse similem cuilibet obligationi alternatiuæ, quod certè falsum esset, non modò quantum ad condictionem indebiti, sed etiam quantum ad ius ipsum obligationis. Debitor siquidem generis nullius certæ speciei debitor est, & idcirco cùm erret si se putet certæ speciei debitorem, mirum non est dari ei condictionem certæ illius speciei quam per errorem soluerit, quamuis si nihil per errorem fecerit, nihil possit repetere, quia perinde liberatur soluendo Stichum acsi cùm ipsum solum debuisset præcisè, vt subiicitur in hoc § *& in l. cùm incertus 13. de legat. 1.* Solutio autem quæ liberationem parit, eadem parere condictionem non potest, vt toties diximus ex *§. 1. huius legis & l. si non sortem 26. §. si decem supr. hoc tit.* Non igitur comparanda est obligatio generis obligationi alternatiuæ simpliciter, sed is qui hominem promisit ei qui hominem in genere aut decem promisit. Quid ergo si quis hominem in genere aut Stichum promiserit? Inepta erit stipulatio, cùm promissio Stichi in generali hominis promissione continеatur, nec proinde possit electio cadere inter genus & speciem, quia nec genus nisi in certa aliqua sui specie solui potest: ob idque benè posuit exemplum Iulianus in eo qui hominem in genere aut decem promisit, vt & Iustinianus in *§. si quis agens 33. vers. hunc autem Instit. de action.* vbi certè delenda est in verbis stipulationis dictio *Stichum*, vt sequentia probant, in quibus de homine generaliter solùm agitur non de Sticho. Sed & illa inter obligationem generis & alternatiuam certarum specierum differentia est, quòd qui Stichum aut Pamphilum promisit, alterutrum qualiscumque sit dando liberatur. Qui verò hominem in genere debet, si ex causa legati non liberatur dando vilissimum & pessimum, quia nec ea testatoris voluntas fuisse intelligitur *l. si heres generaliter 110. de legat. 1.* Si verò ex causa stipulationis,

stipulationis, dando quemlibet, vt hîc scriptum est, ac proinde etiam vilissimum liberatur *arg. l. fideiussorem 52. infr. mandat.* quamuis Accursius noster tam ad hunc quàm ad illum locum contrà sentire post Azonem videatur, dandum scilicet aliquem ex mediocribus non vilissimum aut pessimum.

33. IDEM libro 39. Digestorum.

SI in area tua ædificassem, & tu ædes possideres: condictio locum non habebit: quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam soluerit, hoc ipso aliquid negotij gessit. cùm autem ædificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed & si is, qui in aliena area ædificasset[a], ipse possessionem tradidisset: condictionem non habebit: quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere inciperet. Et ideo constat. si quis cùm existimaret se heredem esse[b] insulam hereditariam fulsisset: nullo alio modo, quàm per retentionem, impensas seruare posse.

Ad l. Si in area 33.

RAT. DVB. Si ego in area tua ædificauerim cùm tu ædes possideres, locupletaberis proculdubio ex mea iactura contra naturalem æquitatem, cùm quicquid ædificatum est in area, cedat solo tanquam superficies, ac proinde in eius vtilitatem cuius solum est *l. qui res 98. §. aream infr. de solut. l. 2. infr. de superfic.* Atqui ratio quæ indebiti condictionem induxit, non alia est quàm ne quis ex aliena iactura locupletetur *l. nam hoc natura 14. supr. hoc tit.* Ergo & in hac specie permittendum mihi est, vt condicam aut domum ipsam in *l. qui exceptionem 40. §. si pars infr.* aut saltem impensas à me factas. DEC. Condictio indebiti nascitur ex quasi contractu, ac proinde ex aliquo negotio gesto, & quasi ex mutuo *l. 5. §. is quoque qui non debitum infr. de oblig. & act. & § penult. Instit. de oblig. quæ ex quasi contr.* licèt extra id quod agitur, vt benè Accursius noster addit ex *l. is qui 13. in fin. infr. Commod.* Qui enim soluendi animo dat indebitum, distrahendi potius quàm contrahendi negotij animum gerit: atqui nullum negotium gestum videri potest inter te & me, cùm in area tua ædificaui fortassis te absente, vt credibile est, & ignorante. Nec enim contrahi potest, nisi inter plures & quidem scientes ac consentientes *l. in omnibus rebus 55. & l. 57. de oblig. & action.* Ergo non potest hoc casu condictio indebiti locum habere. Multumque diuersa ratio est eius qui pecuniam indebitam soluit: alteri enim soluit, ac proinde hoc ipso negotium aliquod geritur inter dantem & accipientem: at cùm ædifico in area tua, non persona tua interuenit, sed tantùm res tua in quam impendo: ea verò negotij vllius gerendi incapax est. Et consequenter siue tempus illud inspicias, quo ego in aream tuam impendo, nullum gero tecum negotium. Siue tempus illud quo tu ædificium à me in area tua positum occupas, nullum negotium inter nos contrahitur, sed tu iure tuo vteris, & rem quæ iam tua est, tibi habere incipis.

a *Sed etsi is qui in aliena area ædificasset.* RAT. DVB. Cùm is qui in aliena area ædificauit, possessionem ædificij ipse tradidit, negari non potest quin negotium aliquod geratur inter ipsum & eum qui accipit, non enim tradi quicquam potest nisi sit qui accipiat. Ergo hoc saltem casu fatendum est, condictioni locum esse posse, non minus quàm si quis nummos indebitos alij soluat, nec sanè dubitari potest quin casus hic maiorem dubitationem habeat quàm superior. DEC. Negotium quidem aliquod geritur inter eum qui ædificium tradit, & eum qui accipit, sed non tale negotium per quod fiat aliquid accipientis. Quod enim ædificatum est in area aliena, iam inde à quo tempore ædificatum est cœpit pertinere ad areæ dominum, quamuis ignorantem, adeóque inuitum, quandoquidem nemo facere potest, aut prohibere, quin & naturali & ciuili ratione superficies solo cedat *d. l. 2. de superfic. l. 3. §. sed si supra ædes infr. vti possid. d. l. qui res 98. §. aream de solut.* nec superueniens traditio quicquam adiicere potest dominio iam anteà quæsito, quia quod iam meum est, magis meum fieri non potest *§. sic itaque Instit. de action. l. in bello 12. §. si quis seruum infrà de captiu. & postlim. reuers.* Ergo condictionem habere non potest is, qui ædificauit & tradidit, cùm nihil accipientis fecerit, & hoc casu æquè ac superiore suam rem dominus habere incipiat quam ante traditionem non habebat. Cur ergo, inquies, non habet saltem possessionis, quam transtulit, condictionem? vt in *l. indebiti 15. § sed si nummi supr. hoc tit.* Nam & possessionis quoddam est veluti dominium, vt ibi diximus. Respondendum est cum Bart. in *d. §. sed si nummi*, factam fuisse accipientis possessionem, quæ nec ipsius anteà erat, nec ipsi debita. In proposita verò specie diuersum esse, quia quod diximus, superficiem solo cedere, non tantùm ad proprietatis, sed etiam ad possessionis causam pertinet, vt quisquis solum possidet, etiam superficiem hoc ipso possidere intelligatur *d. l. 3. § sed si supra ædes infr. Vti possid.* potestque dominus areæ vindicando suum dominium, etiamsi ædes non possideat, attamen ædificij ab alio extructi possessionem auferre, non quidem tanquam suam, sed tamen quasi aliquomodo sibi debitam, cùm quisquis alienam rem iniustè detinet eam petenti, quandoque & vindicanti domino restituere sit obligatus *l. & ex diuerso 35. §. 1. l. qui restituere 68. & l. vltim. & pass. supr. de rei vindic.* Proinde vt condictio indebiti locum habere possit, duo concurrere oportet. Vt & negotium aliquod gestum sit vno dante, & alio accipiente, & vt aliquid factum sit accipientis. Itaque malè nostri obiiciunt quod scriptum est in *l. qui exceptionem 40. §. si pars infr.* posse condici totam domum, vt impensa repetatur. Ibi enim dominium domus per fideicommissum relictæ translatum fuerat in accipien-

tem ab herede, quod nostri non intellexerunt, vt ad eum locum dicemus.

b *Et ideò constat si quis cùm existimaret se heredem esse.* RAT. DVB. In petitione hereditatis etiamsi prædo ille sit, qui impensas fecit, quamuis imputari ei possit cur sciens in alienam rem impenderit, benignius tamen est, vt in eius quoque persona impensarum rationem haberi oporteat, ne petitor ex aliena iactura lucrum faciat, & idipsum officio iudicis continetur, vt disertè scriptum est in *l. planè 38. supr. de hered. petit.* Ergo multo magis in bonę fidei possessore hereditatis, de quo solo hæc lex loquitur, id est, qui existimans se heredem insulam hereditariam fulserit, idem probandum est, vt non modò per retentionem impensas seruare possit, sed etiam per actionem ei ex æquitate dandam quæ nec prætori denegatur *l. si pupilli 6. §. sed si quis supr. de negot. gest.* hactenus saltem vt ei permittatur sine læsione prioris status rei eos sumptus quos fecerit auferre *l. domum 5. C. de rei vindic.* Atque ita Martinus & Azo iam olim crediderunt legem hanc non nisi de stricto iure loqui ex æquitate, tamen contra dicendum esse quem errorem etiam ex recentioribus modernus Parisiensis, & alij nonnulli parum peritè & contra hanc legem secuti sunt. DEC. Qui in aliena area ædificauit, quam suam esse existimabat [hoc enim est bonæ fidei possessorem esse] non eo animo ædificat, vt alium sibi obliget, cùm rem suam se gerere arbitretur, ideóque nec actionem vllam sibi acquirit, sed tantùm retentionem *l. in hoc iudicium 14. §. 1 supr. Commun. diuid l si quis cùm 29. eod. tit.* Opposita scilicet doli mali exceptione *l. Paulus respondit 14. infr. de doli mali except.* Proinde si retentionem quam solam habet omittat, nulla ratione alia consulere sibi potest *l. heres 21. infr. ad S.C. Trebell.* Ergo nec condictionem habere potest ob allatas proximè rationes, quandoquidem neque ædificando negotium aliquod gessit cum domino areæ, neque tradendo possessionem ædificij quicquam fecit accipientis. Etsi autem ratio hæc in malæ fidei possessore locum non habet, qui in eam rem impendit, quam scit non esse suam, alia tamen ratio facit, vt nec retentionem habere possit, quam bonæ fidei possessori concedimus, scilicet quia sumptus quos in rem alienam sciens fecit donasse intelligitur *l. adeò 7. §. ex diuerso 12. infr. de acquir. rer. domin. l. si seruus 26. §. si oliuam 25. supr. ad leg. Aquil. l. qui alienum 14. infr. de donat.* Prædonis alia ratio est de quo in *d. l. si pupilli §. sed & si quis.* non enim donandi animum habere videri potest qui è contrario habet deprædandi. Sed tamen nec ille melioris condicionis esse debet, quàm bonæ fidei possessor, vt actionem aliquam habere debeat ad sumptus repetendos, quam nec bonæ fidei possessori accommodamus, vt constat ex hac lege & *d. l. in hoc iudicium §. 1* Sed melioris tamen quàm malæ fidei possessor hactenus saltē vt habeat retentionem *d. l. planè*, idque ex æquitate & benignitate, sed cui causam det non tam prædonis fauor, qui certè nullus esse potest, quàm odium petitoris qui ex aliena iactura locupletari velit, de quo tamen vide quæ scripsi latius ad *dict. l. planè & ad l. in fundo 38. supr. de rei vindicat. & libr. 2. Coniect. cap. 1. & in Chiliade de error. pragmatic. decad.*

34. IDEM libro 40. Digestorum.

IS, cui hereditas tota per fideicommissum relicta est, & præterea fundus, si decem dedisset heredi, & heres suspectam hereditatem dixerit, & eam ex Trebelliano restituerit: causam dandæ pecuniæ non habet. & ideo quod eo nomine, quasi implendæ condicionis gratia dederit, condictione repetet.

Ad l. Is cui hereditas 34.

RAT. DVB. Quod condicionis implendæ causa datur, licèt magis ex voluntate eius qui dat, quàm ex mente & iudicio testantis aut iure testamenti dari intelligatur *l. si quis sub condicione 8. infr. si quis omiss. caus. testam. l. Mauius 55 de condic. & demonstr. l. inter mortis 38. de mort. caus. donat.* attamen non sine causa datur, cùm implendæ condicionis causa detur. Prius enim est, vt condicio impleatur, quàm vt quis habere possit, & consequi quod sub ea condicione sibi relictum est *l facta 63. § si sub condicione ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ergo semel datum condici posteà non potest, nempe si causa secuta, & condicio impleta sit Atqui in proposita specie, cùm is cui tota hereditas per fideicommissum relicta est, & præterea fundus si decem heredi dederit, condicionem impleuit & decem dedit, obligauit sibi heredem, vt fundum quoque daret. Ergo condicere quasi indebita decem quæ dedit, non potest, præsertim si non modò hereditatem, sed fundum etiam habeat cum hereditate: denique ad impediendam condictionem sufficit heredem habere, hæc decem ex fideicommissarij, qui dedit, voluntate. Quid enim cogebat eum decem dare, si non vltro dare, & fundum habere maluisset? Nec quod heres suspectam hereditatem dixerit, eámque ex Pegasiano inuitus adire & restituere coactus fuerit, ad rem facere videtur, cùm ea res causam restituendæ hereditatis afficere duntaxat videatur, vt perinde ex Trebelliano tota restituatur hereditas, ac si sponte adita & restituta fuisset, non etiam causam præstationis fundi, qui cum hereditate nihil commune habet, nec enim aut hereditas aut hereditatis pars vlla in fundo aliáve re qualibet singulari consistere intelligitur *l. quamuis 14. infr. si quis omiss. caus. testam.* cúmque voluntas etiam coacta sit voluntas, quid obsecro potest interesse vtrum coactus heres, an sponte hereditatem adierit *arg. l. si mulier 21. §. vlt. supr. Quod met. caus. l si patre cogente 22. infr. de rit. nupt.* Sed neque coactio aliud auferre heredi potest, quàm quod ex iudicio defuncti habuit, & iure testamenti: in quo numero non sunt ea quæ condicionis tantùm implendæ gratia, ac proinde mortis causa potiùs capiuntur *d. l. Mauius* & aliis supradictis. DEC. Quisquis hereditatem suspectam dicit, eámque ex Pegasiano coactus adit & restituit, in ea causa se constituit, vt neque commodum neque incommodum vllum ex ea hereditate, aut ob eam hereditatis aditionem retinere debeat, & ex eius testatoris voluntate, cuius supremas preces destituit quantum

quantū potuit *l. 4. l. ita tamē 27. §. qui suspectā & l. si patroni 41. §. qui fideicommissam & pass. infr. ad SC. Trebell.* Atqui tractamus de eo herede qui rogatus fuerit totam hereditatem restituere excepto fundo Corneliano, ac præterea ipsum quoque fundum sub ea condicione, si fideicommissarius ei decem daret. Ergo cùm ponamus coactum illum ex Pegasiano & adire hereditatem & restituere, non potuit fundum illum, licèt extra causam hereditatis const tutum sibi retinere, nec fideicommissario restitutionem eius denegare, tametsi decem illa condicionis implendæ causa fideicommissario non accepisset: adeò Senatus apud eum nihil ex ea hereditate quam dereliquit, voluit relinquere *dict. l. si patroni §. quid ergo vers. adeò Senatus eod. tit.* Consequens igitur est, vt neque fideicommissarius causam vllam habuerit dandi ea decem neque heres retinendi, cùm nullo condicionis implemento in eam rem opus fuerit, vt is fundus fideicommissario acquireretur. Proinde quod condicionis implendæ causa heredi datum est à fideicommissario per indebiti condictionem repetetur, vt hîc Iulianus conclud t. Indebiti, inquam, non ob causam dati causa non secuta, vt quidam putant, quia coactio facit indebitum quod antea fuit debitum, nec dici potest causam secutam non esse, cùm heres fundum tradiderit, de quo nec dubitatur quin penes fideicommissarium manere debeat, sed tantùm an fideicommissario permittendum sit, vt pecuniam quam ei condicionis implendæ causa dederat, auferat. Neque obstat, quod ea quæ condicionis implendæ causa dantur, non dantur tanquam debita, sed potius ex dantis voluntate, vt suprà diximus ex *l. si quis sub condicione 8. infr. si quis emiss. caus. testam.* Debentur enim si non præcisè saltem causatiuè, vt Bartolus loquitur, si quis lucrum aliquod consequi velit, aut damnum euitare, quod aliter non potest, quàm si impleat condicionem *arg. l. si non sortem 26. § si quis falsò & § si quis quasi supr. hoc tit.* Nec probo distinctionem Bartoli, an condicionis implendæ causa detur aliquid ob causam de futuro, an ob causam de præterito: & an vt is qui dat, consequatur aliquid facto hominis, an verò ipso iure absque facto hominis re ipsa executionem suam trahente, quasi hoc posteriore casu videatur solutio fieri ob causam de præterito, velut, inquit, si condicionis implendæ causa detur aliquid ad libertatem, quæ relicta purè fuerat, consequendam, aut ad consequendum legatum purè relictum quando legata est res testatoris, cuius dominium ipso iure & recta via transire possit in legatarium: vt si ob causam de præterito datum sit condicionis implendæ gratia, condictio indebiti locum habeat, si verò ob causam de futuro condictio detur ob causam dati causa non secuta *ex l. 1. § si parendi supr. de condict. caus. dat.* Quomodo enim fieri potest, vt quod implendæ condicionis causa datur, non detur ob causam de futuro? Quantumuis enim res quæ post impletam condicionem debebitur, trahat secum suam executionem, hoc ipsum tamen nunquam nisi ex postfacto fieri potest, cùm ipsam condicionem prius impleri semper necesse sit, antequam ius ipsum exercere vires suas possit, vt videre est in exemplo illo, quod adfert Bartolus de libertate purè data, nec enim potest libertas illa competere, nisi condicione demum impleta, non magis quàm si factum hominis aliquod in eam rem requireretur, ob rationem generalem positam in *d. l. facta 63. § si sub condicione infr. ad SC. Trebell.* In alio verò exemplo, quod adfert Bartolus de eo, quod implendæ condicionis causa datum est, ad consequendum legatum, quando legata est res testatoris apertè falsum est, quòd ille putat solutionem illam trahere secum suam executionem ipso iure, quasi hoc casu nihil impediat, quominus dominium rei legatæ transferatur ipso iure, & recta via in legatarium. Etenimque qui hereditatem vel legatum ita accepit, si decem dederit, neque hereditas, neque legatum aliter acquiri potest, quàm si post impletam condicionem id egerit scriptus heres vel legatarius per quod hereditas aut legatum acquiritur, id est, quàm si hereditatem vel legatum agnouerit *l. ei qui 13. infr. de condic. & demonst.* nempe quia condicionis implementum delationem duntaxat hereditatis vel legati inducit, vt postea acquiri possit *l. delata 151. de verb. signif.* non etiam acquisitionem. Neque simile est quod affert Bartolus de eo, qui soluit indebitum, qui licèt ideò soluat, vt ipsa solutione liberetur, non ideò tamen inquit, soluere dicitur ob causam de futuro, sed ob causam de præterito, quoniam liberatio statim & ipso iure consequitur solutionem. Nam & illud falsum est causam proximam solutionis indebiti faciendæ esse liberationem. Etsi enim soluitur indebitum sicut & debitum ea mente, vt liberatio sequatur, causa tamen proxima soluendi non alia est, quàm quia debetur, aut deberi existimatur id quod soluitur, liberatio autem speratur tanquam certissimus & indubitatus effectus solutionis. Imò verò cùm soluitur indebitum, nulla potest sequi liberatio, quia nec obligatio vlla præcessit, & tamen non defuit causa soluendi, opinio scilicet debiti, quæ ex postfacto falsa reperitur, ideóque nimirum si aliud nihil impediat indebiti condictionem inducit *l. cùm is 32. § mulier supr.* Denique liberatio causa finalis est solutionis, sed non efficiens aut impulsiua, qualem esse oportet eam quæ condictionem inducit siue præteritum tempus respiciat siue futurum. Nam quæ distinctio ponitur in *l. damus 52. infr. hoc tit.* alio pertinet, vt ibi dicemus & ad *l. in summa 65. eod. tit.* Debuit igitur Bartolus dicere distinguendum esse, an id propter quod implendæ condicionis causa datum aliquid fuit, desierit deberi facto eius qui dedit, vt in specie *dict. l. 1. § si parendi supr. de condict. caus. dat.* an facto eius qui accepit, vt in hac lege. Priore casu non potest locus esse condictioni indebiti, quia non debet esse in potestate eius qui dedit, vt faciat indebitum, quod si vellet ipse, maneret debitum. Quemadmodum si quis implendæ condicionis causa decem dederit, vt hereditatem sibi ea condicione delatam adire vel legatum consequi posset, mox postquàm dedit, hereditatem ipse vel legatum repudiauerit, impleta siquidem condicione in ipsius arbitrio & potestate erat, vt hereditatem agnosceret aut legatum, proinde si repudiare maluerit, condicere quidem poterit, sed condictione ob causam dati causa non secuta, quia fuerat data pecunia, vt hereditas vel legatum acquireretur, cuius tamen acquisitio secuta nulla est, non etiam condictione indebiti, cùm ex sola voluntate illius, qui pecuniam dedit, acciderit, ne pecunia omnino debita etiam hodie sit. Præsertim cùm nec inutiliter data sit pecunia, cuius datione effectum est, vt delata fuerit hereditas aut legatum, cuius repudiatio alioqui nec sequi potuisset, cùm prius delatum quid esse oporteat quàm repudiari possit *l. si ita sit scriptum 45. § si sub condicione infr. de legat. 2. l. 1. §*

decretalis de success. edict. Prius autem condicio impleri debeat, quàm ex condicionali dispositione aliquid deferatur *d. §. si sub condicione & l. cedere diem a 13. de verb. signific.* At posteriore casu cùm facto eius qui pecuniam accepit, indebita fit pecunia quæ reuera fuit debita, nihil causæ est, cur alia quæratur condictio, quàm indebiti ad repetendum id quod verè fuit indebitum. Eiúsque rei exemplum elegans est in specie huius legis, in qua is cui tota hereditas restituta fuit, & præterea legatus fundus si decem heredi dedisset, datis decem & accepto fundo nihilominus decem condicere potest, tanquam facta indebita ex voluntate & facto heredis, qui post accepta decem suspectam hereditatem dixit, nec nisi coactus eam restituit, atque ita indignum se fecit, qui ob eam hereditatis aditionem quicquam retineret, id est, ne quidem pecuniam condicionis implendæ gratia datam, quia nec fundum fideicommissario legatum retinere posset, quamuis extra fideicommissi causam constitutum, cùm non eo minus verum sit, esse illum hereditarium, nec alio iure ad heredem peruenisse, quàm quòd is hereditatem adierit: quandoquidem aditio illa coacta in omnibus iis quæ ad commodum aut incommodum heredis spectant, pro non aditione habeatur, vt diximus ex *d. l. ita tamen 27. §. qui suspectam ad SC. Trebell.* Ideoque nimirum hoc casu restituitur hereditas ex Trebelliano, vt Iulianus hîc loquitur, quia restituitur tota & sicuti testator voluit *§. sed quia Instit. de fideic. heredit.* Nam cùm restituitur retenta quarta, restituitur ex Pegasiano. quod Accursius noster non intellexit ponens rogatum esse heredem de restituendo hereditate post tantum tempus, vt medio tempore tot fructus percipere potuerit, quot possint sufficere ad quartam, de quo tamen ne cogitauit Iulianus. Itaque miror tantopere Accursiũ & nostros laborare an fundus in hac specie fideicommissario legatus hereditarius fuerit, an heredis, sed illud magis quod ponunt fuisse proprium heredis, nec obstent, inquiunt, verba illa huius legis *tota hereditas.* Vnde nec pudet quosdam apud Accursium delere dictionem *tota.* Quasi non possit tota hereditas restitui præcepto tamen & retento aliquo fundo hereditario, contra quàm scriptum sit in *§. si quis vna Instit. de fideic. hered.* Sed nec desunt, qui ponant fundum hunc ad fideicommissarium non peruenisse, existimantes fieri non posse, vt si peruenerit permittendum sit fideicommissario repetere pecuniam quam implendæ condicionis causa dedit, nec animaduertentes heredem qui cogente fideicommissario inuitus adiit non posse fundum retinere, quo retento vel præcepto iussus erat hereditatem totam restituere, nec proinde pecuniam condicionis implendæ causa datam à fideicommissario, vt is quoque fundus restitueretur, quia nullum, vt diximus, commodum ex aditione coacta sentire debet. Commodum autem est, non minus si quod implendæ condicionis gratia datum est, permittatur ei retinere, quàm si fundum ipsum hereditarium, licèt fundus ipse tanquam ex legato capiatur, pecunia autem non nisi mortis causa *d. §. si quis vna & d. l. inter mortis 18. de mort. caus. donat.* Difficilior obiectio est quæ fit ex *l. qui heredi 44. §. cùm hereditas vers. sed cùm suspectam infr. de cond. & demonstr.* vbi disertè Paulus scribit si suspectam hereditatem heres dixerit, & adierit, & restituerit, dubitari quidem an ei auferendum sit ex causa fideicommissi etiam id quod implendæ causa heredi datum est, sed benignius esse in hoc casu nihil ei auferri. Quę verba plerosque mouerunt, vt dicerent Iuliani sententiam, quæ in hac lege extat, referendam esse ad iuris rigorem, Pauli verò ad æquitatem & benignitatê. Quod sanè esset probabile si aliud melius dici nihil posset. Malo tamen aliam sequi interpretationem Accursij & Bartoli, distinguentium, an implendæ condicionis causa datum sit aliquid heredi à fideicommissario, an ab alio extraneo, vt si à fideicommissario danda sit ipsi contra heredem condictio, vt qui periculo suo adiri iussit hereditatem, omne commodum, quod propter aditionem heres habuit consequatur, si autem ab extraneo, neque is qui dedit, neque fideicommissarius possit condicere, non is qui dedit, quia fundum pro pecunia habet, quem non haberet si pecuniam condicionis implendæ causa non dedisset. Non item fideicommissarius, quia licèt heredem adire coegerit, adita tamen semel hereditate etiam iussu prætoris tota defuncti voluntas rata constituitur *d. l. si patroni 41 §. qui fideicommissam infr. ad SC. Trebell.* nec minus ad legatariorum, quàm ad ipsius fideicommissarij vtilitatem. Itaque non est cur fideicommissarius heredi auferre velit pecuniam, quam ab extraneo accepit, vt daret ei fundum, sicuti nec fundum ipsi extraneo auferre potest, nec conqueri cur heredi pecuniam extraneus dederit, quam alij condicionis implendæ causa dare non potuit *d. § cùm hereditas.* Quamuis indignus sit heres qui coactus adiit, cui permitti debeat hanc pecuniam retinere, si summo iure cum eo agatur, quandoquidem nec eam hodie haberet, si non adiisset, nisi cùm in ipsius arbitrio & potestate testator posuit, vt non adiret, quemadmodum in *l. debitor 59. ad finem principij ad SC. Trebell.* Sed æquius tamen est & benignius nihil hoc casu auferendum heredi, nec debere fideicommissarium ei inuidere, quod neque ex hereditate, neque ex iudicio testatoris, neque ex pecunia, vllóve alio fideicommissarij incommodo heres habeat.

35. IDEM libro quadragensimoquinto Digestorum.

QVi ob rem non defensam soluit, quamuis postea defendere paratus est, non repetet, quod soluerit.

Ad l. Qui ob rem 35.

RAT. DVB. Ob rem non defensam non committitur stipulatio iudicatum solui, quandiu potest existere qui defendat *l. 3. § penult. iunct. l. indicatum 6. inf. iudic. solui.* Atqui etiam posteaquàm lis contestata est ex clausula ob rem non defensam adhuc defendi quis potest, & purgari mora quæ in defendendo admissa est *dict. l. 3. §. vltim. l. etsi post tres 8. suprà si quis caution.* Ergo quod ex ea causa quasi ex commissa iam stipulatione solutum est, condici potest, exemplo eius quod solutum fuit ab eo qui tutus erat exceptione perpetua *leg. qui exceptionem 40. infrà.*

40. *infrà.* Nam nec dubitandum est quin exceptionem habeat quisquis ex stipulatione iudicatum solui ob rem non defensam conuenitur post moram, si modò purget moram, & paratus sit se defendere *d. l. etsi post tres.* DEC. Purgari quidem potest mora, sed re integra *d. l. etsi post tres l. si ita quis* 135. §. *Seia in fin. insr. de verb. oblig.* Atqui res non est integra, cùm aut solutio iam facta aut condemnatio secuta est *l. iam autem* 5. *infr. Iudic. solui.* Sera igitur moræ purgatio est, post factam solutionem ad inducendam condictionem. Neque verum est exceptionem aliquam ei competere, qui moram contraxit, nisi ex quo purgare moram paratus est *d. l. etsi.* Proinde si antè soluerit, fatendum est factam esse solutionem eo tempore quo exceptionem nullam adhuc habebat is qui soluit, & consequenter nullum condictioni locum esse: aliud enim est, vt benè notat Bartolus, exceptionem aliquam habere, aliud verò aliquam habere posse: nam qui potest habere, adhuc tamen non habet, sicut & longè diuersum est, purgari moram posse, aliud verò purgatam iam esse, quæ enim purgari adhuc potest, certè iam purgata non est. Et placet valde, quod hîc addit Bartolus, moram quę transtulit periculum in debitorem, aut creditorem, non eo minus hunc ipsum effectum habere, quod purgari adhuc possit, quia remanet mora, quandiu purgata non est ex *l. sancimus* 26. *in fin. C. de fideiuss. l. qui decem* 72. *in princip.* & §. 1. *de solut.* Quando autem & quandiu purgari possit, alia quæstio est, quæ tractari solet ad *l. insulam* 84. *de verb. oblig.* Planè post factam executionem siue ab homine, vt in specie huius legis, siue etiam à lege dummodo ipso iure, vt addit hîc Bartolus, nec vllo facto hominis expectato, vix est vt purgationi moræ locus aliquis relinquatur. Tunc enim iam res est in termino, vt loquuntur philosophi, nec variationem vllam recipere amplius potest, *l. si is cui* 19. *de legat.* 2.

36. PAVLVS libro quinto Epitomarum Alfeni Digestorum.

SEruus cuiusdam, insciente domino, magidem commodauit. is, cui commodauerat, pignori eam posuit, & fugit. qui accepit, non aliter se redditurum aiebat, quàm si pecuniam accepisset. accepit à seruulo: & reddidit magidem. Quæsitum est, an pecunia ab eo repeti possit. Respondit, si is, qui pignori accepisset magidem, alienam scisset apud se pignori deponi, furti eum se obligasse. Ideóque si pecuniam à seruulo accepisset redimendi furti causa, posse repeti. sed si nescisset alienum apud se deponi, non esse furem. Item si pecunia eius nomine, à quo pignus acceperat, à seruo exsoluta esset: non posse ab eo repeti.

Ad l. Seruus cuiusdam 36.

1 RAT. DVB. Pignus alienæ rei non valet *l.* 1. & *tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit l.* & *quæ nondum* 15. §. *quod dicitur infr. de pignor.* quamuis alienæ rei venditio valeat *l. rem alienam* 28. *de contr. empt.* nempe quia per venditionem nihil aliud agitur, nisi vt venditor ad rem tradendam obligetur, vel de euictione teneatur, per dationem verò pignoris, vt res ipsa quæ datur pignori afficiatur: quod certè alio quàm domino ipso eam obligante fieri nullomodo potest. Est enim pignoris obligatio vinculum reale non personale *l. pignoris* 17. *infr. de pignor. l. pignoris* 15. *C. eod.* Ergo si is qui rem alienam siue sciens, siue ignorans pignori accepit, pecuniam acceperit ab alio, quàm ab eo ipso qui pignus dedit, aut cuius voluntate ea pignoris datio facta est, dicendum est indebitam esse pecuniam, quæcunque eo nomine data est, ideoque per indebiti condictionem repeti posse, nec adhibendam distinctionem esse, quam hîc Paulus adhibet, an alienam rem apud se pignori deponi sciuerit is, qui pecuniam credidit, an ignorauerit. Non enim ignorantia accipientis facere potest, vt eo magis valeat pignus rei alienæ. DEC. Multum refert an is qui rem alienam pignori accepit, alienam eam sciuerit, an ignorauerit. Si sciuit, furti se obligauit hoc ipso quòd rem alienam inuito, id est, inscio, & ignorante domino contrectauit *l. ancilla* 12. *Cod. de furt.* Et consequenter si postea pecuniam ab eo qui rem pignori dederat, furti redimendi gratia acceperit [aliud enim est si pecunia soluta sit eius nomine, qui pignus dederat, vt scriptum est in fine huius legis, cùm is verè pecuniam debuerit, nempę si bona fide consumpta sit, nam extantem vindicare dominus possèt, si neque ex eius voluntate soluta esset, neque is ratum habuisset, vt benè hîc notat Accursius] dubitandum non est, quin non modò indebitam pecuniam, sed etiam sine causa acceperit, quamuis non turpiter, vt malè putat Accursius, nihil enim turpiter facit, qui pecuniam quam furi mutuam dedit, recipit, licèt ipse furto se obstrinxerit non mutuam dando pecuniam, sed alienam rem scienter pignori accipiendo longè diuersa causa est eius pecuniæ, quàm quis à fugitiuo meo accepit, ne eum indicaret. Hic enim non solùm fur est, sed etiam quasi fur, & furtiuę pecuniæ patitur condictionem *l.* 4. §. *vlt. supr. Tit. proxi.* Si verò is qui alienam rem pignori accepit, alienam ignorauit sicuti furtum non admittit, ita neque prohibendus est eius pecuniæ quam mutuam dedit solutionem bona fide recipere, quia & bona fide pignus acceperat, nec furti redimendi, sed pignoris tantùm luendi causa pecunia hoc casu data videri potest, quamuis non potuerit inuito domino pignus retinere quousque reddita esset pecunia, si non vltrò reddita fuisset *l.* 2. *C. de furt.* Sic enim accipiendum est in *versic. Quòd si nescisset alienum apud se deponi non esse furem.* Condictio igitur hoc casu locum non habebit. De magide cuius hîc mentio fit quid sit, vide apud Gothofredum.

37. IVLIANVS libro 3. ad Vrseium Ferocem.

SEruum meum insciens à te emi, pecuniámque tibi solui. eam me à te repetiturum, & eo nomine condictionem mihi esse omnimodo puto: siue scisses meum esse, siue ignorasses.

Ad l. Seruum meum 37.

RAT. DVB. Etiam alienæ rei venditio valet hactenus, vt obligetur venditor ad rem tradendam & de euictione, vt diximus ad *leg. praced. ex l. rem alienam 28. inf. de contr. empt.* Ergo & obligari emptorem oportet ad precium vicissim præstandum *l. ex empto 11. de act. empt.* & consequẽter si solutum sit precium, repeti non potest condictione indebiti. Quis enim possit indebitè solutum dicere id ad cuius solutionem vrgeri & cogi potuisset? *arg. l. quod autem 6. § apud Labeonem inf. Quæ in fraud. cred.* DEC. Aliud est, vẽditorem alienam rem vendere, aliud verò emptorem suam rem emere. Etsi enim tum quoque cùm res quæ venditur, emptoris est, aliena res venditur, non ideò tamen valere vẽditio potest, quia nec emptio valet, cùm suæ rei emptio subsistere non possit *l. neque pignus 45. de reg. iur.* non solum si sciens dominus, sed etiam si ignorans rem suæ emerit *l. suæ rei 16. de contr. emp.* nisi cùm ab initio id agitur, vt dominus solam rei suæ possessionem emat, quæ sit penes venditorem *l. si in empt. 34. § rei sua eod.* Cùm ergo nec venditio hoc casu valeat nec emptio, consequens est, vt neq; preciũ ab emptore deberi possit, ac proinde, vt si à domino per errorem solutum sit, cõdici possit, adieci *per errorem* id est, ab eo qui rem suam ignorans emit *d. l. suæ rei.* Nam si quis prudens & sciẽs rem suam emerit, conuentúmq; eius precium soluerit, proculdubio nõ repetet, quia donasse id videtur, ex regula *l. cuius per errorem 53. & l. donari 81. de reg. iur.* licèt ea mente soluerit quasi postea repetiturus *l. quod quis sciens 50. inf. hoc tit.* Distinctio igitur necessaria est ex parte emptoris qui rem suam emit & precium soluit, sciens emerit, an ignorans, vt priore casu cesset repetitio, posteriore non item *d. l. sua rei.* At ex parte venditoris nulla adhibenda distinctio est, quia siue sciuerit venditor, siue ignorauerit rem esse emptoris, non tenet contractus, nec vllam causam habet retinendi precij quod omni iure indebitum accepit, nisi, vt diximus, emptor sciens indebitum soluerit. Addenda & alia exceptio est, nisi quis rem suam emerit sub condicione, quòd fortè speraretur eius esse desinere. Tunc enim emptio rei suę valet *l. existimo 61. de contr. empt.* sicut & stipulatio *l. existimo 98. de verb. obl.* & consequenter precij obligatio & solutio tenet, nec proinde potest nasci condictio precij ex solutione quæ parit liberationem *l. si non fortè 26. § si centum & § si decem sup. hoc ti. l. qui hominem 34. § vlt. inf. de solul.* Ergo si ex qua alia causa vẽditio inualida sit, quod potest variis casib. contingere, idem dicendum erit, quod Iulianus in huius legis specie scribit, cõdictioni precij tanquã indebiti locũ fore.

38. AFRICANVS libro 9. Quæstionum.

FRater à fratre, cùm in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei soluit. quæsitum est, an repetere possit. respondit, vtique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum [a]. pro ea verò, qua frater heres exstitisset [b], ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem peruenisset. naturalem enim obligationem, quæ fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculij partem frater sit consecutus. adeò vt, si prælegatum filio eidémque debitori id fuisset [c], deductio huius debiti à fratre ex eo fieret. ídque maximè consequens esse ei sententiæ, quam Iulianus probaret [d], si extraneo quid debuisset, & ab eo post mortem patris exactum esset: tantum iudicio cum familiæ erciscundę recuperaturum à coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur & si re integra familiæ erciscundæ agatur: ita peculium diuidi æquum esse, vt ad quantitatem eius indemnis à coherede præstetur. porrò eum, quem aduersus extraneum defendi oportet, longèmagis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum.

Ad l. Frater à fratre 38.

Hæc lex quam Bartolus præfatur re & fama esse difficilem, si qua alia est, in toto corpore iuris latissimè à nobis explicata fuit *libr. vlt. Coniect. cap. vlt.* nec longiore hîc indiget tractatione. Adferemus tãtùm rationes dubitandi & decidendi ad singulos versiculos, vt quanto breuior erit tractatio, tanto clarior & dilucidior inueniatur, speciem legis non obscurè Africanus expressit primis illis verbis *Frater à fratre, cùm in eiusdem patris potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei soluit.* Neque breuiùs neq; apertiùs exprimi res potuit. Quæstio autem quæ ex proposita facti specie nascitur, æquè breuiter & apertè sequentibus illis verbis, *Quæsitum est, An repetere possit.* Tota itaque legis difficultas in responsione est, respondet autem Africanus cum distinctione in hæc verba:

a *Respondit, vtique quidem pro ea parte qua ipse patri heres extitisset, repeturũ.* RAT. DVB. Cùm duo fratres in eiusdem patris potestate constituti simul contrahunt, sicuti certum est non posse illos inuicem obligari ciuiliter, obstante scil. iure patriæ potestatis, quod efficit, vt & patris & liberorum omnium qui in eius potestate sunt, vna eadémque persona esse existimetur *l. imperator 50. inf. ad SC. Trebell. l. ne cum filiofamilias 16. inf. de furt. l. lis nulla 4. sup. de iudic.* ita constat posse illos inter se obligari naturaliter, vt omnium

lium apertissimè hæc lex probat, cùm ita loquitur Africanus *Naturalẽ enim obligationẽ qua fuisset & in §. prox. inf.* *Nã manere naturalẽ obligationem & in vers. cõtrà si pater*, ibi *Nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur.* Naturalis enim obligatio tota ex facto æstimatur, ita vt etiam seruus domino & conseruus cõseruo naturaliter obligetur *l. nec seruus 41. infr. de pecul. l. sed si damnũ 9. §. peculiũ & seq. & pass. eod. tit. l. Stichũ aut Pamphiliũ 95. §. naturalis infr. de solut. l. si quod 64. infr. hoc tit.* Ad ea verò quæ facti sunt, non potest ius patriæ vel dominicæ potestatis pertingere *l. qui heredi 44. infr. de condic. & demonstr. l. quod dicitur 130. de verbor. oblig.* Quidni ergo & pater filio & filius patri in cuius potestate est, & frater fratri naturaliter obligabitur? Vnde est quod quãuis pater filiofamilias naturaliter obligari possit, fideiussorem tamẽ pro ea obligatione filio dare non potest, quia fideiussoris obligatio quæ semper aut ciuilis aut nulla est, patri per filiũ acquireretur *l. si quis pro eo 56. §. 1. infr. de fideiuss.* atq. ita vt lex ait, esset idem pro eodẽ eidẽ obligatus, quæ tamen ratio mala esset, si filius non obligaretur patri, non enim posset videri fideiussor obligatus pro patre, qui nullomodò esset ipse obligatus: Dicẽdũmque potiùs esset non obligari fideiussorẽ, ideo quòd nulla esset obligatio, ne quidẽ naturalis, cui fideiussoria posset accedere. Quòd si fideiussoris obligatio naturalis tantùm esse posset, proculdubio vtiliter acciperetur fideiussor pro patre, hactenus scilicet vt is filio naturaliter obligaretur, nec verendum esset, vt per filium reacquireretur patri: quomodo malè Bartolus existimat. Atqui constat naturalis obligationis effectum præcipuum illum esse, vt impediat soluti repetitionem tota hac lege & *l. Iulianus verũ debitorem 60. & pass. hoc tit. l. 3. §. vlt. supr. Quod quisq. iur. l. naturales 10. infr. de oblig. & action.* Ergo dicendũ est quod frater debitor fratri creditori soluerit, repeti nõ posse, nec magis post mortem patris quàm viuo patre, nec rursum magis pro ea parte pro qua frater debitor patri heres extitit, quàm pro qua nõ extitit. Et hæc obiectio tanti momenti est, vt Franciscum Hotomanum coegerit responsi huius partẽ priorem emẽdare, & addita negatione legere *nõ repetiturum.* Prorsus insulsè & ineptè: Iacobum verò Cuiacium in eã ire sententiam, quæ fuit iam olim Ioannis, Accursij & veterum ferè omnium, vt obligatio naturalis fratri quidẽ creditori primùm quæsita sit, sed quæ tamen per eum ipsum acquiratur patri non minùs quàm ciuilis. Quasi non alia ratio adferri possit, propter quam Africanus noster ita distinguere debuerit, vt quod frater debitor fratri creditori post mortẽ patris soluit, vtiq. repeti possit, pro qua parte is patri heres extitit, pro alia verò parte non possit repeti, nisi cum distinctione illa an minùs ex peculio fratris debitoris ad fratrem creditorem peruenerit, an tantundem: æquè insubtiliter & contra iuris rationem, cùm fieri nequeat, vt naturalis obligatio acquiratur & filio & patri per filium, sed vel filio tantùm vel patri tantùm: Quãdoquidem quicquid acquiritur patri per filium, ita acquiritur vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona filiifamilias cõsistat, vt in obligatione ciuili cernere est *l. placet 79. infr. de acquir. hered.* Atqui non negant isti, nec negare possunt quin obligatio hæc naturalis acquiratur primùm filio. Ergo fateantur necesse est, non posse illam acquiri patri, alioquin dicendum esset, eodem instanti acquiri eam & patri & filio, quod prorsus impossibile est. Sicut & quod iidem addunt duas hîc esse obligationes naturales, vnã quæ filio acquiratur, & in eius persona remaneat, alterã quæ per filium acquiratur patri, & quæ posteà rursum filio acquiratur tanquã heredi, quod certè ridiculũ est. Alia igitur ad priorem huius respõsi partẽ ratio decidendi quærẽda est, ea verò nõ alia, quã quę mox sequitur.

DEC. Peculiũ filiifamilias moriẽte patre cõfunditur, cũ hereditate & ex peculio fit hereditas *l. certũ est 13. C. famil. ercisc.* Peculium inquã profectitiũ de quo solo hîc loquimur, nam in castrensi aliud est *l. si filiusfamilias 4. eod. tit.* nec enim peculium esse potest, nisi quatenus & quãdiu à filiofamilias possidetur, quia paterfamilias peculiũ nõ habet *l. vlt. in fin. C. de inoffic. testam.* Ergo & peculiaris obligatio, quæ filiofamilias quæsita fuerat viuo patre cõtra fratrem, ex peculiari fit hereditaria per mortẽ patris, atqui hereditas paterna & quicquid hereditatis est, diuiditur inter fratres eosdémq. patris heredes pro hereditariis portionib. *l. 1. C. si cert. petat. l. vlt. & pass. C. de heredit. action. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* Ergo & hæc quoque peculiaris obligatio, cui consequens est, vt pro qua parte frater debitor patri heres extitit, repetere possit, cùm pro ea parte factus sit sui ipsius creditor, atq. ita debitor simul, & creditor: Quæ res parit confusionẽ, ac proinde totam obligationem extinguit, nec tantùm confusionis iure, sed etiã solutionis potestate *l. debitori 50. l. Granius 71. l. heres à debitore 21. § seruo tuo & seq. de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum 95. § aditio de solut.* Itaq. perinde fit confusio naturalis obligationis quæsitæ filio, etiamsi nõ sit quæsita patri, atq. si per filiũfamilias patri acquisita fuisset. Fit enim cõfusio in extraneo herede, qui fuit debitor, aut creditor defuncti, non eo instanti quo paterfamilias moritur, aut quo primùm mortuus est, sed quo hereditas acquiritur: in suo autem herede statim atque patri heres existit, quod cõtingit primo instanti post mortem patris, nõ quia in suis heredib. idẽ sit instans delatæ & acquisitę hereditatis, vt dicebat Cuiacius, sed quia in iis acquisitio fit eo ipso instanti, quo in aliis fit delatio *l in suis 11. de liber. & posthum. l. in suis 14. de suis & legit.* cúmque statim atq. pater mortuus est, filiusfamilias fiat paterfamilias, & sui iuris, & ita peculiũ habere desinat, eodẽ instãti succedit potestas iuris, quæ & peculiũ facit hereditatem, & obligationem, quæ peculiaris fuit, hereditariã, vt diximus, tã citò, quàm si pater viuus naturalẽ obligationem sibi per filiũ acquisisset: Vt proinde nil necesse sit, cum Accursio & Cuiacio dicere quæsitã fuisse obligationẽ patri ad hoc, vt inueniatur ratio, propter quã danda sit fratri debitori repetitio soluti pro ea parte, pro qua heres patri extiterit, sufficit enim obligationẽ hanc factã esse hereditariam, licèt nũquam fuerit paterna. Quod nec Accursius, nec alius quisquam ex nostris intellexit: Scribit enim ille non aliam huius responsi rationem adferri posse, quàm quia pro parte debitor heres extiterit quasi creditori, quod certè falsum est, nam neque pater fuit vnquam creditor ex persona fratris, qui mutuum dedit, neque debitor ex persona fratris, qui accepit. Confunditur autem hæc obligatio peculiaris, non per solam collationem & communicationem peculij, sed per successionem, quatenus frater debitor successit patri in ea obligatione, at non quasi peculiari, sed quasi hereditaria, & ita tamen hereditaria, vt numquam fuerit defuncti, sed post ipsius tãtùm mortem cœ-

perit, & esse hereditaria. Nec enim nouum est, vt aliquid sit hereditariū aut actiuè aut passiuè, quod tamen à defuncti persona nunquam inceperit *l. hereditarium 7. infr. de reb. author. iudic. possid l. heriditariarū 40. de oblig. & action. l. si per imprudentiā 51. §. non mirum infr. de euict.* Itaque si poneres fratrem hunc debitorem abstentum esse ab hereditate patris, perinde quidem obligatio peculiaris desineret esse peculiaris, & fieret hereditaria, quia non faceret abstentio, quin filiusfamilias per mortem patris fieret paterfamilias, & consequenter incapax habendi peculij *d. l. vlt. C. de inoff. testam.* sed tamen non ideo posset repetere, quod soluisset iure confusionis, quia nulla ex parte patri successisse intelligeretur *l. si filius 12. de interrog. in iur. fac.* Nec rursus quasi solutio per peculij collationem debito, quia non tam contulisse quàm amisisse peculium videretur. Adeò vt neque conueniri ex propria obligatione deberet, nisi in id quod facere posset, etiamsi extraneo debuisset *l. 2. infr quod cum eo qui in alien. potest.*

b *Pro ea verò qua frater heres extiterit.* RATDVB. Non potest videri confusa naturalis obligatio fratris debitoris pro ea parte, qua non ipse, sed frater creditor patri heres extitit, cùm pro ea parte non sit idem sui ipsius debitor & creditor: quæ sola ratio est, vt proximè diximus, inducendæ confusionis. Frater enim, qui viuente patre fratri pecuniam peculiarem credidit, æquè post mortem patris remanet creditor, sed cum hac tamen differentia, quòd ex peculiari creditore factus est hereditarius, propter confusionem illam peculij cū hereditate *d. l. certum est 13. Cod. famil. ercisc.* Et quamuis ex peculio fratris debitoris ad fratrem creditorem non minùs peruenerit, quàm ei debeatur pro qua parte is patri heres extitit, non ideo tamen magis confusio vlla induci potest, at nec solutio, cùm peculium illud viuo quidem patre licèt filij fuerit, magis tamen fuerit patris *l. 3. §. sed vtrum l. patri 27. in princip. supr. de minor.* mortuo autem patre desierit esse peculium, & factum sit hereditas, ex quo fit, vt non tam ex peculio fratris debitoris, quàm ex patrimonio patris, aut ex eiusdem hereditate, videatur frater creditor pro qua parte patri heres extitit, partem debitæ sibi pecuniæ esse consecutus. Non ergo fieri potest, vt pro ea parte naturalis obligatio sublata sit ad inducendā so[l]uti repetitionē, quamuis ex peculio fratris debitoris non minus ad fratrem creditorē peruenerit, quàm ei deberetur, pro qua parte extitit heres patri. Non enim tollitur obligatio siue naturalis siue ciuilis per solutionem factam ex pecunia creditoris, aut alterius quàm ipsius debitoris *l. Iulianus 47. §. 1. infr. mandat. l. Cassius 17. l. si alieni 78. & pass. de solut.* Fratri autem creditori soluta intelligitur pecunia quæ ipsius fuit, pro qua parte patri heres extitit, quia fuit hereditaria. DEC. Peculium filijfamilias, veluti propriū eius patrimonium est *d. §. sed vtrum l. 5. §. peculium dictum est l. hinc quæritur 19. §. 1. l. si ex duobus 32. l. peculium & ex eo 39. l. quoties 47. §. vlt. & pass. infr. de pecul.* Et ideo, quemadmodum frater fratri, qui in eiusdem patris potestate est, pecuniam peculiarem credendo acquirit sibi naturalem obligationem contra fratrem, perinde ac si ex pecunia omnino sua crederet, ita & frater debitor soluendo ex peculio suo se ab obligatione naturali liberat, non minùs quàm si ex pecunia omnino sua puta castrensi solueret viuo patre: Vtrumque enim ex voluntate patris, qui vtriq. filio peculium concessit, fieri intelligitur. Quid autem refert, an pecunia quam frater debitor in peculio habuit ad fratrem creditorem perueniat viuo patre, an mortuo? Etsi enim moriente patre desinit esse peculium, & fit hereditas, eadem tamen pecunia est, ex qua frater debitor soluere anteà, & se liberare potuisset, & quæ auxit hereditatem à quo instanti ex pecunia peculiari facta est hereditaria: Tantóque minorem portionem hereditariam haberet hodie frater creditor, si minùs ex peculio suo frater debitor in assem hereditarium contulisset. Effectu igitur rei inspecto qui semper potissimùm inspiciendus est *l. debitor 59.* in illis verbis, *videamus de effectu rei infr. ad SC. Trebell.* dicendum est, perinde liberari fratrem debitorem per confusionem & communicationem peculij, atque per solutionem, ne alioqui sola iuris ratio quæ peculium extinguit, vt ex ea peculio hereditatem augeat, damno adficiat fratrem debitorem qui peculium suum benè administrauerat, & habuerat vnde fratri creditori solueret, quomodo in alia specie, licèt dissimili argumentatur Papinianus in *l. 3. infr. de separat.* Atqui nemo dubitat, quin solutione tollatur omnis obligatio, & quin pro soluta debeat haberi pecunia, quæ à debitore ad creditorem peruenit *leg. non omnis 19. §. si pupillus supr. de reb. credit. l. quòd si fortè 14. §. vlt. de solut.* Verum igitur est, si pro qua parte frater creditor patri heres extitit, non minùs ex peculio fratris debitoris ad eum peruenit, quàm pro hereditaria illa portione debeatur, sublatam esse naturalem obligationem: Præsertim cùm quæstio hæc tractanda sit inter fratres iudicio familiæ erciscundæ, quod bonæ fidei est, ideóque præstationes omnes recipit quæ sunt ex bono & æquo *§. actionum 25. & sequ. Instit. de action.* Etsi nec quicquam vetat etiam post acceptum inter fratres iudicium familiæ erciscundæ, quod sæpius accipi non potest, tractari inter eos de condictione indebiti, quomodo tractaretur inter heredes extraneos, si quid fortè alteri ab altero indebitè solutum probaretur. Et ita hic locus omnino accipiendus est: nam de iudicio familię erciscundæ inter fratres accepto, incipit tractare Africanus noster in specie, quæ statim sequitur,

c *Adeò vt si prælegatum filio eidemq; debitori id fuisset.* Ratio est, qua probat Africanus, naturalē obligationem fratris debitoris hoc ipso sublatā fuisse, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, quod non minùs ex peculio fratris debitoris frater creditor sit cōsecutus. Hæc autem ratio est, quia si pater testamento suo fratri debitori peculium prælegasset, officium arbitri familiæ erciscundæ in hereditate inter fratres diuidenda tale esse deberet, vt ex prælegato illo peculio partem fratris creditoris hereditariā deduci iuberet. Est enim ille vnus ex naturalis obligationis effectibus, vt pariat deductionem *l. sed si damnum 9. §. peculium & pass. infr. de pecul.* atqui deductione illa facta, nemo dubitaret, quin sublata esset obligatio naturalis, quasi solutionis potestate. Deductio enim potestatem habet solutionis, & per eiusmodi deductionem peculium fratris debitoris ad fratrē creditorem eatenus peruenisset. Ergo idē esse debet etiamsi per hereditatis diuisionem inter fratres sine arbitrio factā, tantundem ex peculio fratris debitoris ad creditorem fratrē peruenerit, quantū est in eius portione hereditaria. Nā & hoc casu idem euenit, vt peculij fraterni partem frater cōsequatur, atq. ita habeat vnde sibi ipsi

ipsi satisfaciat. RAT. DVB. Cùm pater vni ex filiis suis eidémq. debitori peculiũ prælegauit, officiũ arbitri familiæ erciscundæ tale esse oportet, vt patris iudiciũ & volũtatẽ sequatur *l. filij 16. l. filia 18. l. vlt. & pass. C. famil. ercisc.* Ergo pati non debet vt ex peculio illo prælegato frater creditor quicquam deducat. DEC. Iudiciũ familiæ erciscundæ bonæ fidei est §. *actionũ Instit. de action.* Proinde nihil nisi æquitatem ante oculos habere iudex debet, vt testatoris quidẽ sequatur voluntatẽ, quãtũ fieri potest, sed eatenus tamẽ, quatenus bonũ & æquũ patitur *§. in bonæ fidei 26. eod. tit.* atqui bonum & æquũ est, satisfieri fratri creditori ex peculio fratris debitoris, quatenus alteri debet: naturalis enim obligatio æquitatis vinculo sustinetur *l. Stichũ aut Pãphilũ 95. §. naturalis de solut.* Cúmq. non possit ea obligatio quæ naturalis tãtũ est, parere actionẽ, necesse est, vt creditori prospiciatur officio arbitri per viã deductionis & retentionis, aut etiã, si aliter fieri non possit, adiudicationis *l. 3. l. Põponius 8. l. si filia 20. §. 1. & pass. sup. famil. ercisc.* vt quod naturalis obligationis efficacia obtinere nõ potest, adminiculo & officio arbitri familiæ erciscundę suppleatur, vt in *d. l. vlt. C. famil. ercisc. l. 2. C. de inoffic. donat.* Ergo iubere debet iudex, vt quod frater fratri debet, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, ex peculio fratri prælegato deducatur.

d *Idq. maximè cõsequẽs esse ei sententiæ, quam Iulianus probaret.* Alia hæc ratio est, qua probat Africanus nõ æquitatẽ deductionis ex peculio fratris debitoris, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, sed æquitatẽ repetitionis, quæ fratri debitori dãda est contra fratrẽ creditorẽ, pro qua parte is patri heres fuit, & quatenus heres ex peculio fratris debitoris cõsecutus est. Nã si quid vnus ex filiis extraneo creditori debuisset, & ab eo post mortẽ patris creditor exegisset, solidã scilicet debitã quãtitatẽ, æquũ esset tãtũ eũ iudicio familiæ erciscũdæ recuperare à coheredib. quantũ ab iis creditor actione de peculio consequi potuisset *l. his cõsequẽter 18. §. si filiusfamilias supr famil. ercisc.* id est, pro ipsorũ portionib. hereditariis: quamuis filius ipse idémq. debitor si ex parte heres à patre institutus sit, nihilominùs actionẽ de peculio in solidũ pati cogatur *l. quæsitũ 30. §. si verò filius sit inf. de pecul.* quia & ex persona sua ipse solidum debet *l. si quis cũ filiofamilias 44. eod.* Sed ea res nõ facit, quin duplici remedio ei succurri oporteat, quorũ alterũ est, vt pro parte nomẽ coheredis redimat *d. §. si verò*, alterũ, vt cõtra coheredẽ habeat iudicium familiæ erciscũdæ *d. §. si filiusfamilias.* alioqui locupletaretur coheres ex ipsius iactura, quatenus ex peculio filiifamilias debitoris locupletior factus esset, cũ tãto maiorẽ, vt diximus, habeat portionem hereditariã. Igitur, inquit Africanus, etsi re integra familię erciscũdæ iudicio agatur, ita peculiũ diuidi æquũ est, vt ad cõcurrẽtẽ vsq. eius quãtitatem indemnis præstetur frater debitor ab extraneo coherede. Porrò si æquũ est defendi filiũ debitorẽ aduersus extraneum, lõgè magis, inquit Africanus ex Iuliano, in eo quod fratri debuisset, indẽnis pręstãdus est. Cur enim deterior cõdicio esse debeat fratris debitoris aduersus creditorẽ fratrẽ, quã aduersus extraneũ? Est autẽ omnib. his casib. ratio illa cõmunis, quod æs alienũ filiifamilias qui peculiũ habuit, nõ tã ipsius filiifamilias qui cõtraxit quã peculij onus est *l. deposui 38. § vlt. inf. de pecul.* ideóq. ad patrẽ quoq. pertinet, quãuis nõ ipse cõtraxerit, vt ad finem vsq. peculij actione de peculio teneatur *d. l. si quis cũ filiofamilias*, & cõsequẽter ad heredes quoq. patris pro hereditariis portionib. Sequitur ergo peculiũ quocunq. ierit, & quisquis habet peculiũ siue tanquã peculiũ, siue tanquã in hereditatẽ conuersum, is onus quoq. æris alieni tanquã onus peculij sentire debet. Ita enim fit, vt neutri fiat iniuria, quæ alioqui fieret euidẽter ei qui totũ debitũ soluisset, nec tamen nisi partẽ peculij apud se retineret. His igitur omnib. cõsequẽs est, quod initio huius legis Africanus respondit fratrẽ debitorẽ, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, ita repetiturum quod soluit, si nõ minùs ex peculio suo ad fratrem creditorẽ peruenerit. Nihil enim aliud agit Africanus his duabus allatis rationibus, nisi vt probet sublatã esse pro ea parte obligationẽ naturalẽ, qua frater debitor fratri creditori tenebatur, quasi solutione facta ex ipso peculio, quod adnexũ semper habeat onus æris alieni, & cõsequẽter locũ esse repetitioni, quam sola obligatio naturalis impedire poterat. In eóq. errauimus, cũ scripsimus *lib vlt. Coniect. cap vlt.* Africanũ nõ id agere, vt probet fratrem debitorẽ posse repetere quod soluit pro parte hereditaria fratris coheredis, si non minùs ex peculio suo in fratrem creditorẽ trãstulerit, sed id potiùs vt probet nõ posse repetere, si aut nihil, aut minùs ex peculio fratris debitoris ad fratrẽ creditorẽ peruenerit. Nulla enim dubitãdi causa est eo casu, cũ nihil interueniat propter quod naturalis obligatio sublata videri possit. Et quod Africanus scribit in versic. *Naturalẽ enim obligationẽ quæ fuisset, hoc ipso sublatã videri quòd peculij partẽ frater sit cõsecutus*, ostendit satis in eo solo Africanũ laborare, vt doceat, sublatã esse per cõmunicationẽ & participationẽ peculij obligationẽ naturalẽ fratris debitoris, vt inferat, posse igitur illum repetere, quãuis non tam ex fraterno peculio quã ex paterna hereditate, vt in dubitandi ratione diximus, solutum fratri creditori videretur: & ita omnino sentiendum est. Cætera quæ nostri ad primum hoc legis huius responsum tractant consultò prętermittimus, non ob id solùm quod à nobis iam tractata satis & confutata sunt in Coniecturis, sed etiam quia non ad aliud prosunt quàm vt legis huius interpretationem, quam facilem & planam attulisse nobis videmur, faciant difficiliorem.

1 ¶ Quæsitum est, si pater filio crediderit, isq; emãcipatus soluat, an repetere possit. respõdit, si nihil ex peculio apud patrẽ remãserit [a], non repetiturũ. nã manere naturalẽ obligationẽ [b], argumẽto esse, quòd extraneo agẽte intra annũ de peculio, deduceret pater, quod sibi filius debuisset. Contrà si pater [c], quòd filio debuisset, eidẽ emãcipato soluerit, non repetet: nã hîc quoq; manere naturalem obligationẽ, eodem argumento probatur: quòd si extraneus intra annũ de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset, computetur. Eadémque erunt, & si extraneus heres [d] exheredato filio soluerit id, quod ei pater debuisset.

Ad §. 1. Quæsitum est:

RAT. DVB. Etsi cùm pater filio suo quem in potestate habet, credidit pecuniam, naturalis obligatio inter patrem & filiū contrahitur, vt suprà diximus, & interpretes quoq. hoc casu fatētur, attamē secuta emancipatione, si filius iā emancipatus patri soluat, alia persona videtur esse quæ soluit, quā quæ debuit, quia capitis diminutio quæ per emancipationem cōtingit, aliā quodāmmodo emācipati personā facit, adeò vt emācipatus filius patri suo extraneus quodammodo esse intelligatur *l. quin etiā 55. in fin. de rit. nupt.* Vnde profecta est ratio, & necessitas inducendi Edicti de capite minutis, inter cæteras partes edicti de restitutionib. in integrū, vt obligationes quę per capitis diminutionē interciderāt, restituerētur *l. 1. & 3. §. vlt.* vt diximus *supr. de capit. minut.* Ergo quod filius emācipatus patri soluerit, tanquā indebitum repeti poterit: Nā & per emancipationē, perinde atq. per mortē patris, eximitur filius à patria potestate, & fit paterfamilias, ac proinde incapax habēdi ampliùs peculij *l. vlt. C. de inoffic. testam.* Ergo nec capax esse potest retinendæ obligationis vllius peculiaris siue actiuę, siue passiuę, cùm peculiaris obligatio nulla esse possit, vbi peculium nullū est. Qua ratione putant Ioannes, Azo, & Accursius, si pater qui à filio suo mutuā pecuniā accepit, eū posteà emancipauerit, & in emācipatione peculium ipsi ademerit, non remanere illū filio obligatū ex *l. si quis seruo 18. infr. de solut.* vbi scriptū est seruo manumisso, cui peculiū in manumissione adēptum est, peculiares debitores soluere posteà non posse, si peculiū adēptū scierint. DEC. Capitis diminutio nō tollit iura naturalia, nec eas obligationes, quæ sunt ex bono & æquo & naturalem habēt præstationē, quia ciuilis ratio iura naturalia corrūpere nō potest *l. eas obligationes 8. sup. de capit. minut. §. vlt. Instit. de legit. agnat. tutel.* Atqui naturales obligationes nō tā ex iure quàm ex facto æstimātur, vt diximus, ex *l. si quod dominus 64. inf. hoc tit. l. nec seruus 41. infr. de pecul.* nec tam iuris, quàm æquitatis naturalis vinculo sustinētur *l. Stichū aut Pāphilū 95. § naturalis de solut.* Ergo naturalē obligationē, quæ inter patrē & filiumfamilias cōtracta est, patre mutuā credēte pecuniā, etiā post emancipationē manere fatendū est, & idcircò si filius emācipatus patri soluat, quod ei filiusfamilias debuit, repetitioni locū nō esse. Est autē hic locus omniū apertissimus ad probandum quod supra docuimus, inter patrē & filiūfamilias nō solùm cōtrahi posse obligationē naturalem, sed quod magis est, ita cōtrahi, vt nō acquiratur patri: alioquin pater accipiēdo pecuniam mutuā à filio, quo casu cōstat æquè obligari eū naturaliter filio, vt scriptum est in *vers. prox. seq.* sibi ipsi obligaretur: quod cùm natura ipsa non patiatur *l. ne cū filiofamilias 16. infr. de furt.* nō minùs naturalē obligationem impedit, quā ciuilē. Et hæc ratio est, quæ Accursiū mouit, ac cæteros existimantes, naturalē, quæ inter fratres contrahitur, obligationē acquiri patri, vt aliud tamē senserint in ea obligatione naturali quæ inter patrem & filiū directò cōtrahitur, quomodo ipsi loquuntur, nō obliquè per intermediā alterius personā. In quo miror virū doctissimū Iacobū Cuiaciū cōtrà putasse, quasi cū pater mutuā pecuniā à filiofamilias suo accipit, non eo minùs obligatio naturalis quæ acquiritur filio, hoc ipso reacquiratur patri, sed tamen non intelligatur acquisita quamdiu pater peculium penes filium suum manere patitur: quod minùs euidēter certè falsum est. Quomodo enim posset ipso iure quæsita esse patri, quin sibi ipsi pater obligatus esset? Et quid si filius nihil in peculio habeat pręter eā summā, quā patri credidit? Quid rursū si pater filio peculiū ademerit? An eo minùs obligatus ei manebit pater, cū filius ipse creditorib. omnib. peculiaribus extraneis maneat obligatus? vt pro Hugolino cōtra Ioanē & Azonē Bartolus benè disputat ex *l. ideoq. 45. & praeced. infr. de pecul.* Deniq. quid absurdius, quā dicere, in patris esse potestate, vt naturalē suā obligationē qua tenetur, facto suo extinguat, & per solā ademptionē peculij? *l. 2. §. Scæuola infr. de eo quod cert. loc. l. si seruū 91. §. nūc videamus infr. de verb. oblig.* Illud sanè nō nego, quod in Cōiecturis fusiùs docui, obligationē quidem naturalē acquiri filio, nō etiam patri, & in ipsius filij persona manere ac consistere, siue pater filio peculiū adimat, siue peculiū penes filiū manere patiatur. Sed ita tamē vt effectus omnes obligationis naturalis acquirātur patri, siue id quod naturaliter debetur deducēdū sit, siue cōpēsandū, siue retinēdū, ex quo fit vt cōuentus pater de peculio ex cōtractu filij possit deducere, quod ille filius alteri filio debet, in eiusdē patris potestate cōstituto *l. sed si damnū 9. § præterea inf. de pecul.* quo potissimū argumento motus ac deceptus fuit Cuiacius; nēpe quia obligatio ipsa naturalis tota facti est, vt diximus, effectus autē omnes obligationis naturalis sunt iuris. Quæcunq. porrò iuris sunt, trāsfeūr à filio ad patrē, & à seruo ad dominū, nō etiā illa quæ sunt iuris *d. l. qui heredi 44. de cōdic. & demōstr. d. l. quod dicitur 130. de verb. obligat.* Nam neq. deductio, neq. retētio, neq. compensatio fieri potest, quin acquiratur id quod deducitur, vel retinetur, vel cōpensatur *l. filiū quem 24. C. famil. ercisc.* Acquisitionis autē omnino incapax est filiusfamilias, nisi cū pater nō vult per eum sibi acquiri *d. l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. si à parent. quis manum. sit.* Nec tamē cōsequēs est, vt verum sit, quod vult Bartolus obligationē naturalem acquiri filio nomine tātū, nō etiā effectu. Acquiri enim effectu etiā ipso apparet manifestè ex hoc §. in quo apertè scribit Africanus, quod pater filio suo debuit, si emācipato soluerit, nō posse eū repetere, nimirū quia eo tēpore iā capax est filius acquisitionis, nec priùs quærendū est, cui acquisitus sit obligationis naturalis effectus, quàm acquirēdi tēpus venerit *d. l. si quod dominus 64. infr. hoc tit.* vbi scriptū est, id quod dominus seruo suo debuit, si manumisso soluat, quāuis existimans aliqua ei se actione teneri nō posse dominū repetere, quia naturale debitū agnouerit, cùm tamē si ante manumissionē eidē soluisset, nemo dubitaret, quin idipsū quod solutum esset, domino acquireretur: sicut & in specie huius *§. versic. seq.* si quod pater filio suo naturaliter debuit, ante emācipationē soluisset, haud dubiè & sublata esset per solutionem naturalis obligatio, & rei solutæ dominiū eidē patri per filiū acquireretur. Nā cū sint diuersa instātia cōtractæ obligationis, & secutæ acquisitionis, nō quēadmodū implicat cōtradictionē, vt pater sibi ipsi quicquā debeat, ita ei implicat, vt illud ipsum quod pater filio debuit, si ab eo solutum filio sit, patri per filiū acquiratur: quoniam aliud est de obligatione naturali, aliud de dominio tractare, cùm dominiū sit iuris, obligatio autē naturalis meri facti, & non nisi partim ex mero facto, partim ex æquitate æstimanda.

a *Si nihil ex peculio apud patrem remanserit.* Ergo si pater filium emancipando peculium ipsi ademerit, illúdque sibi retinuerit, quod filius post emancipationem ei soluerit, repeti poterit, tanquam indebitè solutum: cùm pro soluto habēdum sit, quicquid per

per emancipationem apud patrem ex filij peculio remansit. Vnde enim potuit aut debuit filius nisi ex peculio soluere, ac obligationẽ peculiarem dissoluere? Cúmq. æs alienum filiifamilias peculium habentis sit onus peculij, vt ad initium huius legis diximus ex *l. depositi 38. §. vlti. & aliis pass. infr. de pecul.* fieri certè nequit, vt & peculiũ filij pater retineat, & filij creditor remaneat. Deniq. retentio peculij, quam nostri minùs latino vocabulo, sed latiore significatione peruentionem vocant, solutionis vim obtinet, ideóq. prodest ad dissoluendam naturalem obligationem, vt & alia solutio qualibet: nempe si tantum ex peculio apud patrem remanserit, quantũ fuit in naturali filij obligatione, nam si minùs remanserit, nõ continget liberatio, nisi ad concurrẽtem vsq. quantitatem. Ex quo intelligimus nõ sola peculij adeptione patrẽ liberari, sed sola eius perceptione, non enim plus facere potest ademptione peculij, quàm si alio quolibet modo extinctum sit peculium puta reb. omnib. peculiarib. peremptis *l. peculiũ nascitur 40. infr. de pecul.* nisi quod peculiũ si non adimatur emancipato filio cõcessum ei intelligitur *l. donationes 31. §. pater qui filia infr. de donat. l. siue emancipatus 17. C. eod.* si vero adimatur remanet penes patrem, & prodest filio vt à patre liberetur.

b *Nam manere naturalẽ obligationem.* Laborauerat Africanus in prima huius legis specie, vt probaret sublatam esse naturalem inter fratres obligationẽ partim confusione, partim participatione peculij. Nunc laborat, vt probet naturalẽ obligationẽ inter patrẽ & filiũfamilias cõtractã, si pater filiofamilias crediderit, nõ tolli per emancipationẽ: probat autẽ hoc argumento, quod si post si ij emancipationem extraneus aliquis creditor peculiaris ageret annali actione de peculio cõtra patrẽ, ex *l. 1. & tot. tit. quãd. de pecul. act. est annal.* deduceret pater quod sibi filius debuisset, vt semper fit in actione de peculio *l. sed si damnũ 9. §. peculiũ & pass. infr. de pecul.* etiãsi post mortẽ filij eadẽ actione annali de peculio cõtra patrem ageretur *d. l. 1.* Ergo nec mors, nec emancipatio filij adimit patri naturalẽ obligationẽ. Est enim deductio, vt sæpiùs diximus, vnus ex effectib. naturalis obligationis, non potest autẽ effectus esse sine causa, nec argumentatio vlla melior quàm ab effectu subsistente ad causæ subsistentiam. Porrò nulla hîc dubitandi ratio est, nisi quæ à nobis adferetur ad *d. l. 1. infr. quand. de pecul. act. annal. est.*

c *Contrà si pater.* Sensus est, idẽ quod proximè dictũ est de filio qui patri obligatus fuit naturaliter, è cõtrario dicendũ esse, si filius patri crediderit & pater eidem emãcipato soluerit: non enim repetet, quia æquè naturalẽ obligationẽ agnouit, quæ impedit solutiõ repetitionẽ. Eadẽ igitur ad hanc speciẽ dubitãdi ratio est, quæ ad superiorẽ. Eodémq. prorsus, sed inuerso tamen argumẽto vtitur Africanus, vt probet in hac quoq. specie naturalẽ obligationẽ manere. Nam si quis extraneus peculiaris creditor ageret de peculio cõtra patrẽ intra annũ post emãcipationẽ, aut post mortẽ filij, cõputandũ esset in filij peculio etiã quod pater ei debuisset, tãquã auctum naturali illa obligatione filio acquisita cõtra patrẽ. Nã quẽadmodũ deductio quæ fit ex peculio, ostendit naturalẽ adhuc obligationẽ subesse, ita & cõputatio quæ fit huius obligationis naturalis ad augẽdũ peculiũ: non enim cõputari posset in peculio, & peculiũ augere obligatio naturalis, quę iã extincta esset. Cõstat autem in peculiũ filij vel serui cõputari, quod ei pater vel dominus debuit *l. quam Tuberonis 7. §. sed & id quod. infr. de pecul.* nec puto distinguendum esse hac parte casũ mortis filij à casu emãcipationis, quomodo distinguit Accurs. cũ ait ratiocinationẽ hanc Africani nõ esse necessariã: etsi enim mortuo filiofamilias nulla superesse potest obligatio, nec naturalis, nec ciuilis, quomodo superest eodẽ emancipato *l. creditorẽ 18. inf. de SC. Macedon.* quia nec hereditas filiifamilias vlla est, in quã trãsire possit naturalis obligatio *l. qui cõtra 11. infr. de fideiuss.* quomodo transiret mortuo patrefamilias, qui naturaliter tãtũ obligatus fuisset, vtputa impubere *l. si eius pupilli 64. infr. ad SC. Trebell.* Attamen cùm de actione de peculio tractatur, quæ ex edicto prætoris intra annũ post mortẽ, vel emãcipationem filij instituitur, nulla differẽtia est, quia iã inde ab eo tẽpore quo naturalis obligatio cõtracta est, pater cũ filio egisse, aut fili° cũ patre rationẽ posuisse intelligitur *d. l. sed si dãnũ 9. §. prætereà l. ex facto 52. inf. de pecul.*

d *Eadẽ, erũt & si extraneus heres.* RATIO DVB. Naturalis obligatio cùm ex facto æstimetur, vt sæpius diximus, facta autem merè personalia sint, videtur cohærere personæ, indéq. fieri vt à filio vel seruo nõ trãseat ad patrẽ vel dominũ *l. nec seruus 41. infr. de pecul. l. si quod dominus 64. hoc tit. iunct. l. qui heredi 44. de condic. & demõstr.* Ergo nec in heredẽ trãsire potest, quia in eũ nec trãseũt cætera quæ merè personalia sunt *l. quia tale 13 iunct. l. praeced. infr. solut. matrim. l. ex plurib. 42 de adm. in tutor. l. sciendum est 25. infr. de re iudic.* DEC. Hereditas personã defũcti repręsẽtat, in omnib. præsertim defuncti obligationib. siue naturales sint, siue ciuiles, & siue actiuæ, siue passiuæ, quia ex facto defuncti proficiscũtur & sumũt originẽ: q maximè inspiciẽdũ est, cũ de trãsmissione quæritur ã & inde fit, vt stipulatio condicionalis, etiã pendẽte cõdicione defũcto stipulatore in heredẽ ipsius trãsmittatur § *ex cõdicionali Instit. de verb oblig.* at legatũ cõdicionale nõ itẽ *l. is cui 42. de oblig. & action.* Ergo & naturalis obligatio patris, qua filio tenebatur trãsire potest in heredem patris extraneum, adeóq. quod magis est, ab herede in vniuersalẽ hereditatis fideicõmissariũ, vt disertè scriptũ est in *d. l. si eius pupilli 64. infr. ad SC. Trebell.* Aliud est in priuilegiis personæ, datis quia nõ trãseũt ad heredẽ: quò pertinẽt suprà allatæ leges: nec mirum videri debet obligationẽ naturalẽ trãsire in heredẽ, quę nõ trãsit in patrẽ vel dominũ: ã in heredẽ transit, quia defuncto iã quæsita fuerat: in patrẽ verò, vel in dominũ, ideò transire nõ potest, quia si transiret, necesse esset ita transire, vt ipsi filio aut seruo nũquã acquisita fuisset, ne vno quidẽ tẽporis momẽto *d. l. placet 79. de acquir. hered.* Quod tamen ne fieri possit, illud impedimẽto est, quod obligatio naturalis tota, vt diximus, ex facto, æstimatur, nec factũ filij factũ est patris, nec factũ serui factũ domini *d. l. qui heredi.* Et obseruadũ est, nõ ita loqui Vlpianũ in *d. l. placet* vt dicat, omnia omnino acquiri patri per filiũ, vel domino per seruũ, quomodo Cuiacius post Azonẽ nimis generaliter interpretatur, vt naturales quoque obligationes cõprehẽdat, sed ait, *quoties adquiritur*, vt intelligamus nõ igitur omnia, nec sẽper acquiri. Porrò si quid vspiã gẽritur est, quod acquisitionẽ paternã, aut dominicã effugere potuerit iure vetere, fatẽdũ certè est obligationẽ naturalẽ in eo esse numero. Loquitur autẽ hîc Africanus de exheredato filio, quia si coheres institutus esset, fieret confusio pro qua parte patri heres extitisset quasi succedente creditore debitori, nisi ab hereditate patris abstentus filius proponeretur, vt ad initiũ huius legis diximus.

2 ¶ Legati satis accepi: &, cùm fideiussor mihi soluisset, apparuit indebitum fuisse legatum. posse eum repetere existimauit.

Ad §. vlt. Legati.

RAT. DVB. Ei danda est condictio indebiti, cui abest quod indebitum soluit, ne ex ipsius iactura alius locupletetur *l. nam hoc natura 14. supr. hoc tit.* Atqui cùm legati alicuius nomine heres fideiussorem dedit (quem dare debet ex edicto vt *legat. seu fideic. seruand. caus. caueat*, siue in diem siue sub condicione legatum sit, adeóque si etiam purè, nec statim legatum præstetur *l. etiā 15. ill. tit.*) si posteà quàm à fideiussore legatum solutū est, appareat fuisse indebitū, puta quoniā testamentū inofficiosum pronūciatū, aut ex qua alia causa irritū factum est, vt in *l. 1. 2. & seqq. supr. hoc tit.* nihil abesse videtur fideiussori, qui legatū soluit, cū habiturus sit regressū actione mādati aduersus heredē pro quo soluit, sed heredi qui ad hoc ipsum obligatus est, vt fideiussorē indemnē præstet, id enim abesse cuiq. intelligitur, in quo est obligatus *l. si quis mandatu 28. supr. de negot. gest.* Ergo heredi ipsi danda est condictio indebiti, non quomodo hîc scriptum est, fideiussori. DEC. Ei danda indebiti condictio est, cuius pecunia indebitè ad alium peruenit: nec enim negari potest quin damnum sentiat ex amisso rei suæ dominio, si non statim ei per condictionem succurratur aduersus eū ipsum qui accepit, quamuis ab alio indemnis seruari possit. Sicut enim nemo ideò obligatur quòd ab alio posteà sit repetiturus *l. nemo ideo 171. de regul. iur.* ita neque actionem quam aduersus vnum habet ob id solum amittere debet, quòd aliam aduersus alium exercere possit, cùm actio quæ adiicitur nunquam priorem tollat, quia nec pluribus actionibus hominis vnius indemnitati consuli quicquam prohibet, dum ne bis idem consequatur *l. 1. §. 1. infr. quod legat. l. si quis dolo 51. infr. de re iudic.* Atqui in proposita specie fideiussor ille est, quem ponimus soluisse legatum indebitum, non heres. Ergo fideiussori non heredi danda legati indebitè soluti cōdictio est, scilicet si suo nomine soluerit, quod & in dubio præsumendum est *l. 4. infr. de solut.* non etiam si nomine heredis, alioqui danda esset heredi condictio aduersus legatarium, mox repetitio fideiussori actione mandati contra heredem *l. indebitam 47. infr. hoc tit.* Ita enim accipiēdum esse hunc §. omnes consentiūt: nec fideiussori nocebit, quòd legatum debeat ex sua promissione & stipulatione, non ex testamento, quod inofficiosum pronunciatum, aut aliàs irritum factum sit. Quamuis enim stipulatio legatorum sit cautionalis, ideóque interponatur vt nouet actionem ex testamento *l. 1. de prætor. stipulat. iunct. l. cùm filius 76. §. heres meus delegat. 2.* tamen actionis ex testamento quam nouit naturam induit, & vicem repræsentat, ita vt si quis sub conditione legatum stipulatus, pendente cōdicione decesserit, stipulatio euanescat, quia nec legatum transmitteretur *leg. 1. §. si quis sub condicione.* Vbi additur huic stipulationi easdem causas & condiciones inesse quæ legato insunt. Proinde si qua sit exceptio quæ petenti legatum opponi soleat, eandem ex stipulatu quoque agenti opponendam esse. De quo tamē videnda sunt & tenēda quæ generaliùs & specialiùs de cautionalium omnium stipulationum natura scripsimus *libr. 3. Coniect. ca. 1.*

39. MARCIANVS libro 8. Institutionum.

SI quis, cùm à fideicommissario sibi cauere poterat, non cauerit: quasi indebitum, plus debito eum solutum repetere posse, Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.

Ad l. Si quis cùm à fideicommissario 39.

RAT. DVB. Multum distat cautio præstanda heredi à fideicommissario, à fideicommisso, quod heres fideicommissario præstare debet, nec quod heredi cauere fideicommissarius debeat, facit vt eo minùs fideicommissum ab herede debeatur. Habent enim fideicommissum, & cautio quæ fideicommissi nomine præstanda est, causas suas separatas, cùm fideicommissum quidem ex testamento debeatur: cautio verò non nisi ex edicto prætoris, siue de cautione illa intelligas, quæ legatorū & fideicommissorū omnium seruandorum causa præstari debet ex generali edicto, vt *legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* quæ mihi probabilior huius loci interpretatio esse videtur, siue cum Accursio de cautione interponenda ex edicto, si cui plus quàm per *leg. falcid. de qua in l. 3. §. item sciendū est & §. vlt. iunct. l. 1. §. hodie & pass. ill. tit. si cui plus quàm per leg. falcid.* Siue denique de cautione, quæ à fideicommissario præstanda interdum est, pro indemnitate heredis, vt in *l. cùm hereditas 36. iunct. l. debitor 59. in fine princip. infr. ad SC. Trebell.* Nam alia duo exempla quæ adfert Accursius ex *l. patronus 60. infr. ad SC. Trebell.* de patrono, qui ex debita tantùm portione institutus fideicommisso aliquo grauatus est, & de eo qui pro fideicōmisso relicto sub condicione quæ in non faciendo consistit, Mucianam cautionem non obtulit ex *l. Muciana 7. de condic. & demonstr.* mihi non videntur ad rem pertinere: cùm in specie *d. l. patronus* nullo cautionis remedio fieri possit, vt valeat fideicommissum, quod patrono ex debita tantùm parte instituto iniunctum est, *d. l. patronus*, quæ ideò condicionem dat fideicōmissi purè & absolutè, non autē interim & quousque cautio præstita sit, quæ nulla hoc casu debetur, in legato autem quod relictum est sub condicione quæ in non faciendo cōsistit, Muciana cautio desideretur, non vt heredi prospiciatur, sed vt legatario, id est vt possit ille priùs etiam quàm impleta sit cōdicio, legatum petere, quod alioqui nec viuo legatario deberetur tanquam nondum impleta condicione, nec post impletam cōdicionē, quæ scilicet, sicut nō potest impleri nisi morte legatarij, ita nec impleta esse nisi ipso mortuo, & eo tēpore quo acquirendi legati ampliùs capax non est. Deniq. Muciana cautio non nisi loco remedij introducta est & causatiuè, vt Bartolus loquitur, id est si legatarius deberi legatum velit, quod alioqui omnino indebitū esset. Ergo vt propositā dubitādi rationē concludamus, si heres cū à fideicōmissario fideicōmissum petere cautionē vicissim à fideicommissario debitam non petierit, & nihilominùs fideicommissum soluerit, non est ei permittendum vt condictione indebiti fideicōmissum repetat, quod negari non potest debitum esse. Quidni enim dicimus potiùs dandam heredi ex edicto actionem, vt debita cautio præstetur? vt in *l. qui iniuriæ 30. supr. hoc tit.* Præsertim postquàm placuit etiam post solutum legatum vel fideicom-

deicommissum, cautionem illam exigi posse *d.l.3.§. item sciendum est infr. si cui plus quàm per leg. falcid.* neque verò diffitetur Bartolus condictionem indebiti hoc casu locum habere non posse, sed ait dandam esse condictionem incerti, quasi quæ, si Bartolo credimus, à condictione indebiti separanda sit, sed malè, vt à nobis iam sæpius probatum est in superioribus. Condictio enim indebiti duplex est: vna certi de qua in *d.l. patronus & pass. hoc tit.* Alia incerti, qualis illa est de qua Marcianus hîc tractat, & in *l. seq. §. si pars infr.* Dec. Indebiti condictio locum habet, non solùm si quid omnino indebitum solutum sit, sed etiam si quid plus debito, quia & illo casu ex parte indebitum est. Sed ex qua parte? Hoc verò nesciri potest, cùm cautio pro fideicommisso debita totum fideicommissum afficiat, cuius proinde nulla pars debetur, quin totius fideicõmissi nomine cautio præstita sit. Totum ergo fideicõmissum necessario condicendum est, & quidem condictione indebiti, sed incerti, vt diximus, non autẽ certi, quia licet fideicõmissum quod condicitur certum sit, non tamen repetitur tanquàm absolutè, & simpliciter indebitũ, sed tanquã indebitũ interim, id est quousq; cautio præstita sit. Repetitur ergo ad hoc solùm vt cautio præstetur, quod quoniã facti est & in faciendo cõsistit, hoc ipso incertũ est *l. vbi autem 75. §. qui id quod infr. de verb. oblig.* ideóque non nisi condictioni incerti indebiti locus esse potest, vt & in *leg. quòd si nulla 60. de legat. 1. leg. si dominus 8. & seq. de præscr. verb.* Ad hanc legem valde pertinet quod scriptum est in *leg. heres 21. ad SC. Trebell.* quam ab Accursio & glossatoribus prætermissam esse miror, & de cuius sententia ac emendatione scripsimus *Decad. de erroribus pragmaticorum. Error.* meliùs quàm in *quibus 10. decad. 26.* Iunge quæ dicam ad *leg. ex Error. 51. infr.*

40. Idem libro 3. Regularum.

QVi exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum. nam siquidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest: vt accidit in senatusconsulto de intercessionibus. vbi verò in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur: veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, & paterfamilias factus soluerit, non repetit.

Ad l. Qui exceptionem 40.

Rat. dvb. & decid. ad hanc legem eadem est quæ ad *l. si non sortem 26. §. indebitum supr. hoc tit.* vbi eadem sententia proponitur, quæ tamen in hac lege pluribus explicatur, & adhibita distinctione illa, an exceptio perpetua quæ ante solutionem competebat, & cuius prætextu is qui soluit, prætendit repetitionem soluti, tanquam indebiti, inducta sit fauore eius cui datur, qualis est exceptio Velleiani de intercessionibus mulierum, an potiùs odio eius contra quem datur: qualis est exceptio Macedoniani aduersus eum qui filiofamilias pecuniam credidit, vt priore casu exceptio perpetua inducat repetitionem soluti non etiam posteriore *l. sed si paterfamilias 9. §. vlt. infr. de SC. Maced.* vbi Vlpianus aliis quidem verbis, sed non dissimili sensu scribit, eos qui perpetua exceptione tuti sunt, ita demùm solutum non repetere, si ob pœnam creditorum actione liberati sunt, non etiam quòd exonerare eos lex voluerit. Iunge *l. si pœna 19. in princ. supr.* Porrò filiusfamilias qui à creditore mutuam pecuniam accepit citra voluntatem patris, & extra eos casus, quibus Macedonianum cessare placuit, non ideo à condictione certi liberatur, ne cum effectu conueniri à creditore possit, quòd exoneratum eum Senatus velit, sed odio tantùm creditoris, & in pœnam illius qui mutuam pecuniam filiofamilias credidit in necem fortasse patris, cuius vita ex eius mutui causa etiam periclitari potest *l. 1. l. 3. §. is autem solus infr eod. ill. tit.* Quod in senatusconsulto Velleiano de intercessionibus mulierum contrà est. Voluit enim senatus exoneratas esse mulieres, quæ contra ordinis amplissimi decretum intercesserint, ne cum effectu obligari possint: fauore scilicet infirmitatis & imbecillitatis sexus, non autem quòd vllo dignus sit odio is qui cum muliere bona fide contrahit, licet eam intercedere non ignoret. Contra hanc tamen distinctionem illa dubitandi ratio vrgere non parùm videtur, quòd facilius permittendum videatur, vt quis renunciet iuri in fauorem suum introducto, quàm vt renunciet ei iuri, quod odio alterius comparatum est. Licet enim cuilibet iuri suo renunciare *leg. pen. C. de pact. l. si iudex circumuento 41. supr. de minor.* atqui renunciat iuri suo, qui perpetuam exceptionem qua tutus erat, omittit, mauultque soluere quàm ipsa vti, donantíque similis esse dicitur in *l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat. & delegat.* Cur ergo repetet potiùs is qui fauorabili exceptione tutus fuit, quàm qui odiosa? Imò, si verum amamus, cùm fiat odio creditoris qui contra senatusconsultum filiofamilias pecuniam credidit, vt exceptione perpetua repelli debeat? An non facere idem odium deberet, vt etiam posset repeti, quod huic creditori solutum esset? In repetitione siquidem fauor repetentis versatur, odium verò illius qui condictione tenetur. E contrario enim quia fauore mulierum Velleiani exceptio introducta est, damus mulieri repetitionem, quæ id soluit, quod beneficio exceptionis perpetuæ potuerat in perpetuum retinere. Sed pro decidendi ratione respondendum est, Condictiones omnes, præsertim verò condictionem indebiti, ex bono & æquo comparatas fuisse, & ex æquitate naturali *leg. nam hoc natura 14. & seq. supr. leg. hæc condictio 66. infr. hoc tit.* eas autem exceptiones perpetuas, quę non tam fauore excipientis, quàm odio aduersarij inductæ sunt, non tam naturali aliqua æquitate niti, quàm ciuili: ideóque non posse parere indebiti soluti repetitionem. Eiusmodi est, vt diximus, exceptio Macedoniani. Quænam enim naturalis æquitas suadet aut patitur, vt filiusfamilias qui mutuam à creditore pecuniam accepit, non cogatur eam reddere? An verò facere senatus potuit, vt non remaneret naturaliter obligatus? *leg. quia naturalis 10. eod. tit de SC. Maced.* Quid verò aliud est obligatum quem esse natura-

liter, quàm obligatum esse ex æquitate naturali? *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Vt ergo naturalis illa obligatio effectum suum non habeat, qui in eo maximè elucet, vt impediat repetitionem soluti *leg. 3. §. vlt. supr. quod quisq. iur. leg. naturales 10. infr. de oblig. & action. leg. frater à fratre 38. & pass. supr. & infr. hoc tit.* necesse est vt æquitas illa qua naturalis obligatio nitebatur, contraria æquitate, eáque potentiore debilitetur. Qualis æquitas illa est, quæ perpetuam exceptionem in fauorem excipientis potest inducere. Nullus enim fauor esse potest ad excipiendum, si non eam caussam foueat, quæ naturalem in se habeat æquitatem. Itaque quamuis mulier quæ contra Velleianum intercessit, perinde sit obligata naturaliter, atque filiusfamilias qui contra Macedonianum mutuam pecuniam accepit, non prohibetur tamen quod per errorem soluerit repetere, quoniam naturalis æquitas, quæ fauore mulierum inducit ex authoritate senatusconsulti perpetuam Velleiani exceptionem facit, vt vel nulla superesse intelligatur naturalis obligatio mulieris, tanquam cuius vinculum contrariæ æquitatis vinculo sublatum sit vt in *dict. §. naturalis.* Vel facta sit infirmior, quàm vt soluti repetitionem impedire possit. Maior enim æquitas & potestas exceptionis vincit primam illam æquitatem naturalis obligationis, neque verò nouum est, vt æquitas cum æquitate pugnet, & fortior vincat infirmiorem *dict. §. naturalis & leg. si seruum 61. §. quod verò infr. de furt.* At Macedoniani exceptio quamuis æquè perpetua sit, candémque senatus authoritatem præ se ferat, quia tamen non tam naturali quàm ciuili æquitate nititur, nec tollere potest, nec vincere naturalem illam obligationem, quæ etiam post senatusconsultum ex mutuo nascitur. Proinde nec impedire retentionem soluti, quam naturalis obligatio creditori solutionem accipienti peperit. Hinc verò intelligimus quàm grauiter nostri errent in eo quod putant, Velleiano senatusconsulto renunciari posse, quia possit quilibet, vt diximus, fauori suo renunciare, Macedoniano non posse, quòd non nisi creditoris odio comparatum sit, neutra enim renunciatio permittenda est, ne alioqui facile sit vtriusque senatusconsulti potestatem eludere, muliere vel filiofamilias renunciante senatusconsulto eadem facultate qua contrahit, vt in mulierum contractibus & intercessionibus, apud nos, qui errorem interpretum secuti renunciationes istas admittimus, quotidiano vsu experientia comprobanit, *leg. quidam 29. in fin. infr. ad SC. Velleian.* denique priuatorum cautiones, & conuentiones legum, atque senatusconsultorum authoritate, censeri numquam debent *leg. vltim. infr. de suis & legit.* Vt scilicet impediri possit natiuitas & potestas exceptionis, quæ ex vtroque senatusconsulto nascitur. Quamuis vbi iam nata, & quæsita exceptio est, non cogatur mulier ea vti si nolit *leg. vltim. §. pen. infr. ad senatusconsult. Velleian.* nec magis filiusfamilias quàm mulier. Quod & in cæteris conuentionibus iuris est, quæ si fiant ad obtundendam aciem legis vel senatusconsulti, priusquàm lex aut senatusconsultum vires suas exercere potuerit, nullius momenti sunt, tanquam factæ contra ius publicum. Valent verò, si postquàm legum voluntati & potestati satisfactum est, interuenerint *leg. si quando 35. §. & generaliter Cod. de inoffic. testam. leg. quod bonis 25. §. primo leg. Seius & Agerius 27. infr. ad leg. falcid.* Quemadmodum enim voluntas legis illa est, vt filius etiam inuitus possit legitimam cōsequi in bonis patris vel matris, non etiam vt inuitus eam consequatur: itémque legis falcidiæ & senatusconsulti Pegasiani, vt possit heres etiam inuitus quartam ex legatis & fideicommissis detrahere, non etiam, vt detrahat inuitus *leg. si sponsus §. §. si quis rogatus infr. de donat. int. vir. & vxor. leg. patrem 19. & seq. infr. qua in fraud. credit.* Ita & vtriusque senatusconsulti Macedoniani & Velleiani voluntatem & potestatem illam esse fatendum est, vt & filiofamilias competat exceptio Macedoniani aduersus creditorem, à quo mutuam accepit pecuniam, & mulieri exceptio Velleiani aduersus eum apud quem intercessit, etiamsi neque filiusfamilias, neque mulier eiusmodi exceptionem velit sibi competere, sed non etiam vt ea exceptione sibi competente vti cogantur, si nolint. Cæterùm si quid contrà factum & conuentum sit, siue à filiofamilias siue à muliere, per quod natiuitas exceptionis eáque vtendi potestas impediatur, nullius momenti illud est tanquam factum in fraudem senatusconsulti, siue Velleiani, siue Macedoniani *dict. leg. 3. §. is autem solus in fin. & leg. item si 7. alias leg. sed Iulianus §. mutui dationem infr. de SC. Maced. dict. leg. quidam 29. §. primo ad senatusc. Velleian.* Illud etiam obseruatione dignum est, malè nostros hanc legem sic intelligere, quasi Marcianus distinguat, an exceptio sit fauorabilis, an odiosa: aliud enim longè est, tractare de exceptione quæ odiosa sit, vt ipsi loquuntur, aliud verò de ea quæ inducta sit odio creditoris, quomodo Marcianus hîc vult nos loqui: potest siquidem fieri, vt exceptio aliqua sit odiosa certo respectu, vt puta exceptio doli, quæ licet infamiam non irroget, famam tamen & existimationem suggillat apud bonos & graues viros, *leg. 4. §. aduersus infr. de doli mal. except.* ideóque nec à liberis contra parentes, nec à libertis contra patronos obiici potest *leg. licet 7. §. nec exceptiones infr. de obseq. parent. & patron. præst.* nec tamen comparata sit odio eius cui obiicitur, sed ex summa æquitate naturali, fouente caussam excipientis, vt in hac ipsa doli exceptione contingit, quæ licet ideo comparata esse dicatur, ne cui dolus suus contra naturalem æquitatem prosit, aut potiùs, ne quis per occasionem iuris ciuilis contra æquitatem naturalem lucrum captet ex damno alieno, quomodo scriptum est in *leg. 1. de doli mal except.* Hoc ipso tamen intelligimus naturali æquitate potissimùm hanc exceptionem niti, & idcirco non tam odio eius cui obiicitur inductam esse quàm fauore obiicientis. Idque apparet euidentiùs ex eo quod licet nō alij possit exceptio hæc obiici, quàm ei qui ipse dolum admisit, ex parte tamen obiicientis in rem est, nec requiritur, vt is ipse dolum passus sit, *l. 2. §. planè eod. tit.* nempe quia naturalem in se habet æquitatem, & ad fauorem causæ respicit magis quàm ad odium actoris: alioqui & condictio indebiti odiosa dicenda esset: cùm non detur aduersus alium quàm qui ex aliena iactura contra naturalem æquitatem locupletari velit *d. l. nam hoc natura 14.* vbi diximus *supr.* qui semper odio certè dignus est, & quidem maximo, tanquam qui ius ipsum naturæ infringat *l. iure natura 206. de regul. iur.* Hinc igitur est, quod quisquis doli exceptione tutus fuit, quæ perpetua semper est *l. purè 5. §. vlt. de doli mal. except.* si per errorem soluerit repetit *l. qui se debere 7.* vbi diximus *supr. de condict. caus. dat.* quomodo cæteri de quibus

Mar-

Marcianus in hac lege, qui exceptionem habent in sui fauorem introductam. Nec proinde cum interpretibus valde laborandum est, vt distinguamus doli exceptionem specialem à doli exceptione generali, quæ cum aliis exceptionibus plerumque concurrit, aut vt quinque doli exceptiones constituamus, quod nos iam satis refutauimus ad *d. l. qui se debere.* Exceptioni Macedoniani similior est exceptio præscriptionis longissimi temporis quippe quam posteriores Imperatores induxerunt, non tam fauore debitoris aut possessoris, quàm odio negligentis, nec tam ex æquitate aliqua naturali quæ repugnat potiùs, nec patitur, vt id quod nostrum est, nobis sine facto nostro auferatur *l. id quod nostrum 11. de regul. iur.* nec vt cuiquam mortalium ignoranti condicio iniqua per alium inferatur *l. non debet alteri 74. eod. tit.* sed æquitate merè ciuili, vt & vsucapio, ne rerum dominia semper sint in incerto *l. 1. de vsurpat. & vsucap.* & vt diligentior quisque fieret ad res suas repetendas, & actiones suas exercendas *l. vlt. C. de annal. except. l. vlt. C. de præscript. long. temp. l. 3. & pass. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Igitur si quis tutus exceptione perpetua longissimi tẽporis siue triginta siue etiam quadraginta aut plurium annorum nihilominùs soluerit, non repetet condictione indebiti, quia bonã fidem agnouit, & naturalẽ obligationẽ quæ per huiusmodi exceptionẽ nec nomine nec effectu tollitur. Eóq; iure passim vtimur. Nam & quod magis est, si verus debitor à iusto creditore conuentus per iniustã iudicis sententiã absolutus sit, & posteà soluerit, non repetit *l. Iulianus 60. infr. hoc tit.* nimirum quia licet rei iudicatæ exceptio æquè perpetua sit, non tamen æquitate naturali nititur, sed potiùs ciuili. Quid enim si per imperitiam iudicis, aut per gratiam, aut quod fœdius est, per sordes iudicatum sit? Quis putet ex naturali æquitate hoc casu competere exceptionem rei iudicatæ? Et tamen perinde standum est rebus ita iudicatis propter rerum iudicatarũ authoritatem *l. seruo 65. §. cùm Prætor inf. ad SC. Trebell. l. si per imprudentiam 51. de euict. l. exceptione 67. de fideiuss. l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* Alioqui nullus esset litium finis, & facilè accideret, vt repetita sæpiùs lite, contraria pronunciarentur *l. singulis 6. infr. de except. rei iudic.* Quæ ratio & æquitas merè ciuilis est, vt nemo non videt. Proinde naturalem obligationem tollere non potest, nec eius effectum ad inducendam repetitionem soluti *dict. leg. Iulianus*, cuius hæc vera & germana ratio est, non quam Accursius, Bartolus & alij afferunt, quòd exceptio rei iudicatæ inducta sit ad conseruandum iuris rigorem. Quamuis Bartolus malit hoc intelligere de exceptione litis pendentis, quasi de ea tantùm loquatur Paulus in *d. l. Iulianus*, quod nos ad eum locum latiùs refutabimus.

1 ¶ Si pars domus, quæ in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommisso cedẽtem, & eandem heres sua impensa refecerit: deducendam esse impensam ex fideicommisso constat. &, si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici [a], quasi plus debito dederit.

Ad §. 1. Si pars domus.

RAT. DVB. Condictio indebiti non nascitur nisi ex aliquo negotio gesto per quod res fiat accipientis, *l. si in area 33. supr. hoc tit.* atqui nullum negotium geritur inter heredem, qui ædificat in area per fideicommissum relicta, & fideicommissarium, quia cùm superficies & naturali & ciuili ratione cedat solo, *l. 2. infr. de superfic.* non potest quod in area ædificatum est, ad alium pertinere quàm ad fideicommissarium, ad quem & area ipsa pertinet. Ergo si pars domus, quæ in diem siue certam siue incertam per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem, id est siue viuo adhuc siue iam mortuo testatore, & eam heres sua impensa refecerit, & tamen sine deductione domum tradiderit, non potest habere condictionem indebiti siue certi siue incerti, sed imputare sibi debet, cur retentionem quam solam habebat, omiserit *ex reg. leg. ex quibus 51. infr. hoc tit.* Quid enim fecit accipientis? *d. l. si in area vers. sed etsi is & l. si vrbana 54. infr. & l. heres 21. infr. ad SC. Trebell.* Hac nimirum ratione victi interpretes comminiscuntur, legatam in hac specie fuisse domum alienam, aut quæ esset heredis, vt per traditionem ab herede postea factam aliquid ab eo in legatarium transiisse dici possit, quod factum fuerit accipientis. Ridiculè. non enim de domo legata Marcianus hîc loquitur, cuius dominium si fuerat testatoris, recta via transire in legatarium potuerit *l. à Titio 64. infr. de furt. l. legatum 80. de legat. 2.* Sed de domo per fideicommissum relicta, quæ licet fuerit in dominio defuncti, non priùs tamen acquiri fideicommissario potuit, quàm ei tradita sit ab herede. Nec enim dominia fideicommissorum quæ iure vetere inspecto legibus erant incognita, transire in fideicõmissarium poterant nisi per traditionẽ, adeóque secuta traditione: non ideo tamen fideicõmissarius fiebat dominus quiritiarius rei per fideicommissum relictæ, sed tantùm bonitarius, quasi nuda esset traditio, quæ iustã & legitimã causam non haberet *l. qui vsumfructum 3. supr. si vsusfr. pet. l. Herennius 41. infr. de vsur. Iunct. l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Gerit ergo heres negotium aliquod cum fideicõmissario quãdo partem cõbustam domus hereditariæ per fideicommissum relictæ sua impensa reficit, & refectã tradit, atque ita per traditionẽ facit ipsam accipientis. Proinde æquũ est dari condictionem heredi, si domũ totam non deducta refectionis impensa restituerit, quia negari nõ potest quin plus debito soluerit, cùm impensam quam deducere poterat, non deduxerit, vt & in lege præcedente, vbi diximus. Ponimus autem refectã esse partẽ domus ab herede, quia si à testatore refecta esset, nullam actionem eo nomine heres cõtra fideicõmissarium haberet, nullámq; deductionẽ impensæ, quã totam fideicõmisso, & fideicõmissarij lucro cedere oporteret, etiãsi tota domus exusta proponeretur, dummodo particulatim refecta esset, quãuis ita, vt nihil penitus ex pristina materia superesset, quia non eo minùs fideicõmissum duraret *l. si ita legatum 65. §. vlt. de legat. 1. Iunct. l. domos hereditarias 18. eod. tit.* Nihil tamẽ interest an pars domus arserit, an tota post mortem testatoris, quia si ab herede refecta sit, siue tota, siue per partes impensa ei omnimodo à fideicõmissario præstanda est, & ex fideicõmisso deducenda. Cæterùm si viuo testatore domus arserit tota, di-

stinguendum est, an in eodem loco, eadémque area testator aliam domũ ædificauerit necne, vt priore casu fideicõmissum intercidat, nisi testatorem aliud sensisse appareat, quáuis area esset relicta in qua secundũ ædificium extructũ est *d.§.vlt.* Posteriore verò casu fideicõmissũ subsistat areæ quæ post totam domũ exustam adhuc superest, & quæ ex legato vindicari aut ex fideicõmisso peti potest *d.l. domus hereditarias & l.si grege legato* 22. *in fin. de legat.*1. Itaq; quicquid in illa area ab herede ædificatũ est, id vt legato vel fideicõmisso cedat, necesse est, sed non facit ea res quin totã impẽsam ab herede factã ex fideicommisso, aut ex legato deduci oporteat. Hæc si proprietas ædium legata, vel per fideicõmissum relicta fuerat. Nã si vsusfructus constat redactis & depressis ad areã vsq; ædibus vsumfructũ extingui, nisi per partes & demolita sit domus, & refecta *l. quid tamen* 10.§.1.*& pen. supr. quib. mod vsusfr. amitt.* Faciliùs enim extinguitur legatum aut fideicõmissum vsusfructus quàm proprietatis, vt ibi diximus, an verò distinguemus vtrũ in diem certã fideicõmissum relictum sit, an in incertã? Aliter enim cedit fideicõmissi dies cùm in diẽ certã relictũ est, aliter verò cùm in diem incertam. Priore casu cedit fideicõmissi dies statim à morte testatoris, quia diem venturã esse certũ est. Posteriore verò nõ cedit nisi postquàm dies extitit, quia dies incertus pro condicione habetur *l. dies incertus* 75. *de condic. & demonstr. l.*4.§.*& pass. infr. quando dies legat. ced.* Itaque cùm ponimus arsisse domũ ante diem fideicõmissi cedentẽ, si dies certus fuit, perinde est acsi poneremus viuo adhuc testatore domũ arsisse: Si verò dies incertus fuit, potuit arsisse etiam post mortẽ testatoris. Ergo sequenda ea distinctio est, quã attulimus suprà, cùm distinximus, an viuo an mortuo testatore pars domus cõbusta sit. Probabilius tamen est, vt de eo fideicõmisso Marcianus hîc loquatur, quod relictũ fuerit in diẽ incertum. Nam quod in diẽ certũ relinquitur, post diẽ potiùs relinqui dicitur *d.l.*5.§.1.*quando dies legat. ced.* ambiguitatis vt puto vitandæ gratia. Quamquã quod ad retinẽdam huius §. sententiã attinet, nihil refert an viuo an mortuo demùm testatore domus arserit, dũmodò non à testatore ipso refecta sit, sed ab herede, quod nisi post mortẽ testatoris nũquã heres factus sit. Ideo autẽ locutus videtur Marcianus de parte domus nõ de tota domo exusta, ne alioqui totum fideicõmissum indebitè solutũ videri magis posset, si totam domũ heres suis sumptibus refecisset: cùm enim pars tantùm domus exusta est, ante diẽ fideicõmissi cedentem & ab herede refecta, minor dubitandi causa est quin fideicõmissum non totũ fuerit indebitũ, illud tamen verũ est hoc casu solutũ plus debito fuisse, quod sufficit ad dandã indebiti condictionem *d.l. prox praeced. supr.* Tametsi priore etiã casu nõ eo magis totũ indebitè solutũ dici posset, quandoquidem etiã tota domo cõbusta superesset area, quæ in fideicõmisso remaneret, atque ita faceret ne totũ quod solutũ esset, indebitũ videri deberet: melius igitur est dicere ideò de parte domus ante diem fideicõmissi cedentem exusta, locutũ esse Marcianum, quia si tota domus viuo testatore exusta fuisset, eadémq; viuo etiã testatore refecta, nullũ fideicõmissum superesse: *d.l. si ita legatũ* §.*vlt.* nec totum plus debito, sed etiã totũ fideicõmissum indebitè solutum esset, ideóque indebiti quidem condictione repeteretur, sed certi non incerti.

a *Posse incerti condici.* Et tamen indebiti, noli enim cum Accursio, & Bartolo condictionem indebiti à condictione incerti hac parte separare, secundum ea quæ diximus ad legem proximè præcedentem, vbi rationem attulimus cur incerti hoc casu agendum sit non certi, de quo etiam tractauimus in *Error.* 10. *decad.* 26. *de error. pragmat.* vbi vide.

2 ¶ Si pactus fuerit patronus cum liberto, ne operæ ab eo petantur: quidquid postea solutum fuerit à liberto, repeti potest.

Ad §.*vlt. Si pactus.*

Rat. dub. Pactum ne operæ à liberto præstentur, videtur esse contra debitam patrono reuerentiam, quæ facit vt operas libertus patrono debeat naturaliter *l. si non sortem* 26.§. *libertus in fin.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Ergo est contra bonos mores *l. alia* 14.§.*eleganter infr. solut. matrim.* ac proinde non potest tollere naturalem obligationem. Quod enim dici solet naturalẽ obligationẽ tolli pacto contrario *l. Stichũ aut Pamphilũ* 95.§.*naturalis de solut.* tum verè dicitur, cùm pactũ iustũ est, quomodo Papinianus loquitur, id est neq; legibus neq; bonis moribus contrarium, vt benè interpretatur hîc Bartolus. Superest igitur etiam post pactũ de non petendis operis naturalis obligatio liberti, quæ solutarũ operarum repetitionẽ impedit. Dec. Pactum de non petendis per patronum operis à liberto, non ad alias operas referri potest, quàm ad eas quæ alioquin peti possent. Frustra enim pacisceretur quis de non petenda ea re, quæ nullo etiã pacto interposito peti tamen non posset, atqui nõ alias operas exigere ac petere patronus à liberto potest, quàm quas libertus ipse in accipienda libertate, aut stipulanti patrono, aut per iusiurandum promiserit *l.*3.4.*l. vt iurisiurandi* 7.*& pass. infr. de oper. libert.* Nã quæ promissæ non sunt, retinentur quidem, nec repetuntur si præstitæ sint, tanquam naturaliter debitæ *d.* §. *libertus* sed peti tamen non possunt, quia ciuiliter nõ debentur, ex naturali enim obligatione sicuti repetitio non est soluti, ita nec petitio non soluti. Ergo si post contractam à liberto siue per stipulationem siue per iusiurandũ obligationẽ operarum conuenerit inter patronũ & libertũ ne operæ illæ præstẽtur, dicendum est sublatã eiusmodi promissione obligationẽ naturalem, & quicquid operarũ nomine posteà solutum erit repeti posse, nec iniustũ videri pactum debere, aut contra bonos mores, cùm sicut in patroni potestate fuit, vt libertũ ad præstandas operas obligaret, ita in eius arbitrio esse debeat, ne quid operarũ nomine à liberto possit exigere: quod fit si paciscatur de operis non petendis *d.§.naturalis l. si vnus* 27.§.*pactus ne peteret supr. de pact.* Esset sanè contra bonos mores pactum, & contra debitã patrono reuerentiã, si cõueniret, vt etiã solutæ à liberto operæ repeti possent. Sed cùm conuẽnit, vt non petantur etiam quæ promissæ sunt, pactũ incipit à patrono qui sibi legem vtiq; dicere potuit, & ius suũ etiã circa naturalem operarũ obligationẽ lædere. Et ideo quicquid posteà libertus operarũ nomine soluerit, indebitũ videri debet, indebitique cõdictione repetendum, quasi solutũ ex ciuili obligatione potiùs quàm ex naturali. Credendus enim quisq; est ex ea causa soluisse, ex qua efficaciùs potuit conueniri *l.*1. *& seqq. l. cùm ex pluribus* 97. *infr. de solut.* nec dubitatur quin pactũ de non petendo tollat obligationẽ naturalẽ *d.§. naturalis*, & inducat soluti tanquam indebiti repetitio-

tionem *l. cùm is 32. §. 1. supr.* Non ergo hac parte obsequiales operas à fabrilibus & artificialibus distinguere debemus, vt ab Accursio & Bartolo factum est, sed promissas & quæ si pactum de non petendo interpositum non esset, peti possent, ab iis quæ nunquam promissæ naturaliter tamen debitæ ac solutæ essent. De quibus repetendis tractari numquam potest, nisi cùm per facti errorem solutæ sunt ab eo, qui se putabat eas iure ciuili aut prætorio debere *d. §. libertus.*

41. NERATIVS libro 6. Membranarum.

QVod pupillus, sine tutoris auctoritate, stipulanti promiserit, & soluerit: eius repetitio est, quia nec natura debet.

Ad l. Quod pupillus 41.

RAT. DVB. Pupillus etiam sine tutoris authoritate stipulanti promittendo naturaliter obligatur *l. 1. in fin. infr. de nouat.* ideóque fideiussorem dare potest *l. si pupillus 127. infr. de verb. oblig. l. Stichum 95. §. naturalis de solut. l. si pupillus 35. supr. de recept. qui arbitr. recep. l. vlt.* vbi diximus *supr. de iureiur.* quem vtiq. dare non posset, si non magis quàm furiosus aut prodigus naturaliter obligaretur *l. is cui bonis 6. infr. de verb. obligat.* Obligationem enim aliquam aut ciuilē aut saltem naturalem subesse oportet, cui fideiussoria possit accedere *l. stipulatus sum 6. § vlt. & l. seq. l. qui contra 11. l. fideiussor 16. §. fideiussor infr. de fideiuss.* Atqui naturalis obligatio impedit repetitionem soluti, vt in hoc tractatu toties diximus ex *l. si pœna 19 in princip. l. si non sortem 26. §. libertus l. frater à fratre 38. & pass. supr. hoc tit. l. 3. §. vlt. supr. quod quisq. iur.* Ergo contrà quàm in hac lege scriptum sit, dicendum est, quod pupillus sine tutoris authoritate stipulanti promiserit, si soluerit repetere non posse, quia id naturâ debet. Ideóque nimirum coguntur Accursius, Bartolus, cæterique interpretes nostri legem hanc de eo pupillo intelligere, qui adhuc sit infans, aut qui cum ipso tutore suo contraxerit, & ei aliquid promiserit, quemadmodū & quod de pupillo mutuam pecuniam accipiente scriptum est in *l. pupillus 59. inf. de oblig. & action.* Pupillum mutuam pecuniam accipiendo sine tutoris authoritate ne quidem iure naturali obligari: quod tamen prorsus commentitium & ridiculum est. DEC. Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur.* Atqui verum non est, pupillum siue stipulanti alicui promiserit, siue mutuam pecuniam sine tutoris authoritate acceperit, iure gentium dare quicquam oportere, aut eum qui cum huiusmodi pupillo contraxerit, fidem eius secutum esse. Quænam enim fides esse potest quam sequare illius, qui nullo adhuc iudicio præditus esse intelligatur, quique à furioso hac in re parum distet *l. pupillus 9. infr. de acquir. hered. l. Fulcinius 7. §. planè interdum infr. quib. ex caus. in possess. eat.* qui quæ illa etiam ignorat, quæ videt *l. 1. C. de fals. monet.* cúmque vicio vt ita dicam, ipsius naturæ fiat, ne pupillus absque tutoris authoritate sibi consulere per ætatem possit, quis credat posse illum aut naturali aut gentium iure, quod hac parte vnum & idem est, obligari? Obligatur tamen naturaliter, quatenus obligationem naturalem non tam ex iure etiam naturali, quàm ex facto æstimamus *l. nec seruus 41. infr. de pecul.* Verum enim est pupillum & stipulanti promisisse, & mutuam pecuniam accepisse, vnde fit, vt & fideiussorem dare possit. Nec enim ex eo deterior fit condicio pupilli, si æquè sine tutoris authoritate fideiussorem dederit, quia fideiussor regressum aduersus eum habere mandati actione nullum possit *l. Marcellus 25. infr. de fideiuss.* Sed non tamen consequens est, vt ea naturalis obligatio damno aliquo afficere pupillum debeat, quomodo afficeret si esset ille iure naturali & gentium obligatus. Omnes enim effectus naturalis obligationis acceptò ferendi sunt iuri ciuili, puta vt retentionem pariat deductionem, exceptionem, compensationem, vt diximus ad *d. l. frater à fratre 38. §. quæsitum supr.* Atqui contra iuris ciuilis regulas est, vt pupillus absq; tutoris authoritate obligetur promittendo & paciscendo *l. contra iuris 28. supr. de pact. l. obligari 9. infr. de author. tutor.* & contra morem ciuitatis Romanæ *leg. more nostræ ciuitatis 8. infr. de acquir. hered. §. nunc admonendi Instit. quib. alien. licet vel non l. 1. §. de pupillo infr. de constit. pecun.* Ergo nō potest naturalis illa obligatio, quæ ex pupilli promissione nascitur, impedire repetitionem soluti, cùm iure gentium indebitam pecuniam soluerit *l. indebitam 47. infr. hoc tit.* Aliud est si mutuam pecuniam quam sine tutoris authoritate acceperat, soluerit: non enim contra iuris ciuilis regulas est, vt pupillus citra authoritatem tutoris mutuam pecuniam accipiat, cùm accipiendo fieri possit locupletior atq; ita etiam iure gentium obligari eo casu, quod ei non fuit interdicendum, ideóque si mutuam pecuniam quam acceperat soluerit, aut pubes factus aut ex tutoris sui authoritate, ita vt persona locum non faciat repetitioni, non repetit, *d. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio de solut. l. cùm illud 25. §. heres meus quando dies legat. ced. d. l. vlt. supr. de iureiur. l. interdum 19. supr. hoc tit. l. si pupillus 21. infr. ad l. falcid. l. si eius pupilli 64. ad SC. Trebell.* scripsi latius ad *d. l. vlt. de iureiur. & ad l. naturaliter 13. §. vlt. supr. hoc tit.* Verum igitur est quod Neratius hîc scribit, quod pupillus sine tutoris authoritate stipulanti promiserit, si soluerit, posse repetere, non quia naturaliter non debeat, sed quia nec natura debet, id est nullo iure, ne quidem naturali & gentium: quomodo debere illum oporteret, vt quod sine tutoris authoritate promissum soluisset, non posset repetere: alioqui secum pugnaret ius ciuile, si retentionem contra pupillū daret ex ea promissione, quæ contra iuris ciuilis regulas facta esset: at nō pugnat secū, tametsi retentionem det eius pecuniæ, quæ ex causa mutui soluta est, quia iuris ciuilis regula nulla est, quæ mutuam pecuniā sine tutoris authoritate dari prohibeat, quamuis pupillus qui mutuam pecuniam sine tutore accipit, non magis iure naturali obligetur, quàm qui aliquid sine tutoris authoritate promisit: vtroque tamen casu obligatur naturaliter, sed vno casu ita vt effectum habeat naturalis obligatio, alio verò casu, non item. Deniq; separanda ista sunt obligari quem naturaliter, & obligari iure naturali, vt nos docuimus in libris Coniectararum. Obligationē naturalē constituere potest quælibet æquitas naturalis quantūlibet generalis, qualis illa est, vt quis impleat quod promisit *l. 1. supr. de pact. l. 1. infr. de*

cōstit.pecun. At vt quis obligetur iure naturali, talē æquitatē esse oportet, cui alia æquitas potētior nulla repugnet, semper enim potentior æquitas vincit debiliorem *d. §. naturalis l. si seruum 61. §. quod verò infr. de furt.* Hic autem maior æquitas naturalis facit pro pupillo, ne cum effectu obligetur, quia per naturam ipsam fit, ne possit sibi consulere, quemadmodum diximus, & natura ipsa consilio eius quasi parum firmo resistit vt in *l. 4. de ser. export.*

42. VLPIANVS libro 68. ad Edictum.

POenæ non solent repeti, cùm depensæ sunt.

Ad l. Pœnæ 42.

RAT. DVB. Pœnæ omnes sunt odiosæ *l. seruus ea lege 7. infr. de seru. export.* & pœnales quoque omnes actiones *l. omnes pœnales 26. l. constitutionibus 33. infr. de oblig. & action. l. ex pœnalibus 58. de reg. iur.* Ergo pœnarū repetitio tanto fauorabilior videri debet, si quando iam solutæ, & depensæ sint. DEC. Odiosa semper causa est eius, qui pœnam soluit, non quia soluerit, sed quia antequàm solueret, id non fecerit, per quod euitare pœnā poterat, videtur enim hoc maluisse *arg. l. si patre cogente 12. infr. de rit. nupt.* nec enim pœna vlla cōmitti potest, nisi vel ob factum id quod fieri nō debuit, vel ob nō factū id quod fieri debuit *§. vlt. Instit. de verb. obligat. l. qui non facit 121. de regul. iur.* itaque culpa aliqua semper præcedit pœnā, & hoc respectu possunt videri pœnæ omnes etiam fauorabiles, inspecta vtilitate publica, & salute Reipublicæ, quæ, vt Plato dicebat, non minùs pœna, quàm præmio retinetur, neque verò pœna esset, si soluta posset repeti. Quid enim aliud est solutam pœnam velle repetere, quàm aut legibus si pœna legalis fuit, aut conuentionibus, si conuentionalis, velle illudere? Benè igitur regula iuris habet, id quod à quoquo pœnæ nomine exactum est, neminem cogendum ei restituere *l. quod à quoquo 46. de regul. iur.* Et id quod pœnæ nomine à debitore exactum est, lucro cedere creditoris *l. id quod pœnæ 74. infr. de solut. l. si pignore 22. vers. sed quod ipse debitor infr. de pignor. act. l. si debitor 79. infr. de furt.* Obseruandū tamen est, si quando pœna ex conuentione debeatur in vicem & taxationem eius quod interest, vt euenit plerunque in prætoriis stipulationibus *l. vlt. infr. de prætor. stipulat. d. §. vlt. Instit. de verb. oblig.* & in iudiciis bonæ fidei, non quidem restitui pœnam semel solutam, sed imputari tamen in condēnationem, quæ ex bonæ fidei iudicio petatur *l. quòd si ex stipulatu 42. l. duo societatem 71. infr. Pro socio. l. prædia 28. de action. empt.* Improbus enim est, & contra bonam fidem facit quisquis vult iterum consequi, quod iam accepit *l. si quis dolo 51. in fin. de re iudic. iunct. l. bona fides 57. de regul. iur.* non tamen consequens est, vt qui iam in pœnam incidit, eam omnimodo soluere cogi possit. Potest enim adhuc euitare pœnam, iis scilicet casibus quibus purgari mora potest, vt diximus, ad *l. qui ob rem 35. supr. hoc tit.* vide *l. sancimus 26. C. de fideiuss.* Sed vbi soluerit, nullus aut repetitioni aut pœnitentiæ locus superest *d. l. qui ob rem.* adeò autem pœnæ depensæ non solent repeti, vt si quis metu pœnæ soluendæ conuentus ex ea actione, quæ per inficiationem possit crescere, ac pœnalis fieri, soluerit indebitum, non possit repetere *l. ea quæ 4. C. hoc tit.* item vt quamuis pœnam quis præstiterit alteri gerens negotia, si tamen ob factum suum præstiterit, nec ab eo cui soluit repetere illam possit, nec ab alio cuius negotia gerebat, recuperare *l. qui proprio 46. §. item contrà supr. de procurat.* Sui enim facti pœnam quisque luere non alius debet: Pœnam tamen si ex conuentione debita & soluta fuerit legitimam esse oportet, nec legitimum modum excedere. Alioqui etiam soluta repeteretur *l. si non sortem 26. §. supra duplum supr. hoc tit. l. 4 de nautic. fænor. l. pecunia 9. in princip. l. placuit 29. de vsur.* Porrò quod ad hanc legem nonnulli adferunt quasi simile ex *l. si pœna 19. in princip. supr.* ad rem non facit. Ibi enim agitur de pœna creditoris cui solutum est. Hîc verò de pœna debitoris soluētis. Denique hæc lex est de pœnis debitis, non de indebitis: ideóque parùm pertinet ad hunc Titulum, nisi hoc sensu, vt quæ solutæ fuerunt, tanquam debitæ, non eo magis repeti possint, tanquam indebitæ, quòd is qui soluit paratus sit moram purgare, & id facere, quod si antè fecisset, pœnam soluere non debuisset. Pœna enim debita quandiu purgari mora potest, indebita fieri potest, sed post solutionem non potest *d. l. qui ob rem.* Iunge *l. 1. D. de leg. Iul. de ambit. l. 3. §. condemnatio de tab. exhib.* vide Cuiac. *lib. 8. Obs. cap. 39.*

43. PAVLVS libro 3. ad Plautium.

SI quis iurasset se dare non oportere, ab omni contentione discedetur. atque ita solutam pecuniam repeti posse, dicendum est.

Ad l. Si quis iurasset 43.

RAT. DVB. Is qui iurat se dare non oportere, non ideo iurat se nihil debere, ne quidem naturaliter. Est enim illa formula actionum ciuilium quæ condictiones appellantur *§. sic itaque & §. appellamus Instit. de action.* ac proinde quæ nihil commune habet cum naturali obligatione, ex qua scilicet neque actio datur, neque formula. Ergo etiamsi reus iurauerit actore deferente se dare non oportere, non eo minùs remanet naturaliter obligatus, sicut & is, qui per imperitiam aut iniuriam iudicis absolutus est, cùm esset verus debitor, ideóque si posteà soluerit, non repetet quia naturalis obligatio impedit repetitionem *leg. Iulianus verum debitorem 60. infr. hoc tit.* Præsertim cùm iusiurandum æquiparari soleat rei iudicatæ *l. 2. supr. de iureiur.* DEC. Iusiurandum interponi solet, vt ab omni contentione discedatur, & idcirco quoties ex delatione iuratum est, (alioqui non tam aduersario, quàm sibi iurasse quis videretur) non aliud ampliùs quæritur, quàm verum iuratum sit. Remissa quæstione an debeatur quasi hoc iureiurando satis probatū sit *& l. 3. in princ. & §. dato iur. supr. eod. ill. tit.* Ergo nulla obligatio superesse potest post iusiurandum, ne quidem naturalis, quæ possit impedire repetitionem soluti. Vnde est quod scribitur in *dict. leg. 2. de iureiur.* maiorem esse vim iurisiurandi quàm rei iudicatæ, nec sanè iure-

iureiurando minùs quàm iusto pacto naturalis obligatio tollitur *l. vlt.* vbi diximus *eod. tit. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis De solut* Habet enim iusiurandum naturalem æquitatem, cùm ex conuentione proficiscatur, ideóque vim transactionis obtinere dicitur *d. l. 2. tutor pupilli 35. §. 1. eod.* adeóque quod magis est solutionis *l. iusiurandum 27. eod.* Nemo autē dubitat quin solutione omnis tollatur obligatio, nec minùs naturalis quàm ciuilis, quæ omnia in exceptione rei iudicatæ diuersa sunt, quæ ciuili tantū æquitate nititur, vt diximus ad *l. qui exceptionem 40. supr.* quia neque ex conuentione nascitur, cùm iudicium reddatur in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. De verb. oblig.* neque iurisiurandi obstat formula. Nā & eum qui natura tantùm debet, quamuis iure ciuili & per actionem ac formulam conueniri non possit iure tamen gentium dare oportet *l. cùm amplius 84. §. is natura debet. De reg. iur. l. indebitū 47. hoc tit.*

44. IDEM libro 14. ad Plautium.

REpetitio nulla est ab eo, qui suum recepit: tametsi ab alio, quàm à vero debitore, solutum est.

Ad l. Repetitio 44.

RAT. DVB. Indebitum non modò ex persona eius cui soluitur, sed etiam ex persona soluentis æstimatur *l. si pœna 10. §. 1. supr. hoc tit.* Vbi disertè scriptū est, quamuis debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum det, repetitionem competere, veluti si is qui heredem se vel bonorum possessorē falsò existimans creditori hereditario soluerit Hic enim, inquit Pomponius, neque verus heres liberatus erit, & is quod dedit, repetere poterit. Ergo si alius soluerit, quàm qui debuit, licèt vero creditori soluerit, repetere poterit. An non enim respectu soluentis indebitum est, quicquid ille non debuit quāuis alius reuera debuerit? DEC. Multùm interest an quis suo nomine soluat, quasi ipse debeat, quod alius debet, an verò alieno nomine, illius scilicet qui verus debitor est. Priore casu repetitio est per condictionem indebiti, quia indebitum est, non tantū quod omnino non debetur, sed & quod alij debetur si alij soluatur, aut si id quod alius debebat, alius quasi ipse debeat soluat *l. in summa sexagesim. quint. §. vlt. infr. hoc titul.* At posteriore casu repetitio nulla est, & ita intelligi hæc lex debet, vt constat ex *l. de hereditate 5. C de petit. hered. l. si quid possessor 31. in princip. supr. eod. illo tit. l. si à patre 5. C hoc tit. l. cùm quis 38 §. de peculio infr. De solut.* dixi ad *d. l. si pœna §. 1.* Iunge *l. si quis delegauerit 12. infr. De nouat. l. purè 5. §. penultim. infrà. De doli mal. exception. & l. qui heredis 46. infr. hoc tit.*

45. IAVOLENVS libro 2 ex Plautio.

SI is, qui hereditatem vendidit, & emptori tradidit, id quod sibi mortuus debuerat, non retinuit: repetere poterit: quia plus debito solutum per condictionem, rectè recipietur.

Ad l. Si is, qui hereditatem 45.

RAT. DVB. Heres cui defunctus aliquid debuit, siue naturaliter tantùm, siue etiam ciuiliter, desinit esse creditor defuncti hoc ipso, quòd tanquam heres debitoris fit sui ipsius debitor, atque ita confusione omnis extinguitur obligatio, & naturalis quoque, non minùs quàm ciuilis, cùm natura ipsa impedimento sit, quominùs debere sibi quisquam possit *l ne cum filiofamilias 16. infr. De furt. l. debitori 50. De fideiuss. l. debitori 7. C. de pact.* Atqui semel extincta obligatio nunquam reuiuiscit *l. qui res 98. § aream infr. De solut.* Ergo si is qui hereditatem vendidit, eā emptori tradiderit, nec quod sibi defunctus debebat retinuerit, repetere nihil poterit, præsertim cùm imputare sibi debeat, cur non ex venditione id exceperit, aut si retinendi ius aliquod habuit, cur retentionem quam solam habebat omiserit *l. si in area 33. supr. hoc tit. l. heres 21. infr. ad SC. Trebell. l. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. Commun. diuid.* Certum enim est obligationem quę per aditionem hereditatis confusa, & per confusionem extincta semel fuit, nunquam resuscitari ad agendum, licèt ad excipiendum & retinendum prodesse possit *l. in impenenda 6. l. irritum 8. C. ad leg. falcid.* Non ergo prodesse potest ad dandam condictionem indebiti. DEC. Emptor hereditatis, licèt heres non fiat, quia is qui semel heres fuit, semper heres perseuerat *l. 2. Cod. de hered. vel act. vendit. l. ei qui soluendo 88. De hered. instit. l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus De minor. §. restituta Instit. De fideic. hered.* vicem tamen heredis in omnibus obtinet *l. 2. §. cùm quis infr. De hered. vel action. vendit.* quia inter venditorem & emptorem hereditatis id agi intelligitur, vt nec amplius nec minus iuris in emptorem transeat, quàm fuit penes venditorem *d. l. 2. in princip.* Atqui penes venditorem, eundémque debitoris heredem nihil ex hereditate peruenisse intelligitur, nisi quod deducto ære alieno superesse potuit *d. l. 2. §. peruenisse*, & quemadmodum cùm debitor creditori suo heres extitit, ratio quædam inter heredem & hereditatem ponitur, vt intelligatur maior hereditas ad heredem peruenisse, quasi soluta pecunia, quæ debebatur hereditati, & per hoc minùs in bonis heredis esse: ita ex contrario, cū creditor debitori suo heres extitit, minùs in hereditate habere videtur, tanquā hereditas ipsa heredi soluerit, vt eleganter Paulus scribit in *l. si ei 41. §. vlt. infr. De euict. l. quæ dotis 33. infr. solut. matrimon. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio vers. aliquando De solut.* Ergo quamuis cùm quis debitori suo heres extitit, creditor confusione esse desinat, æquissimum tamen est emptorem hereditatis ei teneri *dict. l. 2. §. cùm quis infr. De hered vel action. vendit.* cúmque heres adeundo debitoris sui hereditatē sibi ipsi ex ea soluisse videatur *d. l. si ei §. vlt.* consequens omnino est, vt si posteà hereditatē vendiderit, ac sine vlla retentione tradiderit, plus debito soluisse videatur. Eam

namque duntaxat hereditatem quam vendidit, tradere debuit, vendita verò hereditate, non aliud vẽdidisse intelligitur, quàm quod superesset deducto eo quod defunctus heredi debuisset. Nã etsi quoquo nomine obligatus erat venditor propter hereditatem, quamuis nondum id præstitisset, perinde tamen agere ex ea causa cum emptore posset *d.l.2. §.vlt.* Ergo quod plus debito hic heres soluit, per condictionem recipere illum posse dicendum est: per condictionem, inquam, indebiti & certi, non incerti. Nec enim condicenda est hereditas, vt retineri possit, quod ex ea nondum tradita retineri potuisset, quomodo in specie *l.qui exceptionem* 40.§. *si pars & in l.si quis cum* 39. *supr.* condicitur totum fideicommissum solutum, vt impensa quæ ex eo deduci potuerat, retineatur, sed ea tantùm quantitas condicenda est, quæ heredi eidémque venditori debita fuit, & quæ certa est: etsi enim non eam quantitatem soluit, sed hereditatem venditam, debitámque tradidit, attamen eam ipsam quantitatẽ emptori tradidisse intelligitur, quam sibi iam soluisse videbatur *l.4.l.si mulier* 10. *supr. De condict. caus. dat.* Ergo & eam ipsam quantitatem condicet, quã plus debito soluit, quoniam & ipsa sola indebita est: quod & Bartolus benè docet ex *l.5. §.si dos infr. De impens. in reb. dotal. fact.* vbi non tota dos deducitur, quæ sine impensarum necessariarum deductione soluta fuerat, sed ea tantùm quantitas, quæ pro impensis necessariis compensari potuit, tanquam quæ ipso iure minuant dotem *d.l.5. in princ. & l. quod ducitur* 15. *eod. tit.*

46. IDEM libro 4. ex Plautio.

QVi heredis nomine legata non debita, ex nummis ipsius heredis soluit, ipse quidem repetere non potest. sed, si ignorante herede nummos eius tradidit, dominus, ait, eos rectè vindicabit. eadem causa rerum corporalium est[a].

Ad l. Qui heredis 46.

RAT. DVB. Condictio indebiti ei competit, qui indebitum soluit, siue suo nomine soluerit, siue alieno, cùm prorsus indebitum est id quod solutum fuit: nam si fuit ab alio debitum, adhibenda ea distinctio est, quam attulimus ad *l. si pœna* 19. *§.1. & ad l. repetitio* 44. *supr.* At cùm à nullo fuit debitum, quidni condictio ei competet qui soluit, & quidem siue ex suis siue ex alienis nummis soluerit: nam & hoc ipso quod ex alienis nummis indebitum soluit, se obligat ei cuius nummi fuerunt à quo scilicet neq; verum, neque præsumptum mandatum habere vnquam intelligitur *arg. l. si procurator* 6. *§. Celsus supr. hoc tit. l. si procuratori* 14. *supr. De cond. caus. dat.* Id porrò in quo quis alij obligatus est, ei abesse videtur *l. si quis mandatu* 28. *in fin. supr. De neg. gest.* Quidni ergo ei cõdictio competet? Quemadmodum è contrario dicimus, his solis condicendam esse pecuniam quibus quoquomodo soluta est, non quibus solutio proficit *l. his solis* 49. *infr. hoc tit.* Ergo si quis heredis nomine legata non debita, quamuis ex ipsius heredis nummis soluerit, dicendum est condicere, eum posse, cùm indebitam iure gentium pecuniam soluerit, vt scriptum est *in l. prox. infr.* DEC. Omnis cõdictio præterquàm ex causa furtiua præsupponit translationem dominij quæ facta sit à soluente in accipientem. Nemo enim rem suam condicit, nisi à fure *l. vlt. supr. V sufr. quem caueat §. sic itaque Instit. de action.* atquin is qui heredis nomine legata non debita ex nummis ipsius heredis soluit, nullum dominium transtulit, quod habuerit, quia nec vllum habuit *l. nemo plus iuris* 54. *De reg. iur.* Dominium autem quod fuit heredis ita transtulit, si herede mandante aut saltem sciente soluerit, sed ea res condictionẽ acquirere heredi potest, non item ei qui soluit, præsertim, cùm etiam heredis nomine soluerit *d. l. prox. infr. iunct. l. videamus* 38. *§.1. & §. si actionem infr. De vsur.* Sed si herede ignorante solutum sit non potest ea solutio parere condictionem ne quidem heredi, cui dominium nummorum suorum ignoranti auferri non potuit *l. id quod nostrum* 11. *De regu. iur.* Ergo is qui heredis nomine legata non debita de ipsius heredis nummis soluit, duplici ratione condictionem habere non potest: & quia de nummis heredis soluit, non de suis, & quia heredis nomine, non suo: heres autem ipse condicere poterit, si eo sciente nec cõtradicente solutio facta sit, quòd si eo ignorante, condictionem quidem non habebit, quia dominus nummorum suorum mansit, sed ob hanc ipsam rationem habebit vindicationem, quæ cum iure dominij sic coniuncta est, vt quisquis se dominum alicuius rei potest dicere, eius quoque vindicandæ ius habeat *l. in rem* 23. *& pass. supr. De rei vind. l. Quintus* 27. *§. argento infr. De aur. & argent. legat.* Ergo si nummi consumpti sint, quia vindicari non poterunt, condicendi erunt per heredem, vt benè hîc notat Accursius, scilicet vt idem ille ait, si dominus ratã habeat solutionem ex *d. l. si procurator* 6. *l. interdum* 29. *supr. l. rogasti* 11. *§. vlt. & legib. seqq. supr. De reb. cred.*

a *Eadem causa rerum corporalium est.* Eadem certè dubitandi & decidendi ratio est in rebus corporalibus, quæ in nummis. Obseruandus autem hic locus est quo probatur, nummos in rerum corporalium numero non haberi, non quia nummi possint esse sine corporibus *§. incorporales Instit. De reb. corpor. & incorpor.* sed quia in nummis non tam corpora inspicimus, quàm quantitatem *l. si is cui nummos* 94. *infr. De solut.* Quantitas autem est quid abstractum, quod nec oculis videri neque manibus tangi potest. Et verò pecunia ad res omnes æstimandas cõparata est, non vt ipsa per alias res æstimetur *l. si ita fideiussorem* 42. *infr. De fideiuss.* Scripsi fusissimè in Tract. De varijs nummariorum debitorum solutionibus, aduersus Carolum Molineum.

47. CELSVS libro 6. Digestorum.

INdebitam pecuniam per errorem promisisti. eam, qui pro te fideiusserat, soluit. ego existimo, si nomine tuo soluerit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi

sibi obligatum fore: nec expectandum eius, vt ratum habeas: quoniam potest videri id ipsum te mandasse, vt tuo nomine solueretur. Sin autē fideiussor suo nomine soluerit [a], quod non debebat, ipsum à stipulatore repetere posse: quoniam indebitam iure gentium pecuniam soluit. quò minùs autem consequi poterit [b], ab eo, cui soluit, à te mandari iudicio consecuturum: si modò per ignorantiam, petentem exceptione non summouerit [c].

Ad l. Indebitam 47.

RAT. DVB. Nemo credendus est mandasse alteri ne quidem procuratori generali, vt soluat indebitū, sed speciale mandatum in eam rem exigitur, aut subsecuta ratihabitio, quæ mādato æquiparari possit *l. si procurator 6. supr. hoc tit. iunct. l. vlt. C. de SC. Macedon. & de ratihab.* Ergo si pecuniam indebitam per errorem promiseris dato fideiussore, & fideiussor eā tuo nomine soluerit, non est danda tibi condictio indebiti, sed fideiussori qui soluit, perinde acsi is suo nomine soluisset, nisi tu ratam habeas factam tuo nomine solutionem, ac proinde expectandum est, vt ratum habeas, quod tamen hæc lex negat. DEC. Quisquis pro alio mandante fideiubet, hoc ipso mandatum speciale à debitore intelligitur habere, vt creditori soluat, nisi ex postfacto causa aliqua interuenerit propter quam eiusmodi mandatum reuocatum videri debeat vt furor, vt in *l. si quis alicui 48. De acquir. hered.* aut quid aliud simile *l. si fideiussor 29. in princ. & §. 1. & seq. infr. mandat. l. si cùm Cornelius 82. infr. De solut.* Nihil enim est quod possis imputare fideiussori, qui soluendo etiam posteaquàm tempore liberatus erat, fidem impleuerit *dict. l. si fideiussor §. vltim.* & pudori suo pepercerit *l. Quintus Mucius 48. infr. eod. titul. mandat.* atqui frustra expectatur aut exigitur ratihabitio, cùm præcessit mandatum. Quid enim aliud facere possit ratihabitio, quàm vt mandati vicem suppleat? Ideo autem locutus sum de eo qui debitore mandante fideiussit, quia & pro absente, ac ignorāte fideiubere quis æquè vtiliter potest, quo tamen casu sicut mandati actio locum habere non potest, cùm mandatū nullum intercesserit, sed tantùm negotiorum gestorū *l. ex mandato 20. §. 1. eod. tit.* ita nec mandatum vllum habere videri potest ad soluendum, qui nullum habuit ad fideiubendum, cùm ea solutio fiat in consequentiam necessariam fideiussionis, nec possit effectus regulari, vt loquuntur, nisi à sua causa *l. 1. infr. qui potior. in pign. hab.* Multo magis dicendum est huic legi locū non esse, si, quod interdum quamuis perraro accidit, pro reo præsente ac vetante quis fideiusserit: quo casu nec mandati nec negotiorum gestorum actionem ne vtilem quidem habere illum placuit *l. si pro te 40. eod. tit.* Placet autem valde, quod Azo & Bartolus ad hanc legem notāt, licèt generalius in omnibus casibus, in quibus mandatum speciale requiritur si mandetur alicui nominatim id, ad quod habeat necessariam consequentiam, illud quod per se requirit speciale mandatum, isto casu veniet sub virtute præcedentis mandati. Verba enim ipsissima sunt Bartoli ex *l. 2. supr. De iurisd. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. supr. De procur. & l. qui proprio 46. §. item quæritur l. vel in operis 36. l. qui procuratorem 57. eod. titul. l. sed si pupilli 11. §. de quo palam infr. De instit. action.* Vnde infert ille quod non minùs notatu dignum est. si restitutio in integrum petatur incidenter, quamuis regulariter ad eam petendam speciale mandatum necessarium sit *l. illud 25. §. 1. & l. seq. supr. De minor.* si tamen id quod fuit mandatum specialiter, expediri aliter non possit, speciale mandatum hoc casu non requiri: aliud est si quæ posteà fiunt, non habeant necessariam consequentiam ad præcedentia vt in *l. cùm procurator 13. §. vlt. infr. De oper. noui nunciat.*

a *Sin autem fideiussor suo nomine soluerit* RAT. DVB. Etiam quod fideiussor suo nomine soluit tanquam fideiussor, ex causa mandati præcedētis soluere intelligitur, nec enim hodie solueret, nisi anteà fideiussisset. Ergo nihil interest an suo nomine fideiussor indebitum soluat an nomine debitoris, cùm vtroque casu soluat ex causa fideiussoria, ac proinde vtroque casu dicendum est condictionem debitori competere aduersus stipulatorem, non fideiussori. DEC. Quoties de indebiti condictione quæritur, illud maximè inspiciendum est, non tam à quo, quā cuius nomine solutū sit. Nam quemadmodū si veri debiti causa præcederet, per solutionem liberaretur verus debitor, cuius nomine solutum esset non soluens ipse qui nihil deberet, ita liberatione nulla subsequente, quia nulla præcessit obligatio, condictionem ei competere dicendum est, qui ea solutione liberaretur, si qua obligatio præcessisset. Id enim consequens est ei, quod in hoc tractatu toties diximus, solutionem quæ non patit liberationē, parere condictionem, & contrà *l. si non sortē 26. §. si centum & §. si decem l. cùm is 32. §. 1. supr. l. Neratius 63. infr. hoc tit. l. qui hominem 74. §. vlt. infr. De solut.* Cur ergo alij acquiratur condictio, quàm ei cui esset acquisita liberatio, si solutum debitum fuisset? Atqui non alij potuit acquiri liberatio quàm vero debitori, cuius nomine facta solutio fuisset, ergo nec alij acquiri cōdictio in proposita specie quàm fideiussori qui suo nomine soluit, quia & is liberaretur si pro quantitate debita fideiussisset, & haberet debitorem eo nomine obligatum actione mandati, quamuis eādem solutione & debitor ipse liberaretur, sed non quemadmodum liberatio communis est reo & fideiussori ex solutione, quam alteruter eorum fecerit *§. 1. Instit. quib. mod. tollit. oblig* ita & condictio vtrique communis esse potest: idcirco enim liberatio communis vtrique est, quia licèt duplex sit obligatio, vna rei altera fideiussoris, vtriusque tamen vna & eadem causa est, quæ vnica solutione tollitur, at cùm nulla præcessit obligatio, nihil est quod communem vtrique acquirere possit condictionem, sed illud necessariò inspiciendum est, cuius nomine solutio facta sit, quæ distinctio in hoc tractatu sicut præcipua ita perpetua est, vt ex iis apparet quæ diximus ad *l. si pœna 19. §. 1. l. frater à fratre 38. §. vlt. & ad. l. repetitio 44. supr.* nisi cùm quis procurator in rem suam constitutus fuit, si enim soluerit indebitum, licèt alieno nomine, ipse tamen repetit *l. vlt. §. Titius*

inf. Miror verò Accursium & Bartolũ huc transferre quod scriptum est in *l. Papinianus* 28. *inf. mãdat.* Ibi enim non de fideiussore agitur, sed de mãdatore, qui in eo differt à fideiussore, quod ipsius obligatio causam propriam habet, & ab obligatione debitoris separatam. Debitor enim ideo tenetur, quia mutuam pecuniam accepit, aut aliter contraxit, mãdator verò quia cum eo contrahi mandauit *l. si literas* 7. *C. mandat.* Vnde est quòd olim multa singulari quodã iure recepta erant in mandatoribus, quæ in fideiussoribus non obtinebant. Quale illud erat inter cætera, vt electo mandatore fideiussor liberaretur, & contra, quod in fideiussoribus, confideiussoribus & correis debendi diuersum erat *l. vlt. C. de fideiuss.* Proinde nec liberabatur ipso iure reus per solutionem, quam mandator fecisset suo nomine ac propter suum mandatum *d. l. Papinianus* 8. *infr. mandat.* Quomodo tamen soluente fideiussore etiam suo nomine & ex causa fideiussionis, debitor ipso iure liberabatur, ideóque & mandati habebat actionem *§. si quid autem Instit. de fideiuss.*

b *Quo minus autem consequi poterit.* RAT. DVB. Quod fideiussor indebitum suo nomine soluit, acquirit ei condictionem indebiti aduersus stipulatorem, vt proximè diximus, non debitori pro quo fideiussit. Ergo sicuti fideiussoris commodo cedit acquisitio condictionis, ita & eius periculo atque incommodo cedere debet, si fortè ob inopiam stipulatoris minus ab eo consequi ex cõdictione possit quàm ipsi debeatur Ex *reg. l. secundum naturam* 10. *de reg. iur.* DEC. Fideiussori qui ex falsi debitoris mandato fideiussit, non debet officium suum esse damnosum *l. si seruus* 61. *§. quod verò infr. de furt.* Esset autem damnosum, si quod minus à stipulatore ob eius inopiam consequi poterit, nec à debitore consequi posset actione mandati. Nulla enim & inanis actio est quam debitoris eludit inopia *l. nam is* 6. *sup. De dolo* quatenus scilicet per inopiam fit ne creditor totum consequi quod sibi debetur, possit. Ergo quod minus à stipulatore, cui soluit fideiussor, consequi poterit mandati iudicio, id eum à debitore consequi æquum est.

c *Si modò per ignorantiam petentem exceptione non summouerit.* RAT. DVB. Ignorantia vnius non debet nocere alteri. Ergo nec ignorantia fideiussoris debitori, qui si exceptione aliqua aduersus creditorem tutus fuit, nec debitor fuisse intelligitur. Debitor enim verè is tantùm est à quo inuito exigi pecunia potest *l. debitor* 108. *de verborum significationibus*, non etiam is qui per exceptionem aliquam præsertim quæ perpetua sit, summouere petentem potest *l. creditores* 10. *l. creditor* 55. *eodem.* Nihil enim interest, si effectum rei inspicimus, an quis nullam ipso iure actionem habeat, an verò eam habeat quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil interest* 112. *de regulis iuris.* Proinde cùm debitor, qui exceptione aliqua fortassis perpetua repellere creditorem potuit, atque ita condemnationem effugere, qua tandem ratione aut æquitate condemnari poterit fideiussori, eo prætextu, quòd exceptionem debitori competentem ignorauerit, eáque propter ignorantiam non opposita vel condemnari se passus sit vel vltro soluerit? Ita namque fit, vt officiosa fideiussio in debitoris fauorem facta in eius odium & perniciem retorqueatur, quod non nisi iniquum videri potest. DEC. Alieni facti ignorantia semper probabilis est *leg. vltim. infrà Pro suo l. qui in alterius* 42. *de regulis iuris.* Nec imputari potest misero fideiussori, qui rogatus aut etiam vltro, vt amici officium impleret, fidem suam pro alio obstrinxit, si non diuinauerit exceptionem quæ debitori competebat, magísque debitori imputari potest cur non fideiussorem certiorauerit, eíque denunciauerit ne solueret. Ergo si fideiussor per ignorantiam soluerit, non opposita exceptione quam debitori competere ignorabat, non eo minus actionem mandati habere debet contra debitorem, vt suam indemnitatem eámque plenissimam consequatur *l. si procuratorem* 8. *§. si ignorantes l. si fideiussor* 29. *in princip. & §. si cùm debitor infrà mandat.* nempe si ignorantia facti fuerit, non iuris *dict. l. si fideiussor. §. non malè.* Quid enim si exceptionem rei non personæ cohærentem, quam sciebat debitori competere, sibi tamen non competere putauerit? Error ille iuris est non facti *l. exceptione.* 7. *iunct. l. omnes* 19. *infrà de except.* ideóque nocere fideiussori debet non debitori, cui nihil hoc casu imputari potest. Nam etsi fideiussor exceptione sibi & debitori competente vsus esset, ac nihilominus per iniuriam iudicis condemnatus fuisset, nullum eo nomine regressum contra debitorem haberet, quia iniuriam quæ fideiussori facta esset, penes eum manere esset æquius, quàm ad alium transferri, vt eleganter Paulus respondit in *l. exceptione* 67. *de fideiussor.* vbi quod additur *scilicet si culpa tua iniustæ damnationis causam præbuisti* ineptitium proculdubio est, & ex glossa imperiti alicuius interpretis, vt post Iacobum Cuiacium alibi non semel monuimus. Extra hunc casum non debet officium fideiussoris ei damnosum esse quoties nihil est quod imputari ei possit *dict. l. si seruus* 61. *§. quod verò infrà de furt.* Iunge *l. si per imprudentiam* 51. *infr. de euict.*

48. IDEM libro 6. Digestorum.

QVi promisit, si aliquid à se factum sit, vel cùm aliquid factum sit, dare se decem: si priùs, quàm id factum fuerit, quod promisit, dederit: non videbitur fecisse, quod promisit, atque ideo repetere potest.

Ad l. Qui promisit 48.

RAT. DVB. Is qui cùm in diem aliquid deberet ante diem soluit liberatur, cùm plus præstet quàm debeat *l. eum qui* 15. *aliàs l. Iauolenus infrà de annuis legat.* quia totum medium tempus habet liberum ad soluendum *l. quod certa* 70. *infrà de solut. l. continuus* 137. *§. cùm ita de verborum obligationibus.* Nisi cùm dies apposita est in fauorem creditoris *l. si ita relictum* 43. *§. Pegasus de legat.* 2. Ergo & qui sub condicione aliqua debet, si quasi purè debeat statim soluat, liberandus est, quia æquè verum est, plus eum præstare quã debeat, quòd si plus, ergo illud ipsum præstat quod debet, quandoquidem in cõparatiuo etiam

etiam positiuus continetur *l. in eo 110. De reg. iur. l. minus solutum 32. De verb. sign.* Atquin is qui promisit, cũ aliquid à se vel ab alio factũ erit, sub cõdicione promisisse intelligitur. Vterque enim articulus *si* & *cùm* facit condici nẽ *l. 1. §. pen. & l. 2. l. heres meus 79. §. 1. & pass. De cond. & demonstr. l. si Titio 22. quand. dies leg. ced. l. si cui legetur 49. § hoc autem legatum De leg. 1.* Ergo si ante condicionis implementum soluerit, quod promisit, æquè dicendum est eum liberari, non enim contra ipsum, sed pro ipso adposita erat cõdicio, ne ante impletam eam conueniri posset. Porrò si solutio hæc liberationem parit, vtique non potest parere condictionẽ ex *reg. l. si non sortem 26. §. si centum & §. si decem supr. & l. qui hominem 3 . §. vlt. infr. De solut.* DEC. Omnis liberatio supponit præcedentem obligationem à cuius vinculo debitor liberetur *Tot. tit. Inst. quib. mod. toll. oblig. l. decem 116. De verb. obli.* atqui ex stipulatione aut legato condicionali nulla nisi existente demum cõdicione obligatio nascitur: nec enim priùs dies cedit, diem verò cedere est incipere deberi *l. cedere diem 213. De verb. signif.* in cõque differt obligatio concepta in diem certam ab obligatione condicionali, nam eius quod in diem certam debetur, dies statim cedit, quamuis nõdum venerit, hoc est deberi quidem incipit, sed exigi tamen nondũ potest *d. l. cedere diem*, vnde est quod dicimus, eũ qui in diem, nimirum certam debitor est, adeò esse debitorem, vt si interim soluat non possit repetere *l. in diem 7. supr. hoc tit.* quia debitum iri certum est quod in creditore condicionali diuersum est *l. sub condicione 16. eod.* nec tantùm inter certam diem & cõdicionem differentia hæc admittenda est, sed etiam inter certam diem & incertam, nam & quod in diem incertam debetur, certum non est debitum iri & incerta dies facit condicionem, nec tantùm in testamentis *d. l. dies incertus 75. De cond. & demonstr.* sed etiã in contractibus *l. stipulatio ista 38. § inter incertam De verb. obli.* vbi ex eo infert Vlpianus, illud ipsum quod in hac lege scribitur eum qui in diem incertam promisit, si aliquid factum sit, vel cùm aliquid factum erit, nisi postquàm id factum erit, dederit, nõ videri fecisse quod promisit nec proinde soluisse quod debuit. Cui consequens omnino est. vt habeat ergo condictionem, ex supradicta iuris regula. Sufficit enim ad condictionem vt incertũ sit debitum iri *l. sufficit 58. infr* scilicet si per errorem dederit ei putãs se debere. Hoc enim semper in isto tractatu supplendum est, vt benè Accursius notat *l. 1. supr. l. quod quis sciens 5 . & pass. hoc tit. l. cuius per errorem 53. De reg. iur.* Porrò quod hîc & ibi scribitur inter *si* & *cùm* nullam esse differentiam, quantum ad faciendam condictionem, intellige nisi collata sit conuentio in voluntatem debitoris, nam si quis promiserit *si voluerit* inutilis est promissio *l. sub hac condicione 8. De oblig. & act.* Si verò promiserit *cùm voluerit* placet valere promissionem nec aliter fieri inutilem, quàm si priùs moriatur promissor quàm constituerit *l. centesimis 46. § pen. & vlt. De verb. oblig.* vt scilicet capiatur ea interpretatio per quam actus sustineatur potiùs quàm pereat *l. quoties 80. eod. tit. l. fideicommissa 11. §. sic fideicommissum & seq. De legat. 3.*

49. MODESTINVS libro 3. Regularum.

HIs solis pecunia condicitur, quibus quoquomodo soluta est: non quibus proficit.

Ad l. His solis 49.

RAT. DVB. Condictio indebiti idcirco comparata est ne quis ex aliena iactura contra naturalem æquitatem locupletetur *l. nam hoc natura 14. & seq. supr.* atqui cùm vni indebitum solutum est, alij verò solutio proficit, locupletatur ex aliena iactura, non ille cui solutum est, sed cui solutio proficit, ergo non solus ille condictione teneri debet, cui solutũ fuit, sed ille quoque & potiùs cui solutio proficit. Sicut & euenit cùm de euictione quæritur, vt non ille teneatur, cui pretium venditionis solutum est, sed is demum cui precij solutio proficit *l. si ob causam 13. C. de euict.* DEC. Condictio indebiti nascitur ex negotio gesto *l. si in area 33. supr. hoc titul.* & ex quasi contractu *l. si quis absentis 5. §. is quoque infr. De obl. & action.* atqui negotium non geritur, nisi inter soluentem & accipientem, in quem translatum est per solutionem dominium *d. l. si in area*, ac proinde qui nõ potest ex ea solutione factus non esse locupletior. ergo ei soli condicendum est cui quoquomodo soluta fuit pecunia, id est, vt interpretatur Accursius, siue falsus debitor ei soluerit per se siue per verum procuratorem, aut [quod ego addo ob dictionem illam *quoquomodo* à Modestino additam] siue indebiti solutionem acceperit ille suo nomine siue alieno. Semper enim verum est, solutum ei fuisse, & solutionem illam esse, quæ quia liberationem parere non potest, parit necessariò condictionem, in eòq; alia ratio soluentis est, alia accipientis: qui enim soluit alieno nomine, numquam habet condictionẽ, sed is tãtùm qui suo *l. indebitam 47.* vbi diximus *supr.* Sed condictione tenetur, quisquis accipit ipse solutionem siue suo nomine, siue alieno, nam obligatio quæ ex indebiti solutione nascitur, quasi ex contractu non aduersus alium dirigi potest, quàm eũ qui solutionẽ accipiendo quasi contraxit, vt in omnibus cęteris personalibus actionibus euenit quę personales sunt nec in rem scriptæ, vt contra eos competant, qui contraxerunt & mutuam pecuniã ipsi acceperunt, non etiam contra eos ad quos pecunia peruenit *l. non aduersus te 15. C. si cert. pet. l. eum cui mutuam 13. C. de oblig. & action.* Porrò condictio indebiti nascitur quasi ex mutuo & ad instar mutui *dict. §. is quoque & Inst. quib. mod. re contr. oblig. §. 1.* Eadem igitur iuris ratio & regula est in condictione indebiti, quę in condictione certi ex mutuo. Quid ergo si is qui indebitum accepit, soluendo non sit? an non hoc saltem casu æquum sit in subsidium teneri eum, cui solutio proficit? Placet mihi quod Accursio & Bartolo, posse hoc casu dari condictionem in eũ quoque cui solutio proficit, si causam habeat lucratiuã ex *l. vlt. §. 1. supr. De eo per quem fact. erit.* Et si enim ratio iuris quam proximè attulimus, deficere videtur, æquitas tamen condictionis non deficit aduersus eũ, qui alioquin ex aliena iactura locupletaretur *arg. l. si eum seruum 23. supr. De reb. credit. l. planè si filium 94. §. 1. in fin. De legat. 1. sic in l. 2. §. item varius infr. De aqua, & aqua plun. arcend.* Quæ ratio euidenter cessat in eo, qui causam habet onerosam. Non enim fit locupletior is cui solutio proficit, quæ non proficeret, si nihil ei abesset.

50. POMPONIVS libro 5. ad Quintum Mucium.

QVod quis sciens indebitum dedit hac mente, vt postea repeteret, repetere non potest.

Ad l. Quod quis sciens 50.

RAT. DVB. Vulgatum philosophorum, & prudentum nostrorum verbum est, Actus nunquam operari vltra intentionem agentium *l. si ego 18 & seq. supr. De reb. cred.* atqui ponimus indebitum à sciente quidem solutum fuisse, sed ea mente tamen, vt posset repetere, ergo quamuis dici soleat, cuius per errorem soluti repetitio est eius consulto dati donationem esse *vulg. l. cuius per errorem 53. De reg. iur.* id tamen in proposita specie locum habere non potest, in qua sicuti constat de animo repetendi, ita & de animo non donandi neque verò quisquam, aut inuitus, aut ignorans, rem suam donat, cùm donatio esse nō possit nisi quæ à liberalitate causam habeat, nec liberalitas vlla intelligi in eo qui habeat animū repetendi *l. si repetendi 7. C. de cond. ob caus. dator*. DEC. Condictio indebiti auxilium iuris est ex æquitate inductum, vt errantibus & per imperitiam lapsis, non vt stultis subueniatur *l. regula 9. §. vlt. infr. De iur. & fact. ignor.* Atqui sicut errat ille qui ignorans indebitum soluit, quod putat se debere *l. 1. & pass. supr.* ita stultus est, quisquis indebitum sciens soluit, cū donandi animum habeat, donare autem sit perdere *l. filiusfamilias 7. infr. De donat.* sed stultior ille qui sciens se non debere soluit, tamen hac mēte, vt postea repetat. Hic enim quodammodo habet ludibrio auxilium, & æquitatem legum, vt loquitur Iustinianus in *l. vlt. §. vltim. C de bon. qua liber.* existimans maiorem propositi sui & voluntatis, quàm iuris fore potestatem: quod neque in dispositionibus inter viuos neque in vltimis voluntatibus fieri vnquam potest *l. vlt. infr. De suis & legit. l. nemo potest 55. De legat. 1. l. iuris gentium 7. § ait Prætor & §. si paciscar. supr. De pact.* Quo exemplo dicere soleo æquè stultos esse testatores, qui condito solēniter testamento clausulā quam vocant derogatoriam adiiciunt, vt si contingat aliud posterius ab iis fieri, æquè solemne testamentum illud tamen valere nolint, nisi hæc aut illa verba in posteriore addita reperiantur. Lex enim, quoties solemne testamentum est, authoritatem ei suam impertitur, vt illud haberi velit pro lege, ridétque quasi stultam testatoris voluntatem contrariam, qui legibus ipse per eiusmodi clausulam derogatoriam voluit illudere, de quo videnda sunt quæ pluribus scripsimus in *Chiliade De error. pragmat.* Quare nec valde interesse puto, an qui soluit sciens indebitum ea mente vt posset repetere, eam mentē expresserit in soluendo, an nō expresserit, & cū expresserit, an accipiēs cōsenserit, an dissenserit, quomodo Accursius distinguit, quasi eo casu quo accipiēs consensit, repetitio locū habere debeat, sed per actionē Præscriptis verbis non per condictionē indebiti ex *l. reb. 6. C. de rer. perm. & l. 2. supr. hoc tit.* Omni enim casu puto repetitioni locū esse, sed hoc vltimo casu per vindicationem, non per actionē Præscriptis verbis, neque per condictionem. neque enim alienantur nummi, qui sic dantur, vt statim recipiantur, nec si fuerint verè debiti *l. qui sic soluit 55. infr. De solut.* multo minùs si fuerint indebiti: condictio autem indebiti locum habere non potest, nisi & negotio aliquo gesto & translato dominio, *d. l. si in area 33. supr.* Actio verò Præscriptis verbis nō nisi aliquo gesto negotio *d. l. reb. & l. vlt. eo. l. iuris gent. 7. §. 1. sup. De pact. l. si dominus 8. & pas. inf. De præs. verb.* Nullū autē negotiū gerit, qui sciens indebitū soluit, eo pacto expresso, vt posteà repetat, sed actū facit ridiculū & illusoriū, ex quo proinde nulla obligatio nasci potest, neq; ad agendū neque ad excipiendum, vt in *l. non solum 31. infr. De oblig. & action.* Longéque alia ratio est eius qui sic soluit legatum, vt si apparuisset esse indebitum, vel lex falcidia emersisset, redderetur, de quo in *dict. l. 2. supr.* Ibi enim repetitio & quidem indebiti locum habet, quia negotium contractum est inter eos, vt lex ait, nec adiectio ridicula est, & illusoria, sed vtilis nempe dubitationis tollendæ gratia *l. quæ dubitationis 81. De reg. iur.* nam & non adiecta ea conuentione, perinde condictio indebiti locum haberet, si post legati solutionem appareret esse illud indebitum, aut legis falcidiæ rationem, quæ solutionis tempore latebat, posteà emersisse *l. 3. 4. & seqq. supr. hoc tit.*

51. IDEM libro 6. ad Quintum Mucium.

EX quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus: ea, si soluerimus, repetere non possumus.

Ad l. Ex quibus causis 51.

RAT. DVB. Is qui ius habet retentionis rectè intendit se non debere id quod inuito aduersario retinere possit. Si enim deberet, cur ei daretur retentio, tametsi eo nomine petitionem nullam habere posset? Denique tam necesse est debitum esse quod inuito aduersario retineri, quàm quod peti potest. Ergo etiam ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, si soluerimus, repetere possumus, quia quod nobis debitum fuit ab aduersario, illud ipsum aduersario à nobis deberi non potuit. Et verò cùm retentioni vt plurimùm locus sit opposita doli exceptione *l. Paulus respondit 14. infr. De doli mal. except.* Is autem qui exceptione perpetua tutus est, si soluat, possit repetere *l. qui exceptionem 40. supr. hoc titul.* consequens omnino videtur, vt qui retentionem solam habuit, non etiam petitionem, si tamen soluat nihilominùs possit repetere: nam qui retentionem habet vtique vt possessionem etiam habeat, necesse est, quamuis non similiter quisquis habet possessionem, habeat etiam retentionem Ergo alienat saltem possessionē quisquis omittit retentionem: atqui alienatio possessionis sufficit vt condictioni indebiti locus esse possit *l. indebiti 15. §. sed si nummi supr.* Quidni ergo ei qui retentionem habuit, & soluit dabimus condictionem, vt saltem possessionem condicere possit, vt in *l. heres 21. infr. ad SC. Trebell.* DEC. Condicere nihil

nihil nisi repetere est. Quisquis autem repetit, petit. Ergo ex quibus causis retentionem tantùm habemus, petitionem autem non habemus, si soluerimus fieri non potest vt repetamus, ne alioqui solutio quæ prodesse non solet nisi ad inducendam liberationem, non prosit hoc casu nisi ad inducendam petitionem, quæ alioqui non competeret, scilicet si retentio sit facti non iuris, vt benè Cuiacius interpretatur. Nam quod quis ipso iure retinere potuit ex debito, tanquam diminuto ipso iure, si soluatur, condici potest *l. seruus 30. in princip. infr. de action. emp. l. 5. §. penul. de impens. in reb. dotal. fact.* Et quod contra scriptum videtur in *d. l. heres*, viciosam ostendit legis illius lectionem. Scripserat enim Iureconsultus *similem non esse Aristo ait illis, qui retentiones quas solas habent, omiserunt*, non quo modo legitur vulgo *similem eum esse Aristo ait*, vt docuimus in Chiliade *de error. pragmat. ex l. si in area 33. supr.* Quod autem obiecimus de exceptione perpetua, qua si tutus quis sit & soluat, repetit, secundum distinctionem *d. l. qui exceptionem*, ab huius legis sententia omnino alienum est. Tunc enim exceptio perpetua parit condictionem, cùm id solutum est, quod ei debebatur qui perpetuam habebat exceptionem. Nos autem de eo loquimur qui exceptionem doli, aliámve perpetuam sibi competentem omisit per quam retinere poterat, id quod sibi debebatur: nec rursus ad rem facit, quod is qui retentionem omittit, hoc ipso alienat possessionem, non enim eam possessionem alienat, quam possit condicere, sed cuius retinendæ duntaxat ius habebat, si iure suo vti voluisset, aut sciuisset: vt ea demum possessio indebitè alienata condici possit & repeti, quæ si ab alio detineretur, nullo iure nulloque prioris possessoris facto interueniente, peti per eum posset aut recuperari aliquo interdicto possessorio, aut aliqua in rem actione, vt euenit in persona eius qui Publicianam exercet *§. namque Instit. de action.* multóque magis in eo qui directam & ciuilem habet rei vindicationem. At is qui retentionem solam habet, omni legum auxilio destituitur ad recuperandam possessionem suam, si eam sine culpa quoque sua amiserit: multo igitur magis si possessionem ipse in alium per indebitam solutionem transtulerit, iunge quæ scripsi in *dict. l. qui exceptionem §. si pars suprà*.

52. IDEM libro 27. ad Quintum Mucium.

DAmus aut ob causam, aut ob rem. ob causam præteritam: veluti cùm ideò do, quòd aliquid à te consecutus sim, vel quia aliquid à te factum est: vt etiam si falsa causa sit, repetitio eius pecuniæ non sit. ob rem verò datur, vt aliquid sequatur: quo non sequente, repetitio competit.

Ad l. Damus 52.

RAT. DVB. Quicquid repetitur per condictionem indebiti, repetitur tanquam indebitè solutum ob causam respicientem ad tempus præteritum: ei namque datur hæc condictio, qui soluit quod per errorem putauit se debere. In quo maximè differt hæc condictio indebiti à condictione ob causam dati causa non secuta, de qua in superioribus Titulum habuimus. Causam enim ibi intelligimus futuram, & quæ si sequatur pariat liberationem, si non sequatur, condictionem. Ergo non est bona distinctio, quæ hîc à Pomponio traditur, an datum sit ob causam, an verò ob rē, vt si ob causam præteritā, veluti cū ideo do quod aliquid à te cōsecutus sim, vel quòd aliquid à te factum est, vt etiamsi falsa sit causa, repetitio eius pecuniæ non sit, ob rem verò dari dicatur, cùm datur, vt aliquid sequatur, quo non secuto repetitio eius competat, vt & in *l. 1. §. 1. supr. tit. prox.* Nam & ob causam dari dicitur, quod datur ob rem futuram *dict. Tit. de condict. ob caus. dat.* DEC. Causa præterita potest esse duplicis generis, vna quę sit obligatoria, id est, quæ si vera esset, obligaret soluentem ad faciendam solutionem, altera verò, quæ obligatoria non sit. De posteriore tantùm intelligi hic locus debet, non etiam de priore, vt benè explicat Bartolus, & exempla legis demonstrant *Iunct. l. si ita legatum 12. in fin. De condic. & demonstr. l. in summa 65. §. id quoque infr. hoc tit.* De priore verò non, de posteriore intelliguntur leges omnes quæ dant condictionem indebiti, vt *l. eleganter 23. in princip. supr.* quę de transactione loquitur cuius causam obligatoriam esse nemo nescit, & miror cur ab Accursio tanquam huic legi contraria opponatur, nisi quod distinctionem hanc causæ præteritæ obligatoriæ vel non obligatoriæ non videtur percepisse. Distinguit enim duntaxat, an is qui soluit, ideò soluerit quia putabat se debere, an verò, quia donare voluerit, quasi huic legi locus esse nullus debeat, nisi cùm animo donandi solutio facta est, quod probare non possum, quoties enim donandi animus adest, non requirimus qualis causa sit, ob quam datum est, an præterita an futura, & cùm pręterita an obligatoria necne, ad impediendam repetitionem, quæ rei donatæ nulla vnquam est, nisi cùm donatio facta est ob causam aliquam finalem quæ secuta non sit, vt in *l. 2. §. vlt. infr. de donat. l. 1. 3. & pass. C. de donat. quæ sub mod.* Semper enim defectus causæ finalis impedit effectum dispositionis, paríque exceptionem doli etiam in legatis, & vltimis voluntatibus *l. cùm tale 72. §. falsam & l. demonstratio 7. infr. de condic. & demonstr.* Quamquam dici potest cum Accursio, aliud esse in vltimis voluntatibus, aliud verò in dispositionibus inter viuos: quòd in vltimis voluntatibus detur actio pro legato ex voluntate testantis, licèt causa legandi falsa fuerit: non enim obest legato, quia causa legandi legato non cohæret, vt subtiliter tractat Papinianus in *d. §. falsam.* Et ideo potest esse locus exceptioni doli, si probetur testator aliàs legaturus non fuisse, vt ibidem subiicitur, ne alioqui contra voluntatem id fiat, quod ex voluntate proficiscitur. Nam & in testamentis doli exceptiones locum habent *l. 2. infr. de doli mali except.* at in dispositionibus inter viuos quæ non ex vnius, sed ex duorum consensu & voluntate pendent, non admittimus quæstionem voluntatis, an qui promisit ob causam præteritam non obligatoriam, non aliter fuerit promissurus: nisi ex conuentionis verbis idipsum expressim constet, aut

ambo contrahentes consentiant, alioqui propositum in mente vnius ex contrahentibus retentum nihil operatur, vt benè disputat Bart. *ex l. si repetendi 5 C de condict. ob caus. dator. l. 5. §. si quis quasi ad fin. supr. eod. ill. tit.* Arqui condictio indebiti nascitur ex quasi contractu, vt toties diximus *ex l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action.* §. 1. *Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Non ergo prodesse debet ei qui indebitum soluit, quod putabat se debere ex causa præterita non obligatoria, si dicat se non fuisse soluturum si causam falsam esse putasset, sed & alia ratione dicendum est non posse hîc tractari de exceptione doli danda ei qui soluit, aut quæ parere debeat condictionem ex *d. l. qui exceptionem 40. supr.* Nam qui soluit quod putabat se debere ex causa præterita non obligatoria, is priusquàm solueret, nulla actione poterat conueniri, ergo neque habere exceptionem siue doli siue aliam, quippe cùm omnis exceptio præsupponat actionē *l. 2. & pass. D. de except.* Postea verò quàm soluit non indiget exceptione, sed condictione ad repetendum: condicere autem non potest post solutionem is qui antequàm solueret, perpetua exceptione tutus non fuit, quæ Accursij nostri ratiocinatio ad hanc legem nec insubtilis est. Et tamen eam Bartolus improbat, quia, inquit, posito quod soluens fuisset tutus exceptione doli in casu de quo loquimur, non esset tamen exceptio doli adhibiti in promittendo, seu contrahendo, sed in petendo: quæ exceptio non impediret repetitionem ex *l. qui se debere 7. supr. de condict. ob caus. dat.* Sed reprehensio mala est, cùm ostenderimus exceptionem doli in proposito locum habere non posse. De exceptione autem quam vocant facti, & intentionis, iam satis multa scripsimus ad *d. l. qui se debere, & ad d. l. qui exceptionem.* Illud sanè non displicet, quod Bartolus distinguit ex *d. l. demonstratio 7. §. quod autem iuris est & seq. de condic. & demonstr.* an causa exprimatur per modum causæ an per modum condicionis, vt priore casu obtineat, quod in hac lege scriptum est, non etiam posteriore, quia defectus condicionis cuiuslibet semper facit indebitum, id quod sub condicione siue promissum siue solutum fuit, siue præteritum, siue præsens tempus aut futurum condicio respiciat: quamuis propriè condicio non sit, nisi quæ in futurum confertur *l. cùm ad præsens 36. & seq. supr. de reb. credit.* vbi scripsimus, cæterum probat optimè lex hæc quod ex ea plerique notant, condictionem ob causam, vel ob rem dati causa vel re non secuta, nunquam posse cum indebiti condictione concurrere, quandoquidem habent causam & originem omnino differentem, sed & ex pœnitentia potest condictio ob causam dati competere, vt Accursius notat ex *l. si pecuniam 5. supr. de condict. ob caus. dat.*

53. PROCVLVS libro 7. Epistularum.

DOminus testamento seruo suo libertatē dedit, si decē mihi det. seruo ignorante id testamentū non valere, data sunt mihi decē: quæritur, quis repetere potest. Proculus respondit: Si ipse seruus peculiares nummos dedit, cùm ei à domino id permissum non esset: manent nummi domini. eósque non per vindicationem, sed in rem actione petere debet. Sin autē alius rogatu serui, suos nummos dedit [a]: facti sunt eius: eósque dominus serui, cuius nomine dati sunt, per condictionem petere potest. sed tam benignius, quàm vtilius est [b], recta via ipsum, qui nummos dedit, suum repetere.

Ad l. Dominus 53.

RAT. DVB. Dominus qui dat libertatem seruo, si decem mihi det, intelligitur semper ei permittere, vt ea decem soluat de peculio, itémque vt soluendo transferat dominium nummorum in accipientem inuito etiam herede. Nec aliud remedium heredi superest si nummos saluos facere velit, nisi vt vetet seruum dare: sic enim fiet, vt & statuliber ad libertatem perueniat quasi impleta condicione cui parere prohibitus est, & nummi heredi non pereāt *l. 5. §. vlt. supr. de condic. ob caus. dat. iunct. l. si filia 20. §. vlt. supr. Famil. ercisc.* Ergo non potest verum esse quod Proculus in hac lege scribit, si seruus hic peculiares nummos dederit, cùm id ei à domino permissum non esset, manere nummos domini, eósque non per condictionem petere dominum debere, sed per vindicationem, & in rem actionem. DEC. Testamentum minus solemne & inualidum nullius momenti est, nec vllam producere potest aut obligationem, aut transferendi dominij facultatem *l. si iure 18. de legat. 3. l. ex ea scriptura 29. infr. qui testam. facer. poss.* Arqui ponimus in specie proposita testamentum non valuisse. Non ergo videri potest, voluisse testator, vt ex peculio seruus solueret, cùm solutio proficere hoc casu non possit ad libertatem cuius solius intuitu & fauore, statulibero permissum id fuit, manent ergo nummi heredis, nisi specialiter heres seruo permiserit, vt eos daret seruus, vindicationem igitur heredi hoc casu competere dicendum est, non etiam condictionem quæ nunquam cum vindicatione concurrit, nisi contra furem *l. vlt. supr. vsufr. quem caueat §. sic itaque Instit. de action.* Nec obstat quod in *l. seq.* scriptum est. Ex his omnibus causis quæ iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione condictioni locum esse. Id enim accipi debet suppositis terminis habilibus, id est, si translatum fuerit dominium *l. si vrbana 55. in fin. infr.* Vindicatio igitur non condictio hoc casu competit. Aut si dolo malo possidere desierim cùm scirem testamentum non valere, actio ad exhibendum dari contra me poterit *l. rogasti 11. §. vlt. supr. de reb. credit.* Alioqui vindicatio omnimodo danda est. Sed hoc ita si nummi extent: nam si consumpti sint, vindicari vtique non possunt, sed condicendi sunt quasi conualescente indebito, sicut & mutuo, per consumptionem *l. si à furioso 12. cùm seq. l. si ego 18. §. 1. & pass. supr. de reb. credit. l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action. §. 1. Instit. quib. mod. re contr.*

re contr.oblig.l indebiti 15.§.sed etsi nummi supr. hoc tit.& d.l.rogasti 11.§ vlt.de reb.credit.

a *Si autem alius rogatu serui suos nummos dedit.* RAT.DVB. Is qui rogatu serui nummos mihi dedit condicionis implendæ causa, vt ad libertatem perueniret, non eo animo fuit, vt dominium nummorum in me transferret, nisi in eum casum quo post impletam condicionem libertas seruo esset competitura, non enim mihi prodesse voluit, sed seruo cuius rogatu pecuniam mihi dedit, vt & in *l.si pater familias 40.infr.de hered.instit.* Ergo cùm libertas seruo competere non possit, quia testamentum non valuit, nec dominium nummorum in me translatum fuisse dicendum est, ac proinde vindicationem eorum heredi hoc casu, vt & superiore competere non condictionem quæ dominij translationem semper supponit: aut saltem adhibenda videtur distinctio quam adhibet Vlpianus in *l.si ego 9. in princ. inf.de iur.dot.* An is qui rogatu serui nummos mihi dedit, ea lege dederit, vt ita demum mei fierent si seruus liber esse posset, an ita vt statim fierent mei, vt hoc tantùm posteriore casu condici possint, priore verò vindicari. DEC Ex quibus causis condictio acquireretur seruo si esset sui iuris, necesse est, vt per eum acquiratur ipsius domino *d.l.si paterfamilias l.acquiruntur 10.§.1.l.qui bona 13.§. generaliter & §. vlt.l.communis 45.infr.de acquir.rer.domin. l.1. & tot.tit. de stipulat.seruor.* Atqui si seruus de quo hîc agitur, liber fuisset, & pecuniam mihi dedisset ob rem aliquam quæ secuta non esset, condictio ei competeret. Ergo quæ acquiri ei non potest condictio, quia seruus manet, domino eius acquiretur, non etiam illi qui rogatu eius mihi nummos dedit. Ille enim mihi quidem soluit, quia condicionis implendæ causa pecuniam mihi dari oportuit, sed tamen soluit non tanquam mihi, sed tanquam seruo donaturus ad acquirendam ipsi libertatem. Itaque non secuta libertate seruus ipse si agere ex hac causa posset, condictionem haberet, non ille qui dedit mihi, vt in *l.qui se debere 7.l si donaturus 9.supr.de condict.caus. dat.* Nec quod ab hoc seruo, neque condictio neque alia vlla actio exerceri possit, facere debet, vt eo magis condictione teneri debeam soluenti, quia cùm de condictione quæritur, non tam inspiciendum est à quo aut cui solutum sit, quàm cuius gratia & nomine, vt hæc lex omnium optimè probat in illis verbis *eósque dominus serui cuius nomine dati sunt, per condictionem petere potest.* Iunge *l.indebitam 47.supr. l.cùm indebitum 57.in pr.inf.* Condictio igitur soli heredi tanquam domino serui contra me danda est, non ei à quo nūmos accepi. Sed cur non vindicatio, vt in superiore casu? Nimirum quia ex dantis voluntate pecunia statim & recta via fit accipientis *l. sed si pater familias 9.§. 1.infr. de SC. Macedon.* quod & Accursius & Bartolus bene viderunt. Potest sanè actio ad exhibendum locum habere exclusa non minus condictione quàm vindicatione, si poneres extare adhuc nummos eósque mala fide datos serui nomine, cùm is testamentum non valere sciret, *arg. d.l.rogasti 11.§.vlt. supr.de reb.credit.* Quò pertinere videntur verba illa initio huius legis posita *seruo ignorante id testamentū non valere.* Nisi malis ea addita ad probandum solutionem factam hîc per errorem nō à sciente. Quod certè ita est. Nec adhibenda est hoc casu distinctio, quam adhibet Vlpianus in *d.l.si ego.* Ibi enim agitur de re in dotem data ante nuptias, cuius dominium transferri potuit in accipientem, aut statim, aut tum demum cùm insecutæ essent nuptiæ. Hîc verò tractamus de pecunia data implendæ condicionis causa, ac proinde cuius dominium ante impletam condicionem transferri necesse fuit & ad eam implendam, ita vt nec alia mens esse potuerit eius, qui condicionem implere debuit, nec quod in hac specie testamentum non valuerit, translationem dominij impedire potest, quia quod condicionis implendæ causa datur, neque ex testatoris voluntate & iudicio capitur, neque iure testamenti *l.si quis sub condicione 8. infr. si quis omiss.caus.testam.l. Mauius 55.de condic. & demonstr. l.ad veterani 40.§.1.l.id autem 76.l.in quartam 91.in fin. infr. ad l.falcid.* sed ex sola dantis voluntate. Sufficit igitur eum qui rogatu serui pecuniam mihi dedit, mētem illam habuisse, vt in me dominium nummorum suorum transferret ad implendam condicionem, quæ nec aliter impleri potuit, vt diximus. Vnde illud etiam fit, vt neque ex eo impediri translatio dominij potuerit, quod ex inutili testamento libertas non competierit. Prius enim est, vt cōdicionem impletam dominiúmque translatum esse oporteat, quàm vt de condicionis impletæ effectu quæri possit. Et quod libertatis acquisitio secuta non est, condictionem tantùm parit ex regula legis proximè sequentis, non etiam vindicationem. Etsi enim dici solet, verissimúmque est, nunquam traditionem nudam dominium transferre etiam quæ à domino facta sit, nisi iusta aliqua causa præcedente *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* iustam tamen causam intelligere debemus, non quæ vera etiam sit, sed quæ iusta esset, si esset vera: in proposito autem iusta esset causa condicionis implendæ, & dandæ in eam rem pecuniæ, si verum esset testamentum valere, quod validum putabatur, cùm tamen esset inutile.

b *Sed tam benignius quàm vtilius est.* Tota hæc additio quæ perelegantem huius legis sententiam destruit, merum Triboniani commentum est, æquitatem sibi more suo fingentis ex cerebro, vt veram iustámque rationem iuris euertat. Vt pluribus docuimus *lib.8.Coniectur.iur.ciuil.cap.8.* Duo enim supponit quæ euidenter falsa sunt. Vnum est, dandam condictionem ei qui rogatu serui soluit mihi decem, quemadmodum heredi & domino serui contra me dandam eam esse Proculus respondit. Alterum est, circuitus vitandi gratia æquius esse, vt ea condictio, quæ soluenti dari contra heredem primum deberet, rectà detur ei contra me, quasi celeritate coniungendarum actionum vnam in hac specie occultari oporteat, vt & in *l.3. §.sed si debitorem infr.de donat.int. vir.& vxor.* Prius certè falsum esse ex eo intelligimus, quod nullo casu fieri potest, vt in proposita specie duplex condictio competat, vna soluenti contra dominum, altera domino contra me, siue serui nomine simpliciter data mihi sit pecunia, siue ea lege ne ad dominum serui vllo casu perueniret. Priore siquidem casu heredi contra me datur condictio, vt diximus, nulla soluenti contra heredem cui nec soluit, nec eius nomine soluere voluit. Posteriore verò, si admittamus ea lege dari potuisse mihi pecuniam ne ad heredem eundémque dominum serui pecunia vllo casu perueniret, æquè dicendum est condictione teneri heredem non posse, in quem transferri dominium non potuerit ob contrariam domini voluntatem *d.l.si vrbana 55.infr.* Si verò neque conuentio hæc valeat, danda igitur condictio heredi, qui dominium nummorum pro seruo solutorum amisit, non soluenti

contra heredem cui nihil solutum est, licèt solutio ei proficiat *l. his solu 50. supr.* Quod si ita est, vt contra heredem dari condictio soluenti non possit, sed heredi tantùm contra me, multo magis falsum erit, dandam esse soluenti condictionem aduersum me, non illa tantùm ratione, quòd ego nummos istos, non tam ab eo qui mihi soluit, accepisse videar, cùm non suo, sed serui nomine, mihi eos soluerit *arg. l. indebitam 4. supr.* Sed etiam quia quisquis ita loquitur, vt dicat posse quem rectà & euitato circuitu aliquem conuenire, & celeritate coniungendarum actionum vnam occultari, præsupponit duas competere actiones, & quæ longa, vt loquuntur, manu exerceri possint, quod hîc dici non posse ostendimus. Et cùm id contingit, vt in specie *d. §. sed si debitorem*, nullam actionis cessionem requirimus, nec vllam faciendæ cessionis necessitatem. Itaque faciunt apertè contra huius legis verba, qui eam intelligunt de illo qui soluerit mandato serui, nec tamen donatam ei pecuniam voluerit: quasi ex eo fiat, vt habeat ille contra dominum serui actionem de peculio, in quo cùm hæc actio reperiatur per quam possit dominus à me condicere id quod mihi solutum est, illam saltem actionem præstare accedere teneatur ex *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* Nam si ita esset, alterutrum necessariò fatendum esset, aut dari soluenti condictionem ex iure cesso quod verba illa *rectà via* non patiuntur *l. si res 59. infr. de euict. l. si res obligata 57. de legat. 1.* aut permitti ei agere quasi ex cessione, cùm nulla tamen cessio interuenerit, quod stultius est, vt ex iisdem legibus apparet, & ex *l. Modestinus 76. de solut. l. alterius 20. §. 1. & l. seq. infr. de tutel. & ration. distr.* Nec contrarium est quod Paulus respondit, in *l. cùm fundus 31. §. 1. supr. de reb. credit.* vt ex iis quæ ad locum illum scripsimus, apparet, proinde & quod de circuito vitando nostri post Accursium & Bartolum tam diligenter tractant, ex tot legibus quas Accursius noster hîc congerit, ad huius loci sententiam tractatúmque pertinere nullomodo potest.

54. PAPINIANVS libro 2. Quæstionum.

EX his omnibus causis, quæ iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit.

Ad l. Ex his omnibus causis 54.

RAT. DVB. Condictio siue indebiti siue alia quælibet extra furtiuam non potest competere, nisi dominio in accipientem translato, vt proximè diximus ex *l. prox. infr. l. si in area 33. supr. hoc tit.* atqui ex iis causis quæ ab initio iure non valuerunt, dominium transferri non potest, puta ex testamento nullo vel iniusto. Iustam enim oportet esse causam traditionis, vt per traditionem tum quoque cùm à domino facta est, dominium transferatur *l. nunquam nuda 31. infr. de acquir. rer. domin.* Idémque est si testamentum quod ab initio valuit, postmodum agnatione posthumi ruptum esse dicatur: quod enim ab initio valuerit, non obligat efficacius heredem, cùm postea rumpatur ipso iure, adeò vt non modò posteaquam ruptum est, nihil ex eo deberi possit, ne quidem libertates nisi repetitæ sint à venientibus ab intestato *l. generaliter 24. §. ex testamento infr. de fideic. libert. l. 1. C. eod.* sed nec antequàm ruptum sit, quandiu rumpi potest *l. ventre præterito 84. infr. de acquir. hered.* Ergo si quid ex eiusmodi testamento traditum fuerit, quamuis indebitum sit, per vindicationem tamen, non per condictionem indebiti repetendum est. Planè cùm testamentum ab initio ita valuit, vt ex eo adiri possit aditáque sit hereditas, quamuis postea rescissum sit per querelam inofficiosi testamenti, aliud defendi potest, quoniam aditio quæ facti magis quàm iuris est, non facilè pro infecta haberi possit. Sed tamen in contrarium adhuc illud mouet, quod per querelam inofficiosi testamentum redigitur ad causam intestati, adeóque is qui semel ex testamento adiit & heres fuit, heres tamen esse desinit contra vulgarem regulam iuris *l. in substitutione 33. l. ex facto 43. §. vlt. infr. de vulg. & pupill. substit.* Ergo etiam hoc casu indebiti soluti vindicatio, non condictio danda est, contra quàm tamen scriptum sit in *l. 2. §. 1. supr. hoc tit.* DEC. Error & falsitas in causa traditionis non impedit quominus dominium per traditionem à domino factam transferatur dummodo fiat traditio ex causa iusta, id est, quæ si vera esset, iusta esset, vt diximus ad legem præcedentem. Est autem iusta causa testamenti ad transferendum ex eo dominium, etiamsi reuera non valeat, dummodo valere existimetur. Condictioni ergo locus hoc casu esse debet, non autem vindicationi, nempe quoties dominium translatum est in accipientem. Sic enim hæc lex intelligi debet, vt diximus ad legem superiorem ex *l. prox. infr. & l. si in area 33. supr. hoc tit. l. 1. & 2. supr. Tit. prox.* nec aliud iuris est, si solutio per errorem à domino facta sit ex aliqua causa, quæ ab initio quidem valuerit, sed tamen non habuerit effectum, vt Papinianus noster hîc subiungit. Parum enim est valuisse causam ab initio, si postea non habuerit effectum, aut si etiam habuerit quidem, sed tamen habere postea desierit. Non enim videtur secutus effectus, nisi duret secutus *l. 1. §. siue ab initio infr. titul. prox.* sicuti dicimus, non videri versum quod non durat versum *l. si pro patre 10. §. versum infr. de in rem vers. l. Papinianus 20. in fin. supr. de minor. cum similibus.* Exemplum adfert Accursius, si quid traditum aut solutum sit ex causa venditionis validæ, sed à qua tamen postea recessum sit mutua voluntate contrahentium, vt in *l. ex empto 11. §. is qui vina infr. de action. empt. l. cùm te 6. C. de pact. int. emptor. & vendit.* Non addo cum Accursio *aut per restitutionem in integrum*, quia solius restitutionis in integrum potestas in eam rem sufficit, cùm nihil aliud sit restitutio in integrum, quàm redintegrandæ rei vel causæ actio, vt Paulus in sententiis diffinit, nec proinde condictio vlla in eam rem necessaria est *l. quod si minor 24. §. restitutio l. patri 27. §. si pecuniam supr. de minor. l. vnic. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* Separanda tamen hac parte videtur causa quæ ab initio iure non valuit ab ea quæ valuit, sed non habuit effectũ, non quasi vtraque condictionem non pariat, sed quia quæ prioris generis est, parit condictionem indebiti, quæ verò posterioris, condictionem potiùs sine causa *d. l. 1. §. siue ab initio inf. Tit. prox.* nisi vel turpis vel iniusta causa proponatur, quæ possit inducere condictionem specialiter ex ea causa comparatam, de qua in *Tit. prox. supr.*

55. IDEM

55. IDEM libro 6. Quæstionum.

SI vrbana prædia locauerit prædo: quod mercedis nomine acceperit ab eo, qui soluit, non repetetur: sed domino erit obligatus. Idémque iuris erit in vecturis nauium [a], quas ipse locauerit, aut exercuerit. Itē in mercedibus seruorum, quorum operæ per ipsum fuerint locatæ. nam si seruus non locatus [b] mercedem, vt domino, prædoni rettulit: non fiet accipientis pecunia. Quod si vecturas nauium [c], quas dominus locauerat. Item pensiones insularum acceperit: ob indebitum ei tenebitur: qui non est liberatus soluendo. Quod ergo dici solet, prædoni fructus posse condici [d], tunc locum habet, cùm domini fructus fuerunt.

Ad l. Si vrbana 55.

RAT. DVB. Prædo nihil omnino iuris habet in percipiendis fructibus rei alienæ, & quam scit esse alienam: cùm fructus percipiantur, & acquirantur non iure seminis, sed iure soli *l. qui sit 25. §. 1. infr. de vsur.* nisi quod bonę fidei possessio quantum ad fructus pertinet, domini loco est *l. bona fidei 48. infr. de acquir. rer. domin.* Ergo nec in mercedibus prædiorum vrbanorum quicquam iuris habere potest, quandoquidem mercedes, non nisi fructuum vice debentur, sunt enim loco fructuum *l. mercedes 29. iunct. l. ancillarum 27. in fin. supr. de hered. petit.* nec quod prædo ipse prędia locauerit, ius illius augere potest, cùm non nisi mala fide locare potuerit, tantóque magis imputari potest ei, cur deprædandi animo ad alienam rem inuadendam & locandam accesserit. Proinde si conductor prædoni soluerit, quod ei ex locatione debuit, condictio ei danda est tanquam indebiti soluti. DEC. Mercedes prædiorum locatorum, sicut & precia rerum venditarum non tam ex re ipsa quàm ex contractu & negotiatione percipiuntur *l. venditor 21. infr. de hered. vel act. vendit.* Ergo si prædo vrbana prædia locauerit, mercedes ipsi debentur quia locauit, non domino qui non locauit. Itaque si solutæ sint, non possunt tanquam indebitæ repeti per condictionem indebiti, cùm appareat esse debitas, & ex persona conductoris, qui eas promisit, & ex persona locatoris qui ipse locauit, quíque locando nec domino, nec alij quàm sibi personalem ex locato actionem acquirere potuit. Nec enim actio ex contractu inter alios nasci potest, quàm inter eos ipsos qui contraxerunt, aut eorum successores *l. quæcunque 11. infr. de oblig. & action. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* nam si conductor etiam domino esset obligatus, vtique non posset liberari soluendo prædoni. Satis ergo esse debet ei qui à prædone conduxit, quòd prædoni soluendo sit liberatus, eáque ratio sola sufficit ad impediendam condictionem *l. si non sortem 26. §. si centum & §. si decem supr. l. qui hominem 34. §. vltim. infr. de solut.* Quod & Papinianus in hac lege docet, cùm in vltima huius legis specie dat condictionem ei, qui prædoni soluit vecturas nauium & pensiones insularum, quas dominus ipse locauerat *quia, inquit, non est liberatus soluendo*, sed cur de prædiorum duntaxat vrbanorum conductione Papinianus hîc loquitur? An non & rustica locari possunt, nec minus à prædone, quàm ab alio quolibet? Ita sanè est. Ideóque nec aliud iuris esse putat Accursius in rusticis prædiis à prędone locatis, dummodo colonus sit nummarius, non etiam partiarius, nempe quia vt addit Bartolus, soluti à colono partiario fructus essent prædonis, qui semper fuissent domini, ac proinde de quorū condictione disputare colonus non posset, qui eorum dominus nunquam fuisset. Quod diuersum est cùm locatio siue vrbani siue rustici prædij facta est in pecunia. Quæ enim postea per colonum pecunia soluitur, cùm sit soluentis, fit accipientis prædonis, indéque materia nascitur disputandi de condictione in persona conductoris, si non impediret condictionem, illa ratio quod colonus qui prædoni soluit, & ante solutionem obligatus fuit prædoni, & per solutionem liberatus. Quisquis enim ei soluit, cui fuit obligatus, licèt nullam satis iustam eius obligandi causam habuerit creditor, attamen liberatur *l. 1. §. si rem 32. infr. deposit. l. filia 88.* vbi est textus elegans *inf. de solut.* Imò quod magis est, si fugitiuus meus, cùm se pro libero gereret, nummos mihi subreptos tibi bona fide accipienti crediderit, túque postea ei solueris æquè bona fide, placet liberari te à me, quamuis mihi non ipsi obligatus fueris *l. fugitiuus 19. eod. tit.* nimirum quia reddidisti bona fide pecuniam ei ipsi à quo acceperas, quod satis est ad acquirendam liberationem. Cùm ergo is qui prædoni eidémque locatori suo soluit liberetur, mirum non est, si non habeat condictionem, at nec rursum dominus eam pecuniam ab inquilino vel colono solutam, prædoni potest condicere, sed alia ratione, scilicet quia eius pecuniæ dominus nunquam fuit, licèt fructuum fuerit. Duo enim illa, vt sæpius diximus, necessariò requiruntur ad dandam alicui cōdictionem, nempe, vt eius rei quam condicere vult, dominium & antè habuerit, & posteà amiserit, nam si nunquam habuerit, nec vindicare potest nec condicere, si verò habuit, neque amisit, condicere non potest sed vindicare. Ergo quod Papinianus noster subiicit, *sed domino erit obligatus*, non ita debet accipi quasi prædo, qui nulla condictione tenetur soluenti, teneatur domino, sed sic potius, vt dominus prædiorum habeat prædonem obligatum hereditatis petitione, vt mercedes quas exegit præstet, aut quanto maiores percipere dominus potuisset, *l. si nauis 62. §. vlt. supr. de rei vindic.* Nam quod Bartolus hîc tractat de cedendis à prædone contra conductorem actionibus ex *l. Iulianus 30. supr. de hered. petit.* ad rem non pertinet, cùm ponamus iam esse factam à conductore prędoni solutionem in petitionem verò hereditatis cērtum est, venire non modò fructus, sed etiam mercedes vice fructuum acceptas *d. l. ancillarum 27. in fin. & d. l. mercedes 29. supr. de hered. petit.* nec solùm aduersus prædonem, sed etiam quod

magis est contra bonæ fidei possessorem, hac sola differentia, quòd bonæ fidei possessor, non tenetur, nisi quatenus locupletior ex iis fructibus & mercedibus factus est *l. sed etsi 25. §. consuluit eod. tit.* Prædo autem & alius malæ fidei possessor hereditatis quilibet in solidum. Nam & extantes fructus vindicare dominus potest, etiam speciali actione in rem à quolibet possessore, tanquam quorum dominus semper manserit, consumptos verò à malæ fidei possessore condicere siue antè siue post litem contestatam percepti sint *l. certum 22. C. de rei vindic. l. si pignore 22. § si prædo infr. de pignor. act. l pen. C. de condict ex leg. & apud Iustin. de offic. iudic. §. 1.* A bonæ fidei verò possessore non item, quia facit ille fructus suos sola perceptione *d. l. bona fidei 48. de acquir. rer. domin. l. si fructuarius messem 13. supr. quibus mod. vsufruct. amitt.* lucratur verò consumptione aut vsucapione *l. 4. §. post litem supr. fin. regund. l. 4. §. lana infrà de vsucap.*

a *Idémque iuris erit in vecturis nauium.* RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad initium huius legis. Nulla enim differentiæ ratio est inter mercedes prędiorum à prædone locatorum, & vecturas nauium, quas prædo ipse locauerit, aut exercuerit, cùm vecturæ nauium sicut & vsuræ non tam natura quàm iure, id est, ex negotiatione percipiantur *dict. l si nauis 62. supr. de rei vindic.* Quomodo etiam mercedes seruorum, quorum operas prædo ipse locauerit, in quibus idem iuris esse Papinianus subiicit, & rectè: nam & illæ ex negotiatione factóque prædonis percipiuntur.

b *Nam si seruus non locatus.* Hucusque tractauit Papinianus de pensionibus prædiorum à prædone locatorum, itémque de vecturis nauium, quas prædo ipse locauerit, aut exercuerit, & de operis seruorum similiter à prædone ipso locatis. Nunc aliam tractat speciem de seruo qui à prædone ipso non locatus, suas operas ipse per se locauerit, eásque acceptas prædoni tanquam domino retulerit. Quo casu negat Papinianus accipientis fieri pecuniam. RAT. DVB. Nihil interesse videtur, an mercedes seruorum ad prædonem peruenerint per seruos ipsos, an per manus conductorum: atquin si à conductoribus soluta prædoni fuisset pecunia, vtique facta esset accipientis, vt suprà diximus, ergo & cùm seruus ipse se locauit, & operarum suarum mercedes acceptas prædoni tanquam domino retulit. DEC. Valde interest, an seruus seipsum locauerit, an à prædone ipso locatus fuerit. Priore casu non tantùm obligatio, & actio per seruum acquiritur domino, sed etiam dominium pecuniæ pro operis solutæ seruo. Quicquid enim seruus acquirit, cùm sibi acquirere non possit, necesse est vt acquirat domino, vel homini libero, à quo bona fide possideatur, & cui bona fide seruiat *l. acquiruntur 10. §. 1. & seq. l. qui bona fide 21. de acquir. rer. domin.* Prædo autem neque dominus est neque bonæ fidei possessor. Nihil ergo ei acquiri per seruum potest, nec si seruus seruiat bona fide putans prædonem esse dominum. Bonam enim fidem in possessore esse oportet, non in seruo, sicut è contrario mala fides serui non noceret bonæ fidei possessori. Porrò dominium pecuniæ seruo solutæ, quod per seruum domino quæsitum fuit, fieri non potest, vt inuito vel ignoranti domino auferatur *l. si ego 9. §. 1. infrà de iur. dot. l. id quod nostrum 11. de regulis iuris.* Melior enim condicio nostra per seruos fieri potest, sed deterior non potest *l. melior 133. eodem.* non potest igitur accipientis fieri pecunia, quam seruus à se acceptam prædoni quasi domino retulerit. Cui consequens est, vt nec eam prædoni condicere dominus possit, cùm eius dominium amiserit, sed eam debeat vindicare. Alia species est, quæ ab Vlpiano tractatur in *l. 1. §. si rem à seruo 32. infr. depos.* vbi ait, si rem à seruo depositam restitueris Titio, quem dominum eius putasti te actione depositi non teneri, nempe quia, vt lex subiicit, dolus tuus nullus intercessit. Ex causa verò depositi nemo tenetur nisi de dolo, aut de lata culpa, quæ dolo æquiparari possit, nisi aliud conuenerit *dict. l. 1. §. si conuenit & l. quod Nerua 32. eodem titul.*

c *Quòd si vecturas nauium.* Tertia hæc species est quam Papinianus tractat, si non prædo, sed dominus prædia vel nauem locauerit, prædo autem vecturas nauium & pensiones insularum acceperit. In qua specie respondet Papinianus, eum qui prædoni per errorem soluerit habiturum condictionem, quia, inquit, non est liberatus soluendo. RAT. DVB. Ex locatione facta ab ipso domino pecunia non alij quàm domino deberi potest. Nam si prædoni, cùm ipse locauit, pecunia debetur non domino, vt diximus in prima specie: non potest domini ius esse infirmius quàm prædonis, vt quod domino promissum est, alij quàm domino debeatur. Ergo etiamsi ea pecunia prædoni soluta sit, non tamen potest facta esse accipientis. Ideóque dicendum est, non condictionem eius pecuniæ illi qui soluit dandam esse, sed domino vindicationem, vt in alia specie, de qua proximè scripsimus: aut si admittamus, ex ea solutione translatum fuisse dominium in prædonem, quod necessariò admittendum est, si cum Papiniano dicamus teneri eum condictione. Quidni etiam fatemur soluentem liberatum esse ipso iure, cùm per errorem & probabilem facti ignorantiam soluerit ei, quem credidit habuisse ius accipiendæ solutionis. Est enim hic vnus ex effectibus bonæ fidei, quæ per iustam facti alieni ignorantiam facilè inducitur, *leg si quis seruo 18. & seq. l. qui hominem 34. §. si Titium infrà de solution. leg. eius qui in prouincia 41. suprà de rebus credit. §. item si Institut. de mandat.* DEC. Non ius obligationis creditori quæsitæ transfert in creditorem dominium rei, ex ea obligatione solutæ, sed traditio sola per dominum facta animo transferendi dominij ex iusta aliqua causa præcedente, licèt erratum sit in causa, vt diximus ad *leg. dominus 53. suprà ex l. nunquam nuda 31. de acquirend. rer. domin.* Atqui ponimus pecuniam debitam quidem fuisse domino fundi, sed à debitore eodémque domino pecuniæ solutam fuisse prædoni. Ergo eius dominium nec domino fundi acquiri potuit, nec alij quàm prædoni: proinde condictionem aduersus prædonem habere debet is qui soluit, non autem dominus vindicationem. Idcirco autem damus condictionem soluenti, quia & pecuniæ suæ dominium in accipientem transtulit, & tamen soluendo liberatus non fuit: nec enim sola soluentis bona fides sufficit ad acquirendam ei solutione liberationem, nisi factum aliquod interuenerit creditoris, quod bonæ fidei causam & initium præbere potuerit. Alioqui non tam bona fides ea dicenda est, quàm nimia

nimia debitoris credulitas, & falsa persuasio quæ debitori ipsi nocere debet potiùs quàm creditori, vt diximus ad *leg. si quid possessor* 31. §. *vltim. supr. de hered. petit. & ad dict. leg. eius qui in prouincia.* Ex *dict. leg. qui hominem* 34. §. *si nullo de solut. leg. cùm fundus* 31. §. *primo supr. de reb. credit. leg.* 1. §. *dolum supr.* De eo per quem facti erit, idque locus hic omnium optimè probat: ergo cùm solutio prædoni facta non liberauerit soluentem, necesse est, vt acquisiuerit ei condictionem, ex regula quam in hoc tractatu toties inculcauimus, & quæ tam sæpe repetenda est, solutionem quæ non parit liberationem parere condictionem, & contra *leg. si non sortem* 26. §. *si centum &* §. *si decem leg. cùm is* 32. §. *primo leg. indebitam* 47. *supr. hoc titul. dict. leg. qui hominem* §. *vltim. de solut.* etsi aliter atque aliter parit solutio aut liberationem aut condictionem, parit enim liberationem ex voluntate contrahentium, quia id agitur, vt per solutionem tollatur obligatio: parit verò condictionem, extra id quod agitur, vt eleganter scribit Pomponius in *leg. is qui* 13. §. *vltim. infr. commod.* Denique omnis solutio fit in ordine ad liberationem, non etiam ad condictionem. Quid ergo si prædoni soluta sit pecunia, eámque prædo posteà domino restituerit? Nemo dubitat quin hoc casu liberetur debitor, adeóque ipso iure *dict. leg. si quid possessor* 31. §. *vltim. supr. de hered. petit. dict. leg. qui hominem* 34. §. *si prædo de solut.* Ergo ex eadem supradicta iuris regula, is qui prædoni soluit, non habebit aduersus eum condictionem, quia nec metuet personalem actionem domini, cui anteà fuerat obligatus, cùm hodie liberatus sit.

d *Quod ergo dici solet, Prædoni fructum posse condici.* Refert Accursius versiculum hunc ad secundam huius legis speciem, quam esse diximus de mercedibus operarum serui à seruo ipso locatarum. In qua tamen specie nihil aliud Papinianus dixit, nisi quod nos explicauimus, si eam pecuniam pro operis solutam seruo, seruus prædoni quasi domino retulerit, non fieri illam accipientis. Quæ ratio vindicationem domino contra prædonem tribuit, vt docuimus, non condictionem: sed debet id intelligi de eo casu, quo pecunia extet, non quo sit consumpta. Nam pecuniæ dominium, quod domino quæsitum fuerat, necesse est vt per consumptionem amiserit, ideóque amissa cum dominio vindicatione, solum ei auxilium in condictione superesse potest. Sed non est exemplum hoc ad Papiniani sententiam meo iudicio accommodatum: non quasi Papinianus de naturalibus tantùm fructibus intelligat, non etiam de ciuilibus, & obuentionibus, quomodo intellexisse videtur Accursius, sed potiùs, quia de solis ciuilibus in hac lege tractatur, in quos potest illa cadere distinctio, an domini fuerint necne, non autem in fructus naturales, qui cùm non conuentionis, sed soli iure percipiantur, nunquam possunt non fuisse illius qui dominus soli fuit antequàm consumerentur, vnde & vindicari per eum possent, si extarent *dict. leg. certum dict. leg. qui scit* §. *primo de vsur.* etiamsi à bonæ fidei possessore percepti essent. Ergo si à prædone, & percepti & consumpti sint, condictione eos repetet dominus à prædone, non etiam fructus ciuiles & obuentiones, nisi eo casu quo dominus fundi earum quoque dominus fuerit, quod euenit in operis serui, à seruo ipso locatis, & per eundem seruum prædoni tanquam domino solutis, quarum precia & mercedes si extaret pecunia, vindicari possent, consumptâ verò per prædonem pecuniâ condicuntur: est autem hæc condictio furtiua, vt benè Accursius, & Bartolus interpretantur, etsi enim prædo fundi fur non est, quia non fit furtum rei immobilis, quod tamen ad fructus ex eo fundo perceptos attinet, furtum eorum facit, cùm sciat eos se contrectare inuito domino *leg. si seruum* 61. §. *locaui infr. de furt.* nec quod fructus illos percipere quodammodo cogitur, tanquam ad quorum restitutionem obligatus esset, etiamsi nullos percepisset *dict. leg. si nauis* 62. §. *vltim. supr. de rei vindic.* excusat prædonem quo minùs percipiendo fructus eorum furtum faciat, cùm in ipsius pœnam ita comparatum sit *dict.* §. *vltim. leg. nisi ex re* 33. §. *primo supr. de hered. petit.* & consequenter furtiua condictione teneatur, nec tantùm si consumpti sint, sed etiamsi extent, non enim adhibetur in condictione furtiua ea distinctio, quæ in aliis condictionibus adhibetur *leg. si pro fure* 7. §. *vltim. leg. in re furtiua* 8. *& pass. infr. de condict. furtiu.*

56. IDEM libro 8. Quæstionum.

SVfficit ad causam indebiti, incertum esse temporaria sit, an perpetua exceptionis defensio. Nam si quis, ne conueniatur, donec Titius consul fiat, paciscatur: quia potest, Titio decedente, perpetua fieri exceptio, quæ ad tempus est, Titio consulatum ineunte: summa ratione dicetur, quod interim soluitur, repeti. vt enim pactum, quod in tempus certum collatum est [a], non magis inducit condictionem, quàm si ex ea die debitor soluisset: ita prorsum defensio iuris, quæ causam incertam habet, condictionis instar obtinet.

Ad l. Sufficit 56.

RAT. DVB. Is demum qui tutus exceptione aliqua per errorem soluit, repetit, qui exceptione perpetua tutus fuit, eáque fauorabili non odiosa, secundum eam interpretationem, quam attulimus ad *leg. qui exceptionem* 40. *iunct. leg. si is qui* 24. *supr. hoc titulo.* Ergo si exceptio talis sit, de qua dubitari possit, an perpetua futura sit, an temporalis, repetitioni locus interim esse debebit: cur enim perpetuæ exceptioni priuilegium hoc damus, nisi ad exclusionem, & differentiam exceptionis temporalis. Nam & in eo differentia est, quod pro creditoribus non habentur ij qui exceptione perpetua repelli possunt: Qui verò temporalem duntaxat exceptionem verentur, conditionalium creditorum loco habentur *leg. credito-*

res 10. *leg. crediter* 55. *de verb. signific.* nam si qua exceptio extra sua tempora opponatur perinde habenda est, acsi numquam competiisset, quia nec amplius competit. Dec. Ius semper certum est *leg.* 2. *infr. de iur. & fact. ignor.* Quid enim in Republica certum esse posset, si ius incertum esset? Atqui ius ex facto oritur *leg. si ex plagis* 52. §. *primo supr. ad leg. Aquil.* Facta verò, licet quæ sunt præterita certa sint, tum quoque cùm à nobis ignorantur, futura tamen incerta sunt *leg. vbi autem* 75. §. *qui id quod infr. de verb. oblig. leg. cùm ad præsens* 37. *& seqq. supr. de reb. credit.* Ergo, vt ex facto incerto ius certum constitui possit, necesse est, inspici non quid in facto illo incertum sit, sed quid certum, nam & in facto incerto aliquid certi est, atqui cùm ob incertitudinem facti, ex quo aliqua exceptio nasci potest, incertum est an temporalis an perpetua sit exceptio, vt puta si pactus sit debitor ne conueniatur, donec Titius Consul fiat (quo casu moriente Titio antequàm Consul factus sit, perpetua fit exceptio, quæ quandiu Titius viuit, non nisi temporalis est, & Titio consulatum ineunte intercidit,) hoc tamen certum est, quod interim soluitur, necdum esse debitum, nec certum esse debitum iri, nondum est debitum, quia nondum Titius Consul fuit: neque rursus certum est debitum iri, quia incertum est an Titius Consul aliquando futurus sit. Interim ergo fatendum est, condictionem indebiti competere, quæ vt competat, non est necesse, vt quod solutum est, certum sit debitum non iri, sed satis est, vt certum sit hoc ipsum incertum esse an futurum aliquando sit, vt debeatur, quia vt debitum quid videri possit, & tanquam debitum, si solutum sit, retineri, necesse omnino est, vt vel iam debeatur, vel saltem aliquando debitum iri certum sit *leg. in diem* 7. *leg. quod si sub condicione* 18. *supr.* Itaque quod ad condictionem indebiti pertinet, nihil interest an promiserim tibi centum *si Titius Consul factus erit* aut *cùm Titius Consul factus erit*, quibus etiam verbis condicio expressa continetur *leg. qui promisit* 48. vbi diximus *supr.* an verò purè, sed subiecto pacto de non petendo, donec Titius Consul fiat. Etsi enim aliàs multùm interest, an differatur exactio in id vsque tempus, quo aliquid factum sit, an verò ipsa obligationis substantia in id tempus conferatur *leg. Iulianus* 20. *infr. de iur. dot. leg. eandem* 9. §. *primo infr. de duob. reis.* in proposito tamen nihil interest, non quia condictio indebiti priuilegium hoc mereatur tanquam fauorabilis, in qua scilicet is qui condicit, certat de damno vitando, quomodo ratiocinatur Accursius, nec quòd eiusdem effectus sint in omnibus, nec nisi initio differant, vt ait Bartolus, sed quia his omnibus casibus eueniat, vt certum sit, non omnimodo debitum iri, quod aliquo casu fieri potest, vt non debeatur, quæ res sufficit ad condictionem, vt diximus. Et hæc vera certè huius legis ratio est, non quam adfert Accursius, quòd in dubio magis attendatur exceptionem posse perpetuam esse, quàm quòd possit esse temporalis, aut quòd in dubio magis interpretari debeamus in causam impedientem, quàm in aliam, vt loquitur Bartolus, aut quòd vt idem addit, dubium interpretandum sit perpetuum. Sed quia vt prima huius legis verba disertè habent, sufficit ad causam indebiti incertum esse an temporalis sit, an perpetua exceptionis defensio, nec proinde ex aliqua præsumptione hoc fit, sed ex illa certitudine, quod pendente eo, an perpetua, an temporalis futura sit exceptio, certum tamen est, interim esse incertum aliquando debitum iri, & consequenter certum est adhuc esse indebitum, præsenti rerum statu inspecto. Futurus enim status duntaxat incertus est, vt verò sciatur, an hodie condictio indebiti competat, præsens status inspici necessariò debet, vt & in specie *leg. sub condicione* 10. *infr. de assign. libert.* nisi quod ibi par constituitur ratio condicionis & diei certæ: in condictione autem indebiti non item, quia quod sub condicione debetur, nullomodo interim debetur, quod verò in diem certum, iam debetur certò, licet peti nondum possit, quia diem venturam esse certum est *dict. leg. in diem* 7. *leg. sub condicione* 16. *leg. qui promisit* 48. *supr. hoc Tit.*

a *Vt enim pactum quod in certum tempus collatum est.* Argumentatur Papinianus à die certo ad condicionem incertam, sed contraria ratione: vt quemadmodum siue promiserit quis centum post Calendas Martias, siue ab initio promiserit purè, sed conuentione subiecta, vt ante Calendas Martias peti non possit, quod interim soluit, repetere non potest, quia vtroque casu certum est debitum iri *dict. leg. in diem* 7. *supr. leg. obligationum ferè* 44. §. *placet infr. de oblig. & action.* nec posteriore casu pactum magis inducit condictionem, quàm si ab initio ex die promissum esset, ita prorsus, inquit, defensio iuris quæ causam incertam habet, condicionis instar obtinet, id est efficit, vt quemadmodum quod sub condicione debetur, si interim solutum sit, potest repeti, ita & quod solutum est, pendente ac incerto eo an temporalis, an perpetua futura sit, exceptionis defensio. Malè igitur in fine huius legis quidam libri habent, *condictionis instar obtinet*, legendum enim est, vt & apud Accursium *condicionis*, quia condicio propriè non est, quæ ita concepta fuit *donec Titius Consul fiat*, sed tamen condicionis vim habet, quia suspendit effectum puræ alioquin dispositionis.

57. Idem libro 3. Responsorum.

CVm indebitum, impuberis nomine, tutor numerauit: impuberis condictio est.

Ad l. Cùm indebitum 57.

Rat. dvb. Condictio indebiti danda est ei qui dominium amisit, tradendo rem aut pecuniam quam non debebat. Nascitur enim condictio & ex aliquo negotio gesto, & ex translatione dominij *leg. si in area* 33. *supr.* Atqui tutor qui nomine pupilli soluit indebitum, quasi pupillari creditori, qui creditor non erat, ipse est qui negotium gerit, & qui dominium nummorum quos soluit transfert in accipientem, non pupillus, maximè verò, si addas cum Accursio, vt augeas dubitationem, solutos nummos tutoris fuisse, non pupilli, nec enim pupillus ipse etiamsi contraxisset, dominium tamen nummorum tutoris sui transferre in accipientem potuisset. Tutori ergo ipsi qui indebitum soluit, licet pupilli

pupilli nomine soluerit, condictio indebiti danda est, non pupillo, accedit quòd licet tutor personam pupilli repræsentet, & vice domini sit *leg. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam.* tunc tamen domini loco habetur, cùm tutelam ex bona fide administrat, non cùm pupillum spoliat *leg. qui fundum 7. § si tutor infr. pro emptor.* An non verò pupillum spoliat tutor, qui pupilli nomine soluendo indebitum, hoc ipso facit pupillum pauperiorem? Nam neque in generali mandato censetur mandatum procuratori, vt soluat indebitum, ideóque si procurator meus indebitum soluerit, non priùs tamen acquirit mihi condictionem, quàm ego ratum habuero, sicut nec condictione vlla me obstringit, si meo nomine indebitum acceperit *§. proxim. supr. leg. si procurator 8. supr. hoc titul.* Quod autem non potest facere procurator, habens generale mandatum, cum libera administratione, nec tutor intelligitur posse facere, quasi mandatum generale habens à lege. Ergo vt pupillo detur condictio indebiti à tutore soluti, dicendum est expectandum saltem esse, vt pupillus ratam habeat solutionem. DEC. Tutor in omnibus ferè pupilli loco est, & vice domini præterquàm si mala fide tutelam administret, & spoliandi pupilli gratia *dict. §. an ignoscitur dict. §. si tutor leg. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt.* non autem spoliat, sed ex bona fide administrat, licet non vtiliter qui soluit per errorem indebitum, quod putat esse debitum, id enim agit, vt soluendo quod à pupillo deberi putat, eum liberet à creditore, atque ita faciat locupletiorem *leg. si pupilli 66. in fin. de solution.* Ergo perinde acquirit condictionem pupillo, cuius nomine soluit, atque si pupillus ipse solueret, nec minùs si ex suis nummis, quàm si ex pupillaribus soluerit, cùm soluerit pupilli nomine. Nam etsi pupillus ex tutoris nummis indebitum solueret, dummodò ex ipsius tutoris voluntate, sibi tamen acquireret condictionem, non tutori, quia cùm de indebito, & indebiti condictione quæritur, non tam inspiciendum est, à quo solutum sit, aut ex cuius pecunia, quàm cuius nomine *leg. indebitam 47.* vbi diximus *supr.* neque verò expectandum est, vt pupillus eam tutoris solutionem ratam habeat, vt sibi acquirat condictionem, cùm id quod à tutore gestum est à pupillo ipso non ab alio gestum esse videatur, in quo plus iuris habet tutor, quàm procurator quilibet, vt solet in cæteris ferè omnibus plenior esse potestas, habita à lege quàm si ab homine eam quis habeat. Nullo enim hominis facto opus est, vt lex seipsam interpretetur, quod in mandato, & prouisione hominis plerunque diuersum est *leg. mandato generali 60. supr. de procurat. leg. generali mandato 14. infr. de rit. nupt. leg. obligatione 6. infr. de pignor.* Meritò igitur Papinianus generaliter, & indistinctè hîc scribit, si tutor impuberis nomine indebitum numerauerit, impuberis condictionem esse non tutoris: nam & generaliter verum est, quod ex Iuliano Vlpianus scribit in *dict. leg. si procurator 8. §. vltim. supr.* neque tutorem, neque curatorem, neque procuratorem soluentes, repetere posse, nec interesse suámne, an pupilli, vel domini pecuniam soluerint, dummodo non suo, sed pupilli vel alterius domini nomine. *Iunct. dict. leg indebitam.* Planè quod indebitum tutor de suo pupilli nomine soluit, quamuis creditori falso, cui soluit condicere non possit, reputabit tamen pupillo in reddendis rationibus tutelæ, cùm ex sua pecunia fecerit pupillum locupletiorem, acquirendo ei condictionem: qua porrò si cedere ipsi pupillus malit, quàm contra falsum creditorem fortassis inopem condictione agere, audiendus erit, vt eam condictionem tutor periculo suo exerceat *argument. leg. quòd si possessor 17. supr. de hered. petit.* cùm non teneatur tutori actione tutelæ alia ratione, quàm quia tutor facto & sumptu suo condictionem illam pupillo quæsiuerit. Ex regula *leg. si quid possessor 31. in princip. eod. & leg quod debetur 51. infr. de pecul.* Isto tamen errore tutoris factam esse solutionem oportet, vt acquirat condictionem pupillo, quia sicuti persona tutoris pro pupilli persona habetur, ita & factum tutoris factum pupilli est, nec scientiam, aut ignorantiam pupilli valde attendimus, qui nec quicquam scire in ea ætate intelligitur *leg. pupillus 9. infr. de acquir. hered. ne quidem illa quæ videt leg 1. Codice de fals. monet.* Illud tamen obseruatione dignum est, & superioribus valde conuenit, quod si tutor qui pupilli nomine soluit indebitum eidem pupillo in reddenda tutela non reputauerit, siue per obliuionem siue per imperitiam id fecerit, necdum pupillus condictionem exercuerit, tutori danda ea condictio est, non quidem contra pupillum ipsum, sed contra creditorem *leg. vltim. §. tutor infr. hoc tit.*

1 ¶ Creditor, vt procuratori suo debitum redderetur, mandauit. maiore pecunia soluta, procurator indebiti causa conuenietur, quod si nominatim, vt maior pecunia solueretur, delegauit [a]: indebiti cum eo, qui delegauit, erit actio. quæ non videtur adempta, si frustra cum procuratore lis fuerit instituta [b].

Ad §.1. Creditor.

RAT. DVB. Condictio danda est ei non qui soluit indebitum, sed ei cuius nomine solutum est, vt diximus ad initium huius legis & ad *leg. indebitam 47. & ad leg repetitio 44. supr.* Atqui is qui soluit indebitum procuratori, tanquam debitor debitoris, licet contra voluntatem domini soluerit, soluit tamen nomine creditoris sui, qui ex minore quantitate debitor erat procuratoris. Ergo creditori suo non sibi condictionem acquisiit contra procuratorem. DEC. Cùm quis mandauit vt procuratori suo debitum solueretur, & maior pecuniæ quantitas soluta est, quàm debebatur, potest imputari culpa ei qui soluit, cur maiorē & indebitam pecuniam soluerit, siquidem mandatū ei nominatim erat, vt debitum solueret, non vt indebitum. Ergo indebiti condictione conueniendus non est procurator à domino, qui debitum solui mādando, inde-

bitum solui potiùs prohibuit, sed ab eo qui contra mandatum & voluntatem domini indebitum soluit, quique ob eam causam directa mandati actione obstrictus est, vt mandantem indemnem præstet *argument. leg. indebitam 47. supr.* Nam nec quicquam interesse videtur domini, aut ei abesse ob indebitum solutum, cùm pro consequenda indemnitate regressum habeat contra mandatarium *vulg. leg. is qui actionem 9. de regulis iuris.* Planè condictionem hanc contra alium, quam contra procuratorem habere debitor, qui nomine creditoris sui soluit, non potest: nam contra creditorem suum, qui nihil mandauerat, nisi vt procuratori debitum redderetur, quonam obsecrò iure ageret condictione indebiti, aut quonam colore? In eóque differt hic casus à sequenti: nam nec videri potest indebitum solutum eius nomine qui debitum duntaxat solui mandauerat. Cæterùm si solutionem indebiti ratam habeat creditor, quod euenit, si malit ipse agere contra procuratorem, vt in *leg. si procurator* 8. *supr.* non est prohibendus condicere procuratori. Sed hoc casu exercebit condictionem suo periculo, nec audiendus erit, si fortè mutata voluntate malit agere, mandati contra mandatarium ob inopiam procuratoris, aut conueniendi eius difficultatem, vt in *leg. quòd si possessor 17. in fin. supr. de hered. petit.* Sibi namque imputet, cur mandatarij eiusdémque debitoris sui factum, quod improbare potuerat, & debuerat, ratum habere maluerit.

a *Quòd si nominatim vt maior pecunia solueretur delegauit.* RAT. DVB. His solis pecunia condicenda est, quibus quoquomodo soluta est, non quibus solutio proficit *leg. his solis 49. supr.* Atquin debitor, qui ex delegatione sui creditoris plus debito soluit, cùm ei nominatim mandatum esset, vt maiorem quantitatem solueret, soluit procuratori sui creditoris non ipsi creditori, qui eum delegauit. Ergo cum procuratore ipso debet agere condictione indebiti, non cum eo qui delegauit, quandoquidem procurator ille est qui indebitum accepit. DEC. Qui ex forma delegationis, maiorem pecuniæ quantitatem creditoris sui procuratori, eidémque creditori soluit, quàm quæ debebatur, non alio iure censeri potest, quàm si creditori ipsi suo soluisset, cuius non tantùm nomine, sed etiam mandato soluit. Breui enim manu censetur creditori suo soluisse, tum creditor ipse suo etiam creditori, & vnus hic casus est ex iis, in quibus celeritate coniungendarum actionum vna occultatur *leg. 3. §. sed si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor. leg. singularia 15. supr. de reb. credit.* Ergo debitori debitoris qui soluit indebitum, condictio danda est, non contra procuratorem, qui indebitum accepit ab eo qui mandati formam secutus minus soluere non potuit, sed contra delegantem ipsum, non tam quia delegauerit, quàm quia delegando videatur ipse solutionem accepisse. Itaque nihil hac parte fit contra regulam *dict. leg. his solis.* Nam quisquis debitorem suum creditori suo delegat, sicuti soluere ipse creditori suo intelligitur *leg. quamuis 8. §. interdum infr. ad senatusconsult. Velleian.* ita & vicissim à debitore suo solutionem accipere. Sed illud tamen mirum est, condictionem indebiti dari debitori delegato aduersus delegantem ob solutum delegantis nomine, plus quàm ab ipso deberetur. An non enim sufficere delegato debet, quod sit ipse a creditore suo liberatus, cui totum illud debebat quod creditori delegantis soluit? Nisi dicamus, quod certè verum est, ex solutione post delegationem facta non posse liberationem soluenti contingere nisi ad concurrentem vsque debiti vtrimque quantitatem, vt in tantum liberetur, in quantum liberat, non vltra. Atquin solutio in proposita specie non liberauit delegantem, pro ea quantitate, quæ fuit procuratori indebita: ergo nec liberauit soluentem, pro eadem ipsa quantitate, & consequenter necesse est, vt solutio, quæ liberationem soluenti parere non potuit, eidem pepererit condictionem. Ex regula *leg. 5. non fortem 26. §. si centum & §. si decem leg. si vrbana 55. supr. leg. qui hominem 34. §. vlt. infr. de solut.*

b *Quæ non videbitur perempta si frustra cum procuratore lis fuerit instituta.* RAT. DVB. Quisquis malè agit, & malè litem instituit, causa cadere debet, tametsi bonam causam foueat, quia imputare sibi debet, cur non melius, & ex consilio Iureconsulti litem instituerit, adeóque licet plus tantùm petierit, siue re, siue tempore, siue loco, siue ca. sa §. *si quis agens Instit. de action. leg. 1. Cod. de plur. petit.* Ob eámque nimirum causam iure ciuili comparatæ sunt actiones præscriptis verbis, & in factum ad euitandum periculum malæ electionis *leg. si gratuitam 16. & pass. infr. de præscr. verb.* Semel enim malè electa vna actione ad aliam regredi non licet *leg. quod in herede 9. §. eligere infr. de tribut. act.* Ergo in proposita specie, si debitor debitoris à creditore suo delegatus, plus debito soluerit procuratori, eidémque creditori creditoris, & ex ea causa egerit condictione indebiti cum procuratore, qui solutionem accepit, non est ei permittendum, vt agat iterum contra delegantem, sed omni auxilio destitutus imputare sibi debet, malam suam electionem, & cur aduersus procuratorem, quàm contra delegantem agere maluerit. DEC. Aliud est malè agere, aliud verò nihil agere *leg. vnic. in fin. supr. quando dies vsufr. legat. ced.* Malè agit qui actionem sibi competentem, non satis ritè, aut minùs rectè, exercet, qualis ille est, qui quoquomodo plus petit *dict. §. si quis agens.* at nihil agit is, qui sine actione agit, cùm id fieri iure non possit: *leg. si pupilli 6. §. vltim. supr. de negot. gest. leg. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* Agit autem sine actione is, qui actione aliqua experitur, vel nullomodo competente, vel contra vnum quidem competente, sed contra alium aduersus quem non competebat, instituta. Quoties enim actio aliqua exercetur, non illud tantùm inspiciendum est, quod ad personam actoris pertinet, an actionem aliquam habeat, sed etiam ex parte rei qui conuenitur, an ille sit qui ea ipsa actione conueniri possit. Alia quæstio est de eo, qui cùm de eadem re plures actiones haberet, elegit minùs vtilem sibi, & aliam prætermisit vt in *dict. §. eligere.* Hic enim variare & electionem mutare non potest, quia eam actionem quæ competebat, & vtilior futura erat, abiecisse videtur, aliam minùs vtilem, sed tamen competentem eligendo. Atqui in proposita specie condictio indebiti contra procuratorem qui indebitum accepit, non nisi frustrà exerceri potuit, quia contra eum nulla competebat, cùm nihil nisi ex forma delegationis debitor soluisset procuratori. Ergo non ob id adempta vel consumpta videri debet condictio, quæ aduersus delegantem competit: non enim frustra exerceretur actio, si eum

si eum haberet huiusmodi lis effectum, vt actionem competentem consumeret, quæ tamen consumeretur, si contra eum aduersus quem competeret, exerceretur: consumitur enim actio, quæcunque exercetur, si competat *leg. habebat 13. infr. de instit. action. leg. si sic stipulatus sim 133. in fin. de verb. obligat.* Non igitur nocet electio facta frustra, sed nocet tamen ea, quæ malè facta est, id est contra eligentis vtilitatem, magis quàm contra iuris rationem. Sic in *leg. 2. §. data de option. legat.* & aliis legibus quas hîc multas adducit Accursius, licet malè factam electionem ab ea quæ frustra facta sit, non distinguat, in quo errat certè meo iudicio: nec enim Papiniani mos est, ista confundere, sed dictionem *frustra* accipere pro eo quod est *inutiliter leg. verbis 5. in principio infr. ad legem falcidiam leg. verbis ciuilibus 7. de vulgari & pupillari subst.* non pro eo quod est *malè*.

58. IDEM libro 9. Responsorum.

SEruo manumisso fideicommissum ita reliquit, si ad libertatem ex testamento peruenerit. is post acceptam sine iudice pecuniam, ingenuus pronuntiatus est. indebiti fideicommissi repetitio erit.

Ad l. Seruo manumisso 58.

RAT. DVB. Condiciones impossibiles in legatis institutionibus, & aliis vltimis voluntatibus habentur pro non adiectis, nec viciant vltimam voluntatem, sed viciantur *leg. 1. de condic. instit. leg. obtinuit 3. de condic. & demonstr. §. impossibilis Instit. de hered. institut.* quod in stipulationibus, & dispositionibus inter viuos secus est *leg. non solùm 31. de oblig. & action.* Atqui condicio illa omnino impossibilis est, si seruus iam manumissus ad libertatem ex testamento peruenerit: nec enim is qui iam liber est, magis liber fieri potest. Ergo non eo minùs valere debet fideicommissum sub huiusmodi condicione relictum, ac proinde si solutum sit quasi debitum etiam sine iudice & spontanea solutione, condictioni locus esse non potest. Quis enim admittat fideicommissum debitum condici, cùm ea quoque fideicommissa quæ indebita sunt, si tamen fidei explendæ gratia soluta sint, minimè repetantur *leg. fideicommissum 62. infr. hoc titul. leg. 3. Cod. de fideicommiss.* DEC. Ea demùm condicio impossibilis reiicitur, & pro non scripta habetur in vltimis voluntatibus, quam testator impossibilem esse sciuit, non quam possibilem esse credidit. Plus enim plerunque est in opinione testatoris, quàm in veritate, vt in exemplo quod affert Accursius ex *leg. quo loco 10. §. primo infr. de hered. instit.* Voluntas enim testantis quæ in testamentis dominatur, & totum facit *leg. si mihi 12. in fin. de legat. 1.* nec meliùs nec aliter perspici, & explorari potest, quàm ex ipsius opinione *leg. vltim. de hered. instit. leg. cùm mater 28. supr. de inoffic. testamento.* Scilicet in iis quæ ex testatoris voluntate pendent, secus si ex iuris potestate, vt in exemplo quod affert Bartolus, si testator heredem aliquem instituerit ex re certa, & alium in solidum quem putabat viuere, cùm tamen esset iam mortuus. Non enim ob id minùs heres in solidum erit is qui ex certa re fuit institutus, quia ius hereditatis neque in certa re consistere, neque diuidi nisi per legem 12. tabul. potest, neque rursus induci, vt quis in paganis decedat pro parte testatus & pro parte intestatus *leg. 1. §. si ex fundo infr. de hered. institut. leg. ius nostrum 7. de regul. iuris iuncta leg. si miles vnum ex fundo 6. leg. ex militari 11. §. vltim. & leg. seq. infr. de testamento milit.* Atqui testator, de quo hîc Papinianus loquitur, cùm per alieni facti ignorantiam, & errorem probabilem seruum esse crederet eum, qui iam erat manumissus, putabat esse possibilem condicionem illam, sub qua fideicommissum relinquebat, si fideicommissarius ex eo testamento ad libertatem perueniret, atque ita si libertus fieret non si ingenuus esset. Ergo si testatoris errorem secutus heres fideicommissum hoc soluerit, quasi nacto seruo libertatem ex huiusmodi testamento, repetitioni locus esse poterit, quasi indebito soluto, quia quod sua condicione eueniente futurum erat debitum, eâdem condicione deficiente fit necessariò indebitum. Scilicet cùm condicio sui natura possibilis est, & talis quæ possit existere, aut non existere: qualis hæc est, de qua disputamus. Non enim est impossibilis, nisi per accidens, & ex suppositione, quia iam manumissus inuenitur, qui manumittendus sperabatur, nihil autem interest an hîc fideicommissarius ingenuus pronunciatus sit per sententiam iudicis, quia fuerat iam manumissus, an si voles nullo etiam iure, cùm etiam ingenuum sententia faciat, quia res iudicata pro veritate habetur, vt benè Accursius notat ex *leg. ingenuum 25. supr. de stat. homin. leg. res iudicata 208. de regulis iuris leg. seruo 61. §. cùm Prætor ad senatusconsult. Trebellianum.* Quamuis nec quicquam prohibeat homini iam libero libertatem per fideicommissum vtiliter adscribi, vt si is posteà in seruitutem redactus proponatur, petere tamen possit libertatem, si modò mortis tempore vel condicionis existentis inueniatur seruus, vt idem Accursius noster notat, ex *leg. generaliter 24. §. si homini libero 3. infr. de fideicommiss. libert.* Sed hoc ita, si eundem testatoris errorem supponamus, qui hominem hunc re vera liberum, seruum tamen esse putauerit: alioqui casum hominis liberi, fortunámque aduersam expectari, neque naturale, neque ciuile est *leg. inter stipulantem 83. §. sacram de verborum obligat.* Rectè autem Papinianus adiicit, *accepta sine iudice pecunia*, quia si interueniente iudice, & ex authoritate iudicati soluta esset, de indebiti condictione tractari nihil posset *leg. si fideiussor 29. §. in omnibus infrà mandatum leg. 1. Codice hoc titulo.* Alia causa est fideicommissi, de quo in *dict. leg. fideicommissum 62. infr. eod.* quod etiamsi fuerit indebitum solutum, tamen non repetitur, scilicet cùm fidei explendæ gratia solutum est, vt illa lex habet.

59. IDEM libro 2. Definitionum.

SI fideiussor iure liberatus, soluerit errore pecuniam: repetenti non oberit. si verò reus promittendi, per errorem, & ipse postea pecuniam soluerit [a], non repetet: cùm prior solutio, quæ fuit irrita, nec naturale vinculum dissoluit, nec ciuile, si reus promittendi tenebatur.

Ad l. Si fideiussor 59.

RAT. DVB. Quod à reo promittendi, & à fideiussore debetur, vnum & idem debitum est. Nec enim obligatur fideiussor, si ad aliud se obliget, quàm ad illud ipsum quod à principali reo debetur *l. gracè 8. §. si quis Stichum leg. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss.* Ergo quamuis debitoris fideiussor iure liberatus sit ex aliqua causa, quæ tamen debitorem ipsum principalem in obligatione retinuerit. Si fideiussor per errorem soluerit, non eo magis permittendum ei est, vt repetat tanquam indebitum, cùm reus ipse promittendi adhuc sit obligatus. DEC. Vnum equidem, & idem debitum est, quod à reo & à fideiussore debetur, sed tamen alia rei, alia fideiussoris obligatio est, vna principalis, alia accessoria: nec quicquam vetat liberari fideiussorem manēte obligatione principalis debitoris, aut principalem debitorem manente obligatione fideiussoris, puta si alteruter per pactum nudum de non petendo liberatus sit, non etiam per acceptilationem, quoniam obligationem vtramque acceptilatio extingueret, non etiam pactum de non petendo, præsertim quod esset personale *leg. si quis reum 5. infr. de liberat. legat. leg. nisi hoc actum 22. supr. de pact. l. & per iusiurandum 13. §. si fideiussori infr. de acceptil. leg. cùm is 32. §. fideiussor supr. hoc tit.* Ergo quamuis liberato fideiussore maneat reus obligatus, facere id non potest, quominùs fideiussori qui per errorem soluit, danda sit indebiti repetitio.

a *Si verò reus promittendi per errorem & ipse posteà pecuniam soluerit.* RAT. DVB. Vnica solutio totius debiti per fideiussorem facta sufficit ad extinguendam, & debitoris principalis & fideiussoris obligationem *§. 1. Instit. quib. mod. tollit. obligat.* non enim quod alia debitoris alia fideiussoris obligatio est, vt modò diximus, necessitatem inducit duplicis faciendæ solutionis *leg. si fideiussor 29. in princip. & §. si cum debitor infr. mandat.* Ergo si fideiussor, quamuis iam liberatus ipse soluerit, multo magis dicendum est, eam solutionem quæ proficere non potest ad liberandum fideiussorem, qui iam liberatus est, proficere saltem ad reum liberandum, quia non est difficilius, vt vna liberatio inducatur, quàm vt duplex. Proinde si reus promittendi per errorem & ipse pecuniam soluerit, quam fideiussor iam soluerat, dicendum est posse illum repetere condictione indebiti, quippe quia duobus eandem quantitatem debitam soluentibus, condictio semper ei danda est, qui posterior soluit *leg. cùm duo 25. supr. leg. vlt. §. Titius infr. hoc tit.* DEC. Solutio per fideiussorem facta, ita demùm & fideiussorem ipsum soluentem, & reum quoque liberat, si fideiussor vel suo nomine soluerit, cùm vterque adhuc deberet, vel nomine debitoris, quia tunc liberato debitore, ipse quoque fideiussor cuius obligatio non nisi accessoria est, per consequentias liberatur. Nam & idem contingeret, si dolo malo fideiussoris puta hominem promissum occidentis, debitor liberatus esset, secundum Iuliani sententiam à Papiniano nostro relatam in *leg. si fideiussor 19. supr. de dolo.* Quòd si fideiussor iam liberatus soluerit nomine debitoris, nec dubitandum est, quin eum liberet ipso iure: sed si soluat suo nomine, nec se liberat, cùm sit iam liberatus, nec debitorem principalem, quia non eius nomine soluit, sed suo, vt in *leg. indebitam 47. supr. hoc titul.* Habet ergo ipse condictionem indebiti, vt modò diximus, quia solutio quæ ad nullam liberationem proficit, necessariò proficit ad condictionem *dict. leg cùm is 32. §. fideiussor. supr.* Cui omnino consequens est, vt quod reus per errorem, & ipse posteà soluit, non possit dici indebitum, nec proinde repeti per condictionem indebiti, quoniam vt eleganter Papinianus ait, prior solutio quæ fuit irrita, & quæ ideo fideiussori condictionem peperit, neque naturale vinculum dissoluere potuit, neque ciuile quo reus promittendi tenebatur. Quod ergo dicimus ei qui posterior soluit, dandam esse condictionem, tunc verum est cùm prior solutio peperit liberationem, & indebitum fecit, quod anteà erat debitum: alioqui si prior solutio indebiti facta sit, condictio exinde competet soluenti, atque ita impediet ne posterior solutio quæ proficiet ad liberationem, proficiat ad nouam condictionem, si modò reus promittendi tenebatur aut naturaliter, aut ciuiliter, quomodo alterutrum eorum adesse necesse est, vt fideiussoria obligatio potuerit accedere *leg. 1. leg. 6. §. vltim. & seq. leg. fideiussor 16. §. fideiussor infr. de fideiuss.*

60. PAVLVS libro 3. Quæstionum.

IVlianus, verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc iudicio, negabat soluentem repetere posse: quia nec absolutus [a]: nec condemnatus repetere posset. licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. similémque esse ei dicit [b], qui ita promisit, *siue nauis ex Asia venerit, siue non venerit*: quia ex vna causa alterius solutionis origo proficiscitur. Vbi autem quis, quod

quod purè debet[c], sub condicione nouandi animo promisit: plerique putant, pendente nouatione solutum repeti posse: quia, ex qua obligatione soluat, adhuc incertum sit. Idémque esse, ac si diuersas personas ponas eandem pecuniam purè, & sub condicione, nouandi animo promisisse. sed hoc dissimile est. in stipulatione enim pura, & condicionali, eundem debiturum certum est.

Ad l. Iulianus 60.

RAT. DVB. Iudiciorum exitus semper dubius & incertus est *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* Vnde & aleam iudiciorum passim dicimus, quia fieri potest vt casu obtineat ille qui alioquin succumbere deberet *l. posthumus 6. §. 1.* in illis verbis *& casu obtinuerit, supr. de inoffic. testam.* aut per imperitiam, aut per sordes, aut per gratiam aliámve iniuriam iudicis *l. 3. §. 1. infr. de pignor. l. si per imprudentiam 51. infr. de euict. l. seruo 65. §. cùm prætor ad SC. Trebell. l. exceptione 67. de fideiuss.* Atqui vt condictio indebiti competat, sufficit incertum esse an id quod soluitur debeatur: nec satis est, vt possit aliquo casu deberi si nō omnino certum sit, aut iam deberi, aut saltem debitum iri *l. sufficit 56.* vbi diximus *supr.* Ergo si debitor post litem contestatam manente iudicio soluat, quamuis verus debitor sit potest repetere, quia fieri potest vt absoluatur, & pronuncietur nihil eum debere quo casu res iudicata pro veritate haberetur *l. res iudicata 208. de regul. iur.* DEC. Non potest dici incertum quod ex nullo euentu inducitur vt Bartolus hîc loquitur, & vt idem addit, non potest quis esse melioris condicionis in casu dubij, quàm in casu certi. Atqui euentus iudicij non alius esse potest, quàm vt debitor vel condemnetur, vel absoluatur *l. 1. & 2. infr. de re iudic.* Porrò siue condemnatus solueret non repeteret *l. si fideiussor 29. § in omnibus infr. mandat l. seruo 58. supr. hoc tit. l. 1. C. eod.* Siue absolutus esset, adhuc tamen non posset repetere, quia naturaliter obligatus remaneret. Nec enim sententia absolutoria tolleret naturalem veri debitoris obligationem, vt sequitur in textu. Ergo etiamsi pendente iudicio soluat, quamuis exinde neque condemnatio neque absolutio sequi vlla possit, nisi eo sensu, quo dicimus iudicia omnia esse absolutoria, postquàm reus actori satisfecit *§. vlt. Instit. de perpet. & tempor. act.* Dicendum tamen est repetere nihil eum posse.

a *Quia nec absolutus.* RAT. DVB. Res iudicata pro veritate habetur propter rerum iudicatarum authoritatem *l. ingenuum 25. supr. de stat. homin. d. l. res iudicata 208. de regul. iur. d. l. seruo 65. §. cùm prætor infr. ad SC. Trebell.* Atqui is qui tanquam debitor à creditore conuentus est, non potest absolui. quin debitor non esse pronuncietur. Ergo si absolutus sit, quamuis verus debitor fuerit, perinde tamen habendus est, acsi verum esset nihil eum debere, & consequenter si soluat potest repetere condictione indebiti. Quis enim est qui se veriùs non debitorem possit dicere, quàm de quo pronunciatum est, nihil eum debere? Nam nec negari potest, quin is qui absolutus est, tutus sit exceptione rei iudicatæ quæ & perpetua, & fauorabilis est, vt nemo nescit. Quisquis porrò eiusmodi exceptione tutus est, si soluat repetit *l. qui exceptionem 40. supr.* Ergo & hic repetere potest, qui absolutus soluit, ac proinde multo magis si pendente iudicio, ex quo scilicet fieri poterat, vt absolutio sequeretur, quod sufficit ad inducendam condictionem indebiti *dict. leg. sufficit 56. supr.* DEC. Rerum iudicatarum authoritas tota est ex iure ciuili, & ex mera ratione iuris ciuilis, vt aliquis litium finis esse possit, ad retinendam inter ciues concordiam qua sola reipublicæ salus continetur *l. 2. & pass. C. de re iudic. l. fratris 10. & pass. C. de transact. l. in summa 65. §. 1. infr. hoc tit. l. singulis 6. de except. rei iudic.* Interest namque illius etiam cui per sententiam iudicis fit iniuria, vt quàm citissimè lis expediatur *l. 1. C. de admin. tutor.* Nec habet ea res quicquā cōmune cū ratione & æquitate naturali, præsertim si iniusta & iniqua sentētia proponatur, qualē necesse est eam esse per quā verus debitor absoluitur, quem ex cōtrario cōdēnari oporteret omni iure & naturali & gentiū & ciuili *l. cū amplius 84. §. is natura debet de regul. iur. l. iudex 28. supr.* Et vero solemnitates omnes sunt iuris ciuilis, nullæ penitus iuris naturalis aut gentium sine quibus tamen nec ad iudicem, nec ad sentētiam perueniri potest. Cùm ergo exceptio rei iudicatæ nulla æquitate naturali nitatur, sed ciuili tantùm, apparet non esse illam ex earum numero, quæ aut naturalem obligationem possint tollere, quæ ex solo naturalis æquitatis vinculo æstimatur *l. Stichum aut Pamphilum 95. § naturalis infr. de solut.* aut indebiti condictionem inducere, secundum ea quæ scripsimus ad *d. l. qui exceptionem.* Quod à nostris interpretibus non benè intellectum fecit, vt iuris huius rationem ex eo peterint quod exceptio rei iudicatæ inducta sit ad rigorem iuris conseruandum, itémque exceptio quam vocant litis pendentiæ, quod est ridiculum, sicut & quod Bartolus hîc tentat, ex sententia iudicis nasci obligationem naturalem, ob id quòd æquitas iuris gentium illa sit, vt maioribus parere debeamus, quasi verò quisquis iudici parêre obligatus est, hoc ipso naturaliter, aut iure gentium obligetur ei, cui fuit per iniustam sententiam condemnatus, aut à naturali obligatione liberetur, ob id solùm quòd per iniquam sententiam fuerit absolutus. Contrà quàm disertè in hac lege scriptum est, iis verbis, *Licèt enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet.* Ex qua etiam ratione apparet, quam falsum sit, quod idem Bartolus errore perpetuo defendit, id quod naturaliter tantùm fuit debitum, quocumq. facti errore solutum sit, posse repeti: addens in specie huius legis aliud esse, ideo quia naturalis obligatio comitē habuerat ciuilem, propter quam tum etiam cùm ciuilis obligatio per sententiam elisa est, naturalis tamen quæ superest, potentior esse debeat, ad impediendam repetitionem: quod æquè commentitium est. Verus enim debitor ille quoque est, cùm de retentione sola quæritur, qui naturaliter tantùm debet dici *§. is natura debet & l. quod enim 7. infr. de fideiuss.* Et in huius ipsius legis specie fieri potest, vt verus debitor sit absolutus, ideò quia naturali tantùm obligatione tenebatur, non etiam ciuili, ex qua sequi posset condemnatio. Nec illud quoque probare

possum, quod Bartolus tot distinctionibus & subdistinctionibus onerat, huius legis interpretationem, vt difficilem faciat, qua vix facilior alia vlla in hoc titulo est, præsertim cùm distinguit post Accursium, an ideò absolutus sit verus debitor, quòd probatum non fuerit eum debere (quod in dubio præsumendum esse ait, tum quoque cùm debitor absolutus est simpliciter) an quia sit probatum, nihil eum debere: quasi priore casu non eo minùs competere possit condictio soluti, nisi nouæ ac meliores debiti probationes adferantur: posteriore verò, tantùm sententia ius faciat, & pro veritate habenda sit. Nam cùm lex ponat verum debitorem absolutum esse, qui naturaliter fuerat obligatus, quis non videt quæstioni locum esse nullum posse, nisi probato debito? Petenda igitur tota huius legis ratio ex eo est, vt diximus, quod res iudicata, præsertim inìquè & contra regulas iuris naturalis nihil commune habeat cum obligatione & æquitate naturali, neque ad naturalem illam obligationem tollendam, neq. ad inducendam repetitionem, quæ semper impeditur quoties aliqua subest naturalis obligatio, siue aliam eiusdem obligationem ab initio comitem aliquam habuerit siue nullam *l. 3. §. vlt supr. quod quisq. iur. d. l. quod enim 7. infr. de fideiuss. l. naturales 10. de oblig. & action. l. cùm illud 25. §. heres quand. dies legat. ced. l. frater 38. l. si id quod 64. & pass. hoc tit.*

b *Sum éamque esse ei dicit.* Sensus est eum qui tanquam debitor condemnatus soluit, pendente iudicio non posse repetere, si verus debitor fuit, quia in omnem iudicij euentum, id est siue absolui eum contingat, siue condemnari non sit repetiturus, quemadmodum, inquit Paulus ex Iuliano, si quis ita pro miserit, *Siue nauis ex Asia venerit siue non venerit.* Nã cùm & hoc casu alterutrũ accidere necesse sit, vt vel nauis ex Asia veniat vel nõ veniat (sunt enim ista cõtradictoria inter quæ mediũ nullũ est) cõsequens etiam est, vt si debitor soluerit pendente eo, an nauis ventura sit néc ne, numquam possit repetere, quia in omnem euentum qui potest contingere, certum est, fore vt debeatur, perinde ac si promissum esset sub condicione omnimodo exitura *l. quòd si sub condicione 18. supr. l. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat.* Etsi enim duæ videntur hîc esse condiciones, quarum vtraque separatim sumpta potest existere, & non existere, cùm tamen sint inter se contradictoriæ, sic haberi debent, ac si vna tantùm esset condicio, duas habens partes, vt & in *l. hæc scriptura 26. infr. de condic. & demonstr.* Quarum partium cùm alterutram euenire necesse sit, illud etiam dici potest, quod ita promissum est, sub condicione omnimodo ex natura promissum intelligi debere, id est purè *d. l. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat.* ideóque nec solutum repeti posse, *quia*, vt Paulus subiicit, *ex vna causa alterutrius* (sic enim legendum est, non vt vulgo *alterius*) id est, *ex alterutra causa, solutionis origo proficiscitur.*

c *Vbi autem quis quod purè debet.* Hic quoque versiculus malè ab interpretibus acceptus est. Sic enim existimant post Ioannem, Azonem, Accursium, & Bartolum, vt benè sensisse int illi quos Paulus refert putasse, si quis id quod purè debet sub condicione nouandi animo promiserit, & pendente nouatione soluerit, posse illum repetere, quod tamen non ita est. Nam imò verò dicendum est, non posse illũ repetere, vt Paulus in fine legis concludit. Ratio qua mouebantur, & quæ apud nos & apud Paulum dubitandi causa est, adfertur à Paulo iis verbis, *quia ex qua obligatione soluat adhuc incertum sit*, id est, an ex obligatione pura, quæ non nisi sub condicione nouata sit, an ex condicionali nouante, cùm nondum condicio extiterit. Certum enim est, cùm id quod purè debetur, nouandi animo sub condicione promittitur, non fieri nouationem, nec proinde puram obligationem perimi, nisi existente demùm secundæ stipulationis condicione *l. quoties 14. iunct. l. si Stichum 8. §. 1. inf. de nouat. & de legat.* atqui an extitura sit condicio incertum est: Ponimus enim promissum esse nouandi animo sub condicione quę vera condicio sit, nõ quæ omnimodo exitura, quæ nec pro condicione habenda est, vt modò diximus ex *l. si pupillus 9. §. qui sub condicione eod. tit.* Ergo nec certum esse potest, ex qua causa soluerit, an ex priore & pura stipulatione, an ex posteriore eáque condicionali: & consequenter dicendum est condictioni locum esse posse *ex regula l. sufficit 56. supr.* Atque ita veteres illi prudentes parùm prudenter ratiocinabantur, ac præterea vtebantur argumento à simili, vt putabant, si diuersas personas ponamus eandem pecuniam purè, & sub condicione promisisse, id est Titium purè, Sempronium verò sub cõdicione animo nouandi. In qua specie nemo dubitat, ne Paulus quidem, quin siue Titius, siue Sempronius, pendente cõdicione soluerit, possit cõdicere, quia scilicet nescitur adhuc quis debiturus sit an Titius, an Sempronius. Si enim existet condicio, Sempronius debebit, non Titius: sin deficiet, debebit Titius, non Sempronius. Sed pro nobis & pro Paulo decidendi ratio est, quam idem Paulus in fine legis adfert iis verbis, *Sed hoc dissimile est. In stipulatione enim pura & condicionali eundem debiturum certũ est.* Quibus verbis cõuellit, & rationem contrà sententium, & argumentũ illud à simili quo nitebantur. Etsi enim verum est, quod illi dicebant, quãdiu nouationis cõdicio pẽdet, incertũ esse ex qua causa solutio facta sit, an ex obligatione pura, an ex cõdicionali. Illud tamen certũ est, ab eo factam esse qui omnimodo debiturus ipse est, siue nouationis condicio existet siue deficiet. Porrò quisquis id soluit, quod in omnem euentum debiturus est, numquã potest cõdicere, vt ad initium huius legis diximus. Ergo condictioni locus esse hoc casu non potest: Longéque alia species est, & dissimilis quam isti pro simili habebant. Cùm enim diuersæ personæ sunt, quarum vna purè promiserit, altera sub condicione, nesciri potest quandiu pendet condicio quisnã ex promissorib. debiturus sit, an Titius qui purè promisit, an Sẽpronius qui nouãdi animo sub condicione, ideóq. vterlibet eorũ soluerit repetere poterit. Patũ enim est quod hoc quoq. casu certum sit, omnimodo debitum iri siue ex prima siue ex secunda stipulatione, si non etiam illud certum sit, omnimodo debitum iri ab eo ipso qui soluit. Et ita lex hæc tota intelligenda est, quod & à nobis iam satis superq. disputatum & probatum est *lib. 4. Coniect. cap. vlt.* Itaque in refutandis Accursij & Bartoli ad hunc locum commentariis, non erimus longiores sicut nec in prosequendis cæteris, quæ hîc tractat Bartolus de effectu sententiarum & rerum iudicatarum. Qui non est proprius loci huius tractatus. Nec nos Rationalia scribimus ad Bartolum, sed in Pandectas.

61. SCÆVOLA libro quinto Responsorum.

TVtores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno soluerunt: sed postea, non sufficientibus bonis, pupillum abstinuerunt: quæritur, an quod ampliùs creditoribus per tutores pupilli solutum est, vel totum, quod acceperunt, restituere debeant? respondi, si nihil dolo tutoris factum esset, tutori quidem, vel pupillo non deberi, creditoribus autem aliis in id, quod amplius sui debiti solutum est, teneri.

Ad l. Tutores 61.

RAT. DVB. Repetitio nulla est ab eo qui suū recepit, licèt alius soluerit, quàm qui debuit *l. repetitio 44. supr.* Multo minùs ab eo qui suum recepit, cùm ille ipse soluit, qui debuit. Atqui cùm tutores pupilli qui patri suo suus heres extitit, soluerunt ex patrimonio paterno paternis creditorib., vtrūq. verum est, & eos debuisse, qui soluerunt, & eos accepisse quibus solui debuit. Tenentur enim sui heredes non minùs quàm extranei, vt satisfaciant paternis creditoribus: nec quòd abstinendi beneficiū habent à prætore, facit eorū condicionem hàc parte meliorē, nam priusquā se abstineant, non eo minùs statim heredes sunt aut ex testamento, aut ab intestato *l. 1 § qui sunt in potestate infr. si quis omiss. caus. testam.* id est priùs etiam quàm se immiscuerint *l. in suis 11. de liber. & posthum. l. in suis 14. de suis & legit.* Postquàm verò se abstinuerunt, adhuc verum est, non esse sine herede patrem, qui suum heredem habet quamuis se abstinentem *l. cùm quasi 30. § sed etsi suus infr. de fideic. libert.* ideóq. remanent sui heredes obligati creditorib. hereditariis post abstentionem perinde atque anteà, quāuis non patiatur prætor eos agere vel conueniri, quia quod ad prætorē attinet, non habentur heredum loco *l. necessariis 57. de acquir. hered. l. si filius 12. supr. de interrog. in iur. faciend.* in iis scilicet quæ ad ipsorum cōmmodum vel incommodum spectant, non quod ad cætera *l. ita tamen 27. § si pater filium infr ad SC. Trebell. l. pater familias 28. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 13 de priuileg. credit.* Ergo quod creditoribus paternis solutum est à tutoribus pupilli, qui patri suus heres extitit, condici condictione indebiti nullomodo potest, neq. per pupillū cuius nomine solutum est, neq. per tutores qui soluerunt, multo minùs per cæteros creditores, qui nihil soluerunt, & cum quib. nullum negotium gestum est, quique licèt veri creditores & ipsi sint, non possunt tamen facere, vt quod aliis æquè veris creditoribus solutum est, indebitum dici possit, cùm imputare sibi potiùs debeant, cur non fuerint diligentiores in suo persequendo, nec inuidere debent cæteris quibus satisfactum est, quòd sibi vigilauerint. Quandoquidem iura vigilantibus scripta sunt non negligentib. *l. non enim 16. supr. ex quib. caus. maior. l. pupillus 24. supr quæ in fraud. credit.* vbi idem Scæuola noster cuius hæc lex est, in hac ipsa proposita quæstione an per gratificationē tutorum creditores solutionem acceperint, an nō, vt si per gratificationem, reuocetur id quod solutum est ad eandem quantitatem & portionem quā cæteri creditores laturi fuerint pro rata: Si verò iustè exegerint, cæteri autem creditores neglexerint exactionē, & intereà res facta sit deterior, vel mortalitate, vel subductis rebus mobilibus vel rebus soli ad inritam perductis, id quod acceperint diligentiores creditores reuocari nullo pacto possit: quoniam alij creditores suæ negligentiæ expensum damnum ferre debeant. Quod si cùm in eo essent bona pupilli, vt vænire deberent, soluta mihi sit pecunia, iterum distinguit ibidem Scæuola, an oblata mihi sit à debitore pecunia, an verò extorserim illam inuito, vt si extorserim inuito, reuocetur, si non extorserim, nō reuocetur. Concludit tamen nullo casu ex his duobus, reuocari debere id quod percepi, quia licuit mihi vigilare & condicionem meam facerē meliorem, cùm ius ciuile vigilantibus scriptum sit non dormientibus, quod & ex Iuliano Vlpianus scribit in *l. quod autem 6. § sciendum eod. tit.* Nisi quod ibi alia distinctio adhibetur, an debitam sibi pecuniam creditor acceperit, antequàm bona debitoris possiderentur à creditorib. an verò post bona possessa, vt priore casu qui suum recepit non timeat reuocationem ex illo edicto fraudatorio, quia sibi vigilauerit, posteriore verò in portionē vocandus sit, & exæquandus cæteris creditoribus: neque enim debuit præripere cæteris, inquit, post bona possessa, cùm iam par cōdicio creditorum omnium facta esset *l. cum vnus 12. de reb. author. iudic. possid.* Et hanc Iuliani distinctionem Paulus quoque insinuare videtur & probare in *l. si non expedierit 6. § 1. eod. tit.* vbi postquàm dixit, si pupillus antequàm abstineret aliquid gesserit, seruandum id esse vtiq. si bona fide gessit. Sed si quibusdā creditoribus soluerit, deinde bona venierint, & quæratur an repetitio sit, ex causa id statuendum esse, ne alterius aut negligentia aut cupiditas ei noceat, qui diligens fuit. Quòd si vtroque instante tibi gratificatus tutor soluit, aut priùs eandem portionem mihi quæri, aut communicandum quod accepisti, nempe si ex paternis bonis solutum sit, quod & Scæuola in hac lege ponit, sed si aliunde pupillus soluerit, & quæratur an reddi ei debeat necne, & vtrum à creditore an ex hereditate, alia quæstio est. In qua idem Scæuola noster ait, si aliquid sit in bonis, deducendum ex hereditate solidum, exemplo eius qui negotia gessit, sed si nihil sit in bonis, non esse iniquum dari pupillo repetitionem aduersus creditorem quasi indebiti soluti. Ergo non potest verum esse, quod in hac lege generaliter, & indistinctè Scæuola respondit, neque pupillo neq. tutori quicquam deberi, sed creditorib. aliis eū teneri qui accepit quod amplius quā oportuit, ei debiti sui nomine solutū est. Dic. Pupillus qui tutore authore se abstinuit patris hereditate etiam post immixtionem eodē tutore authore factam (quod facere suo iure potest, non adito prætore nec petita vlla in integrum restitutione *l. impuberib. 11. d. l. necessariis 57. de acq. hered. l. penult. de author. tutor. l. ex contractu 44. infr. de re iudic.* in quo euidenter errauit Bartolus ad hanc legē & ad *d. l. impuberib* putans restitutionē in integrū hoc casu esse pupillo necessariam) cùm non nisi nudo nomine heres maneat *l. etiamsi 6. § si filius de bon. libert l. 2 § sed etsi sui. ad SC. Tertyll.* perinde haberi debet, ac si neq. dominiū, neq. administrationem bonorū paternorum vnquam habuisset. Nam quemadmodū

is bonis patris se immiscere dicitur, qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videretur *l. cùm bonis 86. de acquir. hered.* Ita & quod facit repudiatio in extraneo, facit abstentio in suo herede, nisi quod repudiari hereditas quæ semel fuit adita, non potest *l. sicut 5. C. de repud. vel abstint. hered.* Abstinere autem potest suus heres etiam qui se immiscuit, vt modò diximus: atqui si pupillus hic ante factam creditoribus solutionem se abstinuisset, nullum ius habuisset soluendi creditoribus hereditariis, & transferendi in eos dominij pecuniarum, aliarúmve rerum iis solutarum, quia statim atque pupillus aliúsve suus heres quilibet se abstinuit, bona sub creditoribus fiunt, eáque subinde à creditoribus possideri tandémque venire necesse est, nec eorum condicionem deteriorem exinde facere is qui se abstinuit, potest, & abstentio quandocunque facta retrotrahitur ad tempus mortis patris, ne alioqui videatur filius pro parte temporis & nomine, & effectu heres fuisse patris, pro alia verò parte temporis non fuisse. Quod in filio perinde absurdum esset atque in extraneo, vt pro parte temporis heres fuisse & pro parte non fuisse videretur, nisi militis heres proponeretur *l. miles ita 41. de testam. milit.* Ergo si tutores pupilli quibusdam ex creditoribus paternis solidum soluerint, indéque fiat, vt nō supersit, vnde aliis omnibus æquè in solidum satisfieri possit, consequens omnino est, vt competat repetitio soluti, tanquam indebiti non quidem pupillo ipsi aut tutoribus (non quia debitores aliquando fuerint, cùm potestas abstentionis tollat intellectū immixtionis *arg. l. si patroni 55. §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* sed quia nihil ipsorum interest, cùm soluerint ex bonis paternis, in quibus nihil amplius iuris habent propter abstentionem) sed creditoribus qui alioquin morarentur in damno, si non ipsis per eā repetitionem consuleretur. Nec quod negotium cum iis gestum nullum sit ad rem facit, cùm ex necessitate iuris & ex ordine rei gestæ negotium cœperit ad eos pertinere, quo casu non est nouum, vt quod vnus soluit alius repetat *l. nec nouum est 5. supr. hoc tit.* Is scilicet ex cuius alioquin iactura is qui indebitum accepit locupletaretur: sic in *l. pen. C. de non numer. pecun.* Atqui ponimus, inquies, solutum fuisse creditorib. non dolo malo, id est, per gratificationē, sed bona fide, & creditorib. sibi vigilātib. quicquid autē bona fide ante abstētionē à pupillo, aut ipsius nomine à tutorib. gestū est, id omnimodo seruari & ratū haberi debet *d. l. si nō expedierit §. 1. d. l. pupillus & l. quoties 44. inf. de acq. hered.* Nihil ergo creditoribus quibus bona fide solutum est, per alios auocari debet: sed respondendum est, cæteris omnibus paribus parem quoque creditorum omnium causam esse debere, cū par & æquale ius habeant in bonis communis debitoris, neq. gratificationi tutorum locū vllum superesse, si omnes æquè fuerint diligentes, aut si bona iam possessa fuerunt. Cæterùm si qua negligentia iis quibus solutum nihil est, imputari possit, non esse permittendum, vt diligentioribus quicquam auocetur. *l. si mulier 31. supr. de minor.* & ita leges legibus concordare promptum est, inquit, *l. vnic. C. de inoffic. dotib.* si leges quę non distinguunt per alias, quæ distinctionem adhibent, intelligantur. Quanquam neque lex hæc adeo indistinctè loquitur. Primùm enim distinguit Scæuola, an ex patrimonio paterno tutores soluerint, an ex aliis pupilli bonis, vt & in *d. l. si non expedierit §. 1.* Deinde an dolo malo tutorum aliquid factum sit, id est per gratificationem, quæ vix potest esse sine dolo, cùm creditores omnes æquè instant, an sine dolo malo & bona fide, quo casu si fortè creditores quibus solutum est, per gratificationem tutorum soluendo non sint, placet in eos subsidiariā de dolo actionem dari *l. idéoque 5. & seq. supr. de dolo.* Illa certè distinctio necessaria fuit, quam tamen Scæuola noster non attingit, an bona à creditorib. possessa sint, néc ne: quia vbi possessa sunt par & æqualis omnū causa est, quæ dispar & deterior fieri arbitrio pupilli aut tutorum non potest *d. l. quod autem 6. §. sciendum quæ in fraud. credit.* Illud deniq. obseruandum est, legem hanc & supradictas omnes, quæ ad huius legis speciem pertinent, ad chirographarios tantùm creditores pertinere, qui parem crediti causam habeant, nō ad hypothecarios, quorum priuilegia nō vt illorū æstimantur ex causa *l. priuilegia 32. de reb. author. iudic. possid.* sed ex tempore *l. 4. & pass. C. qui potior in pignor. hab.* simile quiddā est in *l. vlt. §. si verò creditores C. de iur. delib.*

61. MARCIANVS libro. 4. Fideicommissorum.

Fideicommissum in stipulatione deductum, tametsi non debitum fuisset, quia tamen à sciente fidei explendæ causa promissum esset, debetur.

Ad l. Fideicommissum 62.

RAT. DVB. Ex testamento quod vel ab initio nullum fuit, vel ex postfacto ruptum est ipso iure, puta agnatione posthumi præteriti, neque fideicommissum, neque legatum, neque aliud quicquā deberi potest, nisi quæ in testamento relicta sunt, repetita sint à venientibus ab intestato *l. generaliter 24. §. ex testamento infr. de fideic. libert. l. 1. C. eod. l. ex ea scriptura 29. infr. qui testam. facer. poss.* Nec distinguenda est hac parte naturalis obligatio à ciuili, nam cùm testamentorum ius non ratione aliqua naturali inductum sit, sed merè ciuili contra naturalem potiùs rationem, quæ non patitur, vt quis de rebus suis disponat in id tempus, quo non erit dominus, (quomodo disponit quisquis testamentum facit *l. 1. eod.* Idéoque meritò placuit, non nisi certis solemnitatibus adhibitis fieri posse testamentum, vt legis vim & potestatem habere possit) fieri certè nō potest, vt obligatio aliqua naturalis ex testamento nascatur, quæ obliget heredem, vt ex testamento nullo vel rupto quicquam præstet. Nam & cùm testamentum valet, non tamē alia quàm ciuili ratione teneri heres potest, vt legata & fideicommissa etiam debita præstet, siue dicas ideo illum teneri quòd vna eadémque cum defuncto persona esse censeatur, *Nouell. 48. de iurtiur.* Siue totum hoc ius referas, vt referēdum certè est, ad legem illam duodecim tabularum, *Paterfamilias vti super sua rei legassit ita ius esto l. verbis legis 120. de verb. signific. l. vlt. C. de heredit. action.* Ergo si fideicommissum, quod in testamento nullo, aut rupto inutiliter relictum fuerat, in stipulationem deductum sit, & solutū poterit condici tanquam indebitum, multóque magis si promissum duntaxat fuerit, condicetur liberatio condictione incerti *l. 2. §. 1. & l. 3.* vbi diximus *supr.* Nec quod ab herede sciente fideicommissum non valere, & explendæ fidei gratia, stipulatio interposita & solutio facta sit, iuris causam mutare potest, & facere

facere fideicommissum debitum, quod re vera est indebitum. Dec. Fideicommissa licèt in testamentis perinde ac legata relinquantur, in eo tamen habent causam & rationem iuris separatam, quod quemadmodum ab initio non tam iuris vinculo aliquo, quam heredum pudore ac rubore, si fidem fallerent continebantur, vt Iustinianus scribit *in tit. de fideic. heredit.* Ita nec hodie legis vim obtinent, quamuis ex necessitate iuris præstentur, neque ex mera, vt olim heredum fide pendeant, quia scilicet legis est imperare, non rogare *l. legis virtus* 7. *supr. de legib.* fideicommissa verò sunt ea quæ verbis precatiuis & obliquis, non quæ directis & imperatiuis relinquuntur, vt Vlpianus diffinit in *Instit. tit. de legat.* Porrò vnaquæque res facilè redit ad primam suam naturam *l. si vnius* 27. *§ pactus ne peteret in fin. supr. de pact.* Nec quod fideicommissa iam indeà temporib. Augusti iuris vinculum aliquod habere cœperunt, ius eorum imminuit, vt hodie minùs quàm olim ex fide ac rubore heredum pendeant, sed auxit potiùs, vt nec si velit heres solutionem eorum recusare possit, si modò in testamento solemni relicta sint: quo casu capiuntur ad exemplũ legatorum, præsertim post Iustiniani constitutiones in *l. 1. & 2. C. commun. de legat.* Sed si in testamento minùs solemni vel rupto, aut irrito facto relicta proponantur, nihil vetat meliorem eorum esse hodie condicionem quàm legatorum, hactenus saltem, vt quamuis sint indebita, quantum ad hoc ne peti possint, perinde tamen & promitti & solui possint explendæ fidei gratia, atq. si etiamnum infirma manerent, nec vllo iuris vinculo continerentur. Est igitur hæc lex restringenda ad fideicõmissa, nec extendenda ad legata quæ non explendæ fidei causa, sed vel ex mera iuris necessitate, vel nullo modo præstantur si ius illud inspicias, quod obtinuit ante Gratiani constitutionem, quæ extat in *l. non dubium* 16. *§. 1. C de testam.* Ideóque non nisi de fideicommisso Mæcianus hîc tractat, & Scæuola in *l eum qui* 21. *§ item quæsitum est. supr de inoffic. testam. l. 2. l. si veritas* 13. *l. vlt C. de fideic. l. si sponsus* 5. *§ si quis rogatus de donat. int. vir. & vxor. l. patrem* 19. *& seq infr quæ in fraud. credit. l regula* 9. *§. pen. de iur. & fact. ignor. l. in testamento* 38. *de fideicom. libert* Itaque delenda omnino sunt, quæ Accursius & Bartolus hîc tractant *& ad l. 1. supr.* de obligatione naturali, pro legatis & fideicommissis ex testamento minùs solemni soluendis inducenda, & in eorum locum substituenda sunt, quæ nos de testamentis imperfectis & minùs solemnibus scripsimus in *Decad. 35. de error. pragmat.* maximè in *Error.* 7. Nam apertè Mæcianus loquitur de fideicommisso, quod debitum non sit, constat autem cùm de indebiti cõdictione loquimur, debiti vel indebiti rationem naturaliter esse intelligendam *l. si quod* 64. *infr.* Idcirco autem Mæcianus in hac lege loquitur de fideicõmisso, quod explẽdæ fidei gratia promissum sit à sciente & conscientia relicti, vt loquitur *d. l. 2. C. de fideic.* quia si ab eo promissum per stipulationem aut solutum esset, qui putasset testamentum valere, nec fideicommissum sibi iniunctum esse sciret, non posset fauori fidei commissi efficere, vt eo minùs repeti fideicommissum posset, quare & de sciente loquitur Paulus in *d. l. eum qui 2. §. .. de inoffic. testam.* vt indebiti fideicommissi deneget repetitionem. Dices, nullum ergo esse hac in re priuilegium fideicõmissi cùm generale illud sit, vt quod quis sciens indebitum soluit ea quoque mente, vt posteà repeteret, nullã tamen repetitionem habere debeat *l. quod quis* 50. vbi diximus *supr.* Nec debuisse Mæcianum verba illa addere *explendæ fidei gratia*, cùm priore sufficerent *à sciente* sed respondendum est, in cæteris causis solutionem indebiti scienter factam pro donatione haberi *l. cuius per errorẽ* 53. *de regul. iur.* At in fideicõmissis fauorabiliorẽ causam præsumi, vt explendæ fidei gratia potiùs quàm donandi animo, aut promissum aut solutum esse videatur. *d. l. 5. § si quis rogatus de donat. int. vir. & vxor.* Quæ ratio facit, vt inter eas quoq. personas inter quas donatio non valeret, solutio tamen fideicommissi etiam omni iure indebiti, valere debeat iure explendæ fidei *d. §. si quis rogatus & d. l. patrem* 19. *& seq. quæ in fraud. credit. d. l. 2. C. de fideic.*

63. Gaius libro singulari de casibus.

Neratius casum refert: vbi si quis id, quod soluerit, repetere non possit: quasi debitum dederit: nec tamen liberetur. velut si is, qui, cùm certum hominem deberet, statuliberum dederit. nam ideo eum non liberari, quòd non in plenum stipulatoris hominem fecerit, nec tamen repetere eum posse, quòd debitum dederit.

Ad l. Neratius 63.

Rat. dub. Solutio quæ non parit liberationem, solet parere condictionem, & contrà, quæ non parit condictionem, parit liberationem, vt sæpius in hoc tractatu diximus *ex l si non sortem* 16. *§ si centum & §. qui filiosfamilias & § si decem l cùm is* 32. *§. 1. supr. hoc tit. l. qui hominem* 34. *§. vlt. inf. de solut.* Atqui cùm is qui hominem siue certum siue incertum promisit, statuliberum soluit, non potest nasci liberatio, quia promissor hominem promissum perfectè stipulatoris non fecerit, vt & Caius hic ex Neratio fatetur, quia nimirum statulibero implicitus est casus libertatis *l. vlt. supr. si ex noxal caus. agat.* & quãuis pendente die vel condicione statutæ libertatis statuliber interim sit verè seruus *l. statuliberum 9. in princip. de statulib.* eueniente tamen quandocunque die vel condicione euincitur seruus in libertatem, adeò vt nec medio tempore seruus fuisse videatur. Parúmque distat is qui statuliberum soluit, ab eo qui liberum iam factum, nisi quod potest condicio libertatis deficere, aut statuliber ante diem vel condicionem mori. Ergo qui statuliberum soluit, cùm non liberetur, potest condicere statim, non expectato euentu diei vel condicionis: atque ita concludit Africanus in *l. cùm quis* 38. *§. qui hominem infr. de solut.* quod tamen negat hîc Caius ex Neratio, quia hominem debitum soluerit. Scio quòd Accursius & Bartolus respondent, vt Africanum cum Caio & Neratio concilient, loqui Africanum de eo qui hominem in genere promisit, Caium verò de eo qui certum: quod & verba vtriusque textus præsupponunt, & certè negari non potest, quin is qui Stichum in specie promisit, si eum soluat, quamuis statuliberum, magis soluat hominem debitum, quàm si hominem in genere pro-

misisset. Etsi enim hominis stipulatio sicut & legatum orationis compendio singulos homines continet, vt Papinianus ait in *l. Mauius 66. duorum de legat.* 2. difficiliùs tamen est, vt qui hominem in genere promisit soluendo Stichum statuliberum, videatur soluere debitum hominem, cùm alium quemlibet da e possit, quàm qui Stichum in specie promisit. Hic enim alium quàm Stichum dando liberari nunquam potest: sed tamen etiam promisso nominatim Sticho, eóque statulibero effecto, non esse conditioni locum placuit Pomponio in *l. si mihi* 92. §. 1. *de solut. itémque.* Octaueno & Vlpiano in *d. l. statuliberum* 6. § *pen. de statulib.* At noua & contraria ratione, qui putarunt soluto Sticho quamuis statulibero, liberationem contingere, in quo isti non tantùm à Caio nostro, & Neratio, sed etiam ab Africano dissenserunt. Ratio autem qua mouentur illa est, quòd etiamsi Stichus ante solutionem factus esset liber, adhuc tamen debitor liberaretur, quoniam, vt scriptū est in *d. § pen.* ea sola in obligatione possunt consistere, quæ pecunia lui præstarique possunt, in quorum numero libertas non est. Si ergo libertas superueniens extinguit obligationem, cur statulibertas sola impediet liberationem? Nam in statulibero sicut implicitus est casus libertatis, ita fieri non potest, vt ea spes libertatis futuræ impediat liberationem, quam libertas ipsa iam acquisita pleno iure pareret. Nec sanè video quid ad hanc rationem pro Neratio aut Africano respondere posset quisquis pro iis contra Octauenum Pomponium, & Vlpianum sentire vellet. Et ego planè cum istis sentio, neque dubito quin hac in quæstione Iureconsulti dissenserint, ideóque minus laboro in iis conciliandis, qui video nihil aliud interpretes nostros in hanc rem adferre posse, quàm vt dicant in hac lege solutum esse Stichū ab eo cuius facto statuliber ille effectus fuerit, aut post moram ab eo contractam: quod vtrumque planè commentitium, & nugatorium est. Scripsi latiùs *lib. 2. Coniect. cap.* 7. Negandum igitur est quod Caius ex Neratio hìc supponit eum qui Stichum debet, si statuliberum soluat, non liberari quasi in plenum stipulatoris hominem non fecerit. Quamuis ea ratio bona esset si alia, quàm libertatis causa impediret ne solutus Stichus in plenum stipulatoris fieret, quia quandiu si eciel solutæ aliquid deest, non potest per solutionem contingere liberatio, & ea ipsa species petenda est *leg. etiam* 27. *de solut.* vtputa si res quæ soluta est, alij sit obligata, vt per quasi Seruianam auocari possit *l. si rem meam* 20. *l. qui res* 98. *in princip. eod.* Perpetua enim iuris regula illa est, liberationem ex solutione contingere, ita demum si id quod tibi debeam ad te peruenerit, & nihil tibi absit, nec quod solutum est euinci aut repeti possit *l. in perpetuum* 61. *eod. l. Iulianus* 131. §. 1. *de verb. oblig.* Itaque decidendi rationes ad hanc legem non aliæ adferendæ sunt, quàm quę in ipsa lege ponuntur, quarum altera eò pertinet, vt qui Stichum soluit statuliberum, non liberetur, quia plenum stipulatoris hominem non fecerit. Altera eò spectat, vt non possit tamen condicere, quia debitum dederit. Et de hac quidem posteriore non dubitatur quin vera sit, in eóque omnes consentiunt si Africanum excipias *d. § qui hominem*, vbi tamen loquitur de homine promisso, nō in specie, sed in genere, cuius longè alia ratio est, quemadmodum diximus, quia non præcisè hic aut ille debetur, sed de priore tota inter prudentes cōtentio fuit. Est hæc lex sumpta ex Caij libro singulari de casibus, in quo non nisi quosdam casus singulares tractauit à communibus iuris regulis abhorrentes, inter quod esset hic planè singularissimus si verus esset, quamquam iuris regula non adfirmat, posse aliquam solutionem ita fieri, vt neq. liberationē pariat, neque condictionem. Sed negat parere liberationem, quoties parit condictionem, & contrà parere condictionem quoties parit liberationem: quomodo Accursius & Bartolus ratiocinantur. Neque tamen casum vllum videre possum in quo id accidat, vt ex solutione aliqua neque liberatio nascatur, neque condictio si hunc excipias qui ob eam causam & Neratio & Caio singularis visus est, & quem tamen nec Octauenus nec Pomponius nec Vlpianus excipiendum putauerunt, nec nos quoque excipiendum arbitramur, cùm soluto Sticho statulibero acquiratur soluenti liberatio, vt ostendimus.

64. TRYPHONINVS libro 7. Disputationum.

SI quod dominus seruo debuit, manumisso soluit, quāuis existimaret ei se aliqua teneri actione, tamē repetere non poterit: quia naturale debitū agnouit: vt enim libertas naturali iure cōtinetur, & dominatio ex gentiū iure introducta est: ita debiti, vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est.

Ad l. Si quod dominus 64.

RAT. DVB. Seruus quādiu seruus est, pro nullo habetur nec priùs incipit personā aut statū habere quā fuerit manumissus *l. 3. §. vlt. & l. 4. supr. de cap. minut.* Vnde est quod per manumissionē serui dicūtur cōstitui duæ personę, vna domini, alia serui *l. si Pāphilo* 10. *inf. de opt. legat.* Itē quòd si seruus manumissus iterū redigatur in seruitutē, nouus homo videtur esse *l. seruus* 27. *infr. de adim. legat.* Ergo quod dominus seruo debuit, si manumisso soluerit, siue putans se aliqua ei actione teneri siue nulla, dicē dū est posse illū repetere, tāquā qui alij soluerit, quā cui debuit. Nō enim sufficit ad impediēdā cōdictionē indebiti, quod debitor sit ille qui soluit, nisi creditor etiā ille sit qui accipit *l. repetitio* 44. *supr.* DEC. Quemadmodū libertas naturali iure cōtinetur & dominatio ex iure gētiū introducta est, cū naturaliter essēt omnes homines eiusdē cōdicionis, id est liberi *l. 4. & 5. supr. de instit. & iur.* vbi diximus, ita & debiti vel indebiti ratio in cōdictione naturaliter intelligēda est, quomodo Tryphoninus elegāter hìc scribit, id est cū de condictione indebiti disputamus, nō tam inspicere debemus, an iure gētium vel ciuili, quàm vtrū iure naturali debeatur: quod enim dicimus nō distingui hac parte ius naturale à iure gentiū *l. cùm amplius* 84. §. *is natura debet de regul. iur. l. si non sortē* 26. §. *libertus supr. hoc tit. l. Stichū aut Pamphilū* 95. §. *naturalis infr. de solut.* in iis personis verū est, quæ iure gentiū non minùs quā naturali in personarū numero cōputantur, esse enim personā aliquā oportet iure gētiū, & quæ debeat & cui debeatur ad inducēdam obligationē iuris gētiū, vt priùs persona inueniēda sit, quā de iure quærendum oporteat *l. quidā referūt* 14. *infr. de iur. codicill.* Ius autē gētium ex quo dominationes intro-

introductæ sunt, illud est quod fecit, vt serui pro nullis haberi cœperint *dict. l. 5. de instit. & iur.* quamuis hoc ad ius ciuile tantùm referre Vlpianus videatur in *l. quod attinet 32. de regulis iuris*, ad differentiam scilicet iuris naturalis, vt eadem lex explicat, non autem iuris gentium, quod hac parte abhorret omnino à iure naturali, & ciuili propius cohæret, tanquam à quo nihil aut parum distet quoties Romani eo iure vtuntur quo cæteræ gentes omnes vtuntur, dum ne propria ratione aliqua ciuili, sed ea quæ sit tota ex iure gentium, quod hîc contingit. Sicque accipi etiam debet quod sæpius docuimus, ius naturale non distingui à iure gentium, nisi ratione materiæ, quòd ius naturale versetur circa eas tantùm res, quas homines non soli faciunt, sed quæ hominibus communes sunt cum brutis animantibus, ius verò gentium circa eas quæ solis hominibus conueniunt *l. 1. §. ius naturale* vbi diximus *suprà de institut. & iur.* Id enim verum est in iis rebus, in quibus omnium hominum eadem ratio & condicio est. Seruorum autem & liberorum hominum prorsus dispar est iure gentium, ex quo dominationes, captiuitates & seruitutes ita introductæ sunt, vt iure gentium perinde ac iure ciuili, vt non maior ferè seruorum quàm pecudum, & quadrupedum ratio habeatur *l. 2. suprà ad leg. Aquil.* Neque necesse est, vt cum Bartolo cæterisque interpretibus distinguamus duplex ius gentium primæuum, vt vocant, & secundarium: quam distinctionem nos abundè refutauimus ad *dict. leg. 4. & 5. de institut. & iur.* & in nostra Iurisprudentiæ Papinianeæ scientia. Atqui obligatio naturalis non nisi ex iure naturali æstimatur, solóque naturalis æquitatis vinculo sustinetur *dict. §. naturalis*, cuius capaces sunt serui non minus quàm liberi, siue vt dominos sibi obligent, siue vt dominis obligentur *l. nec seruus 41. infra de pecul.* Porrò naturalis obligatio impedit repetitionem soluti. Ergo si quod dominus seruo debuit, manumisso soluerit, non potest repetere, quia naturale debitum agnouit, siue aliqua actione siue nulla teneri se crediderit, nec quod per manumissionem seruus fiat noua persona, vt diximus, ad rem facit. Id enim fit iure gentium & ciuili, non naturali, quo inspecto idem certè homo manet qui antea, eadem igitur naturalis quoque obligatio quæ antea fuit, natura enim nescit fictiones vllas, & naturaliter quid fieri cùm dicimus veritatem facti solam denotamus *dict. l. nec seruus l. 3. §. aperire infr. ad Senatusconsultum Silanianum.* Ex quo fit, vt obligationes naturales non tollantur capitis diminutione, quia ex bono & æquo & ex natura ipsa proficiscuntur *l. eas obligationes 8 supr. de capit. minut.* Proinde cùm naturalis obligatio semel acquisita seruo sequatur manumissum, consequens omnino est, vt effectus quoque naturalis obligationis causam suam sequatur: & post manumissionem duret ad impediendam soluti repetitionem: nec ad rem pertinet quod vulgò iactari solet, seruum quicquid acquirit, non sibi acquirere, sed domino, ita vt in eius persona ne quidem momento temporis consistat acquisitio *l. placet 79. de acquir. hered.* nec posse seruum contrahendo cum domino sibi acquirere quod ipsi domino acquireret, si cum alio contraheret *l. sed & si quid 25. §. si seruo vers. & regulariter supr. de vsufruct. l. liber homo 118. in princip. infr. de verb. obligat.* Id enim ad ciuiles tantùm obligationes & acquisitiones pertinet, non ad naturales, vt docuimus ad *l. frater à fratre 38. supr.*

65. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

IN summa, vt generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem, aut ob causam, aut propter condicionem, aut ob rem, aut indebitum, in quibus omnibus quæritur de repetitione.

Ad l. In summa 65.

RAT. DVB. Non est distinguendum per plura membra, quod potest distingui per pauciora. Atqui poterat sufficere distinctio illa quæ ponitur in *l. damus 52. suprà hoc tit.* quæ duobus tantùm membris continetur: aut enim damus ob causam aut ob rem, vt ibi Iureconsultus scribit, in quibus duobus nemo non videt contineri etiam id quod ob transactionem datur, & quod tanquam debitum, cùm sit indebitum.

DEC. Distinctio quæ plura membra continet eo clarius & distinctius rem explicat, semper enim quæ generalius dicuntur, aliquid obscuri continent: vt in proposito, cùm dicimus quicquid datur, vel ob causam vel ob rem dari, in obscuro relinquimus, an de ea causa intelligamus, quæ sit præterita duntaxat, an de ea etiam quæ futura: & si de præterita, an de ea tantùm quæ non sit obligatoria, de qua sola agitur in *dict. l. damus*, vt ibi explicauimus, an de illa etiam quæ sit obligatoria, qualis est causa transactionis, & ea quæ parit condictionem indebiti: accommodatior igitur, & clarior distinctio est, quæ in hac lege ponitur, cùm generaliter de repetitione tractatur, vt quod datur, vel ob transactionem detur, vt in *l. eleganter 23. suprà hoc tit.* vel ob causam scilicet præteritam nec obligatoriam, vel propter condicionem implendam, vt in *l. is cui hereditas 34. supr.* aut ob rem scilicet futuram, vt in *d. l. damus*, aut indebitum quasi debitum. In quibus omnibus speciebus quæritur de repetitione, nec tamen idem respondetur, vt ex iis quæ in hac lege sequuntur apparebit. Simile quid Accursius noster adfert ex *§. alio Institut. quibus modis testam. infirmant.*

1 ¶ Et quidem quod transactionis nomine datur, licèt res nulla media fuerit, non repetitur. nam si lis fuit, hoc ipsum, quod à lite disceditur, causa videtur esse. sin autem euidens calumnia detegitur[a], & transactio imperfecta est, repetitio dabitur.

Ad §. 1. Et quidem.

Et quidem quod transactionis nomine datur. RAT. DVB. Quod transactionis nomine datur, si res nulla media fuerit, id est, vt benè Accursius explicat, si nihil sit quod ab eo qui dat, debeatur, omnino indebitum videtur, tanquam quod neque ob rem, neque ob causam datum videri possit, tametsi lis aliqua subsit aut metus litis, nec enim lis facit debitum, sed duntaxat dubium an id de quo lis est debeatur *l. vlt. Cod. quib. ad libert. proclam. non licet l. 4. §. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Ergo repeti omnimodo potest condictione indebiti. DEC. Materia transactionis non versatur circa rem debitam, sed tantùm circa rem dubiam, in quo maximè differt trāsactio à pacto, quamuis & ipsa nihil nisi pactum sit, cùm stipulatio non interuenit *l. 1. supr. de transact.* Atqui rem dubiam lis facit etiam iniusta adeóque metus litis, quod magis est. Hoc ipsum igitur quod à lite discedit, aut saltem à metu litis sufficiens causa transactionis est ad impediendam soluti quasi indebiti repetitionem *l. 2. Cod. eodem de transact.* Verecunda enim cogitatio eius est qui lites execratur, quíque tanti habuit carere lite, vt scriptum est in *dict. leg. quart. paragrapho primo de alienat. iudic. mut. caus. fact.* Illud sanè omnino requiritur, vt ex causa transactionis aliquid detur vel promittatur, vel retineatur. Transactio enim nullo dato vel promisso vel retento fieri non potest *l. transactio 38. Cod. de transact.* Sed hoc dicimus non requiri, vt quod ex transactione datur vel promittitur vel retinetur ex alia anteriore causa debeatur, neque vt vicissim ab aduersario quicquam eo nomine præstetur. Satis enim præstitisse intelligitur qui eo veluti præmio inuitatus, quod ei datum vel promissum, vel ab ipso retentum est, à lite discessit, aut ab eo iure quod habebat, mouendæ quandoque litis. Nihílque est quod tam fauorabiles faciat transactiones, quàm quod per eas à lite disceditur. Cúmque omnino duæ viæ sint per quas litibus finis imponi potest, transactio & res iudicata, nemo non videt quàm maior in eo sit transactionum vtilitas, per quas & sumptibus & vexationibus iudiciorum parcitur *l. minoribus 6. suprà de minor. l. 1 suprà de inoffic. testam. l. 1. Cod. de administr. tutor.* Vnde est quod solemus dicere nullum fore litium finem si à transactionibus bona fide interpositis & à rebus iudicatis impunè discedatur *l. fratris 10. Cod. de transact. l. 2. Cod. de re iudic. iunct. l. 1. infrà eodem ill. titu.* Ideóque causas vel lites transactione finitas rescripto imperiali resuscitari non oportere *l. causas 16. Cod. de transact.* Quod ego sic intelligo, etiamsi prætextus læsionis immodicæ ad rescindendam transactionem obtendatur, ex *l. Lucius 78. §. vltim. infrà ad Senatusconsultum Trebellianum*, vbi nec ei qui supra quadruplum læsus fuerat, succurritur si transactum proponatur. Semper enim verum est, eum qui transegit tanti habuisse lite carere. Quod sufficit ad impediendam transactionis rescissionem, licèt reuera non tantam habuerit causam timendæ litis. Non enim præscribendum ei fuit ad quem vsque modum iniustam litem timere deberet *l. 4. in fin. infrà ad Senatusconsultum Trebellianum l. si in testamento 22. in fin. infrà si quis omiss. caus. testam.* Nisi minoris ætatis fauor intercedat qui semper meretur restitutionem in integrum, quoties minor etiam intra dimidiam læsus probatur *tot. titul. Cod. si aduers. transact. l. si superstite 5. Cod. de dolo.* Neque verò fieri potest, vt certa sit læsionis probatio, qualem esse oporteret ad transactionem rescindendam, cùm nesciri possit, quis exitus iudicij futurus erat, si transactum non fuisset *l. quod debetur 51. infrà de pecul. l. posthumus 6. §. 1. suprà de inoffic. testam.* An non enim fieri poterat, vt qui se per transactionem læsum conqueritur, multo grauiorem iacturam ex iniqua fortassis & iniuriosa iudicis sententia passurus esset? *l. si per imprudentiam 51. de euict. l. 3. §. 1. infr. de pignor. l. seruo 65. §. cùm Prætor ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ratio igitur dubij euentus cui per transactionem obuiam itum est, non patitur, vt ex causa læsionis quæ certa esse deberet, & quidem inspecto præcisè tempore contractus *l. 2. l. si voluntate 8. Cod. de rescind. vendit.* transactio rescindatur *l. 1. Cod. de pact. l. si pater puellæ 12. Cod. de inoffic. testam. l. penult. Cod. de solut.* Quare nec Bartolus qui primus opinionem hanc tantopere damnosam reipublicæ inuexit, vt exemplo contractuum bonæ fidei transactiones quoque ex causa enormis, vt vocant, læsionis, rescindi possint beneficio *d. l. 2. Cod. de rescind. vendit.* temperare tamen sibi non potuit quin sententiam suam quasi duriorem hac veluti interpretatione leniret, vt scilicet in transactione aliter æstimanda sit enormis illa læsio, quàm in cæteris contractibus, *subducto* scilicet, vt ipse loquitur *dubio litis euentu.* Quod tamen quomodo aut per testes aut per iudicem ipsum, qui de læsione cogniturus est, fieri possit, nemo vnquam dicere aut diuinare potuit, vt non immeritò Baldus contra Bartolum disputans, hanc truffam esse dixerit. De quo videnda etiam sunt quæ nos pluribus in hanc sententiam pro Baldo contra Bartolum ex professo disputauimus *in Chiliade de error. pragmat.* Hinc verò intelligimus quàm malè nonnulli verba illa Pauli in hoc § *licèt res nulla media fuerit* sic interpretentur acsi scriptum esset *licèt lis nulla subsit.* Litem enim aliquam subesse semper oportet aut saltem metum litis vt transactio iure facta videri possit *d. l. 2. C. de transact.* Et ideo benè Paulus statim subiicit *nam si lis fuit* quibus verbis non mutat casum, sed eundem ipsum prosequitur, in quo posuit rem nullam mediam fuisse.

2 *Sin autem euidens calumnia detegitur.* RAT. DVB. Etiam lis quæ per euidentem calumniam instituitur, metuenda est, nec vituperandus ille qui metu calumniosæ litis transigit, tantíque æstimat lite carere: Ergo & hoc casu transactio valere debet, perinde atque cùm lis iniusta est. Quid enim tantopere inter calumniosam & iniustam litem interest? Proinde quod ex eiusmodi transactionis causa solutum est, repeti non posse dicendum est.

DEC. Calumnia cùm sit falsitas & mendacium, nihil est. Ergo materiam præbere non potest iustæ transactionis, quomodo potest vera lis quamquam iniusta. Non enim eo minus vera lis est, quòd sit iniusta: calumniosa autem vera non est, sed per calumniam efficta & dicis causa, vt prudentes loquuntur, vt subesse aliqua lis videatur, quæ re vera nulla subest. Hoc igitur casu quasi nulla subsistente materia transactionis, dicendum est, imperfectam esse transactionem: cùm quicquid

quicquid perfectum est constare debeat ex materia & forma. Si quid ergo ex eiusmodi trãsactione solutum sit, repeti poterit, quasi prorsus indebitum & ex nulla transactione solutum. Vnde nostri tractãt, an transactio cui dolus causam dedit ipso iure nulla sit, vt de bonę fidei cõtractibus dici solet *l. & eleganter 7. supr. De dolo.* an verò per doli exceptionem aut replicationem elidenda sit vt in *l. sub prætextu instrumentorum 19. Cod. de transact.* Et alij quidem distinguunt an ex parte actoris, an ex parte rei dolus interuenerit. Alij verò aliter, vt locum hunc concilient cum *d. l. sub prætextu* Bartolus verò ideo negat doli exceptionem in proposita specie competere, quia repetitio soluti locum habere non posset ei qui soluisset, tutus odiosa exceptione doli. Ex *l. qui exceptionem 40. supr. hoc tit.* Parum subtiliter, nam doli exceptio cùm naturali æquitate nitatur, fauorabilis certè est, non odiosa, ideóque si quis ea tutus soluerit repetere potest, vt diximus ad *dict. l. qui exceptionem ex l. qui se debere 7. supr. De condict. caus. dat.* Deinde non agitur hic de dolo qui in ipsa transactione interuenerit, nec qui transactioni causam dederit, sed per quem factum sit, vt calumniosa lis institueretur, quæ iniustæ transactioni causam iustã præberet. Deniq; transactio non est contractus, si nulla stipulatio interposita sit, sed nudum pactum, ex quo cùm nulla nascatur actio, sed tantùm exceptio, nec proinde doli exceptio locum habere hoc casu potest, sed tantùm replicatio, quoties ei qui transegit salua superest post transactionem actio, per nullam stipulationem nec acceptilationem elisa *d. l. sub prætextu.* Stipulatione verò interposita iam transactionis contractus non est sed stipulationis transactionem pro causa habentis *l. cùm enim 7. iunct. §. ult. legis proced. infr. De nouat.* stipulationem verò contractum esse stricti iuris non bonæ fidei nemo ignorat. Fateor eas demùm transactiones ratas esse quæ bona fide non dolo aut vi vel metu interpositæ sunt *l. interpositas 13. C. de transact.* Sed ea res non facit transactiones bonæ fidei, tum quoque cùm contractus sunt, sed stricti iuris. Cùm in hoc etiam contractuũ genere bona fides desideretur, quatenus non tam æquitatem significat, quàm opponitur dolo malo *l. bonam fidem 4. C. de obligat. & action.* Et cùm dicimus, Transactiones dolo malo, aut vi vel metu interpositas, ratas haberi non debere, non id significamus ipso iure nullas esse, siue dolus iis causam dederit, siue in eas inciderit, sed infirmari eas opposita doli mali vel exceptione vel replicatione *dict. l. sub prætextu.* Dummodò vera aliqua lis præcesserit siue iusta siue iniusta aut iustus metus etiam improbæ litis, at non si quis per euidentem calumniam litem mouerit, aut minatus sit, vt ab initio iniustã extorqueret transactionem, vt in specie huius versic. in qua nec quæstioni locus superest, an transactio sit ipso iure nulla, quæ defectu materiæ nec facto ipso vlla est, vt explicauimus. Nec illa rursus Bartoli distinctio admitti potest, an transactio interposita sit dolo malo super contractu bonæ fidei, an super contractu stricti iuris, vt priore casu non etiam posteriore transactio sit nulla, vt quemadmodum inquit contractus bonæ fidei nullus est cùm dolus ei causam dedit, ita etiam distractus seu cõtractus resolutus adhibitus super eo contractu dolo causam ei dante sit nullus *arg. l. tutela Cod de in integr. restitut. minor.* Cùm enim omnis transactio inducat nouationem & prioris obligationis, maximè si fiat per stipulationem Aquilianam *l. Aquiliana 4. & seq. supr. De transact.* habet illa propriam suam naturam à prioris contractus quisquis ille sit siue bonæ fidei siue stricti iuris natura differentem. Denique quod ob transactionem etiam dolo malo factam solutum est, vel prima actione si perempta non sit repetitur, vel actione De dolo *d. l. sub prætextu & l. actione 4 eod. tit.* sed condictione indebiti, nunquam: extra casum huius §. Illud planè verum est multum referre an transactio facta sit super dolo malo vt in *d. l. actione & l. 1. C. de plus petit an dolo malo.* Nam & super dolo malo fieri transactionem bona fide nihil prohibet.

2 ¶ Id quoque quòd ob causam datur, puta quòd negotia mea adiuta ab eo putaui, licet non sit factum: quia donari volui (quamuis falsò mihi persuaserim), repeti non potest.

Ad §. 2. Id quoque.

Exemplum hîc proponitur solutionis factæ ob causam sed præteritam, & non obligatoriã ex qua causa si quid solutum sit, quamuis falsa fuerit persuasio, condictio tamen nulla competit, quoniam is qui soluit, donandi animum habuisse intelligitur, licet donandi veram causam nullam habuerit. Non enim error in falsa causa transferendi dominij impedit translationem, vt neque error in falsa causa obligationis impedit obligationem *l. damus 52. supr.* vbi diximus, & easdem rationes dubitandi & decidendi quę huic §. conuenirent, attulimus. Et illam quoque quæstionem tractauimus, quam Accursius & Bartolus hîc attingunt. Quid si is, qui dedit tibi centum putans adiuta à te negotia sua, quæ tamen neglexeris, non aliter fuerat tibi donaturus. Vide itaque ea quæ ad legem illam scripsimus.

3 ¶ Sed agere per condictionem propter condicionem legati, vel hæreditatis, (siue non sit mihi legatum, siue ademptum sit legatum) possum, vt repetam, quod dedi: quoniam non contrahendi animo dederim. quia causa, propter quam dedi, non est secuta. Idem, & si hereditatem adire nolui, vel non potui [a]. non idem potest dici, si seruus meus [b] sub condicione heres institutus sit, & ego dedero: deinde manumissus adierit. nam hoc casu secuta res est.

Ad §. 3. Sed agere.

Exemplum est soluti ob rem quidem futuram, sed condicionis tamen implendæ causa ad acquirendam hereditatem vel legatum, cuius tamen acquisitio nulla posteà secuta sit. In quo genere soluti dicimus condictioni locum esse, quia licèt datū sit condicionis implendæ causa, & condicio per eā dationem impleta sit, res tamen pro cuius acquisitione futura condicio implenda fuit secuta non est: quæ ratio parit repetitionem, quia nec causa vlla dandæ eius pecuniæ fuit, vt scriptum est in *l. is cui hereditas* 14. *supr hoc tit.* Non enim contrahendi animo data videtur pecunia, sed tantū implendæ condicionis gratia, vt siue hereditatis siue legati acquisitio siue alia quælibet sequi posset, scripsimus latissimè ad *d. l. is cui*. Vbi vide.

a *Idem est etsi hereditatem adire nolui vel non potui.* RAT DVB. Is qui heres institutus sub condicione si decem Titio daret, Titio implendæ condicionis causa decem dedit, si posteà hereditatem adire noluerit, cùm posset, sibi debet imputare cur noluerit, nec repetitionem habere potest eo prætextu, quod res propter quam impleuit, condicionem secuta non sit, cùm per eum steterit quominus secutā sit, non per eum qui pecuniam accepit *l. pen. C. de cond. ob caus. dator.* In cuius scilicet arbitrio & potestate non est, vt aditio sequatur, vel non sequatur quæ tota ex animo & voluntate adeuntis pendet. *l. qui in aliena* 6. *§. vltim. l. pro herede* 20 *l. gerit* 88. *De acquir. hered* idque esse videtur quod habet iuris regula, in omnibus causis pro facto accipiendum esse id in quo per aliquem mora sit quominùs fiat *l. in omnibus* 39. *De reg. iur.* nec quod in potestate heredis instituti ab initio fuit, vt pecuniam implendæ condicionis causa daret, vel non daret, facere debet, vt in eiusdem arbitrio esse oporteat, vtrum datam pecuniam repetere possit, necne, quia priusquam daret, prudentiùs & maturiùs deliberare debuit, vtrū sibi expediret dare, & condicionem implere. An non enim stultus est, qui pecuniam dat implendæ condicionis causa, vt hereditatem adeat, quā postmodum repudiatam velit? Et sicuti nemo ex solo facto suo potest ab inuito aduersario se liberare *l. si seruum* 91. *§. nunc videamus. De verb. oblig.* ita nec illud ferendum est, vt quis ex sola sua voluntate & pœnitentia dominium reuocare possit quod in alium transtulit *l. velles necne* 6. *C. de reuoc. donat* & accipientem condictione obstringere, nisi in casibus in quibus pœnitentiæ locus esse potest, vt de contractibus innominatis dici solet, & de condictione ob causam ei danda qui prior ex parte sua contractū innominatum impleuit cessante aduersario implere ex sua parte *l. si pecuniam* 5. *supr. De cond. caus. dat.* vbi latè scripsimus, inter eos autē casus in quibus pœnitentiæ locus esse solet, hic non est, si quid implendæ condicionis gratia solutum sit. Etsi enim quod implendæ condicionis causa accipitur, non iure testamenti percipitur, mortis tamen causa capitur, ex dantis eiusdémque domini voluntate, quod sufficit ad dominij translationem in perpetuum inducendam *l. qui procto* 8. *l. inter mortis* 38. *& pass. infr. De mort. caus. donat. & capion. l. id autem* 76. *in fr. ad leg. falcid l. Mæuius* 5. *in fin De condic. & demonst.* Planè cùm is qui pecuniam implendæ condicionis causa dedit, vt hereditatem adiret, eam adire non potuit, aliud iuris esse videtur, quia nihil est quod ei imputari possit. DEC. Quod implendæ condicionis causa datur, non ideo tantùm datur, vt condicio impleatur, sed etiam vt acquisitio sequatur propter quam impleri condicionem oportuit. Nec enim condicionis implementum sufficit ad acquisitionem, sed ad hoc tantùm, vt acquisitio sequi tandem possit *l. ei qui* 13. *infr. De condic. instit.* Ergo si post datam condicionis implendæ causa pecuniam impediatur acquisitio ex aliqua causa, vndecunque tandem impedimentum proficiscatur, verum est dicere non esse rem secutam propter quam impleta est condicio, ideóque causam pecuniæ dandæ nullam subesse, quæ possit impedire repetitionem, si pecunia data sit ad hereditatem adeundam, quam postea heres institutus non adierit, siue quòd adire noluerit, siue non potuerit. Non enim cogendus est heres institutus propter commodum eius qui pecuniam condicionis implendæ causa accepit, implicare se oneribus hereditatis *l. non est cogendus* 53. *infr. ad senatusconsf. Trebell.* Nec ei præscribendum est, vt adeat hereditatem, vel vt causam adferat ob quam nolit adire, cùm variæ esse possint, eæque iustæ *l. si in testamento* 22. *§. vltim. si quis omiss. caus. testament. l. quia poterat* 4. *ad senatusconsult. Trebellian.* Quid enim si ex post facto æs alienum emerserit, quod tempore condicionis impletæ latebat? Cur institutum cogamus aut pecuniam quam condicionis implendę causa dedit, amittere, si hereditatem repudiatam velit? Aut damnosam sibi hereditatem adire, vt pecuniæ quam sine causa dedisse probatur, repetendæ ius sibi præcipiat & facultatem? Ex eo autem quod de adeunda hereditate loquimur, intelligimus ad extraneos heredes, non ad suos huius loci sententiam pertinere. Extraneorum enim est adire, aut repudiare, suorum verò se immiscere aut abstinere *l. cum bonis* 87. *De acquir. hered. §. vltim Instit. De hered. qualit. & differ.* Sunt enim sui ipso iure heredes citra vllam aditionem & ante apertas tabulas *l. in suis* 11. *De liber. & posthum. l. 1. § qui sunt in potestate si quis omiss. caus. testam. l. in suis De suis & legit.* Et ideo deterior in hoc est condicio suorum heredum, quàm extraneorum, quòd si condicionem dandæ pecuniæ, quæ iis iniuncta est, impleant, hoc ipso fiunt heredes non tantùm nomine, sed etiam effectu, ita vt nec abstinere amplius possint *l iam dubitari* 86. *in princ. & §. 1. infr. De hered instit.* idque non tam vi condicionis expletæ quàm potestate iuris & iure potestatis, quomodo eleganter & subtiliter loquitur Paulus *in l. condicionibus* 5 *De condic. & demonstration.* Quod in extraneis heredibus secus est *dict. leg. ei qui* 13. *De condition instit. sic in leg prim. in fin. supr. De cond. caus. dat* vbi diximus. Meritò igitur Paulus hîc scribit idem esse, si hereditatem cuius adeundæ gratia vt condicionem implerem, pecuniam tibi dederam, adire vel noluerim vel non potuerim. Sequitur,

b *Non idem potest dici si seruus meus.* RAT. DVB. Parum interesse videtur, an tibi decem dederim condicionis implendæ causa ad hereditatem adeundam, deinde hereditatem adire, vel noluerim vel non potuerim, an verò seruus meus sub condicione dandæ pecuniæ heres institutus sit, & ego pecuniā ei numerauero, vt tibi daret, deinde is manumissus adierit. Etsi in hoc posteriore casu secuta est aditio quę superiore secuta non fuit, attamen quod ad me attinet, non potest videri secuta cū ex eiusmodi aditio-

aditione non acquiratur mihi hereditas, sed seruo instituto qui aditionis tempore manumissus inuenitur, §. *seruus autem versf. alienus Instit. De hered. instit. l. nihil interest 12. in princ. supr. De inoff. testam.* Ergo & hoc casu condictio pecuniæ mihi danda est quasi re nõ secuta. Dec. Cùm seruus meus heres instituitur sub condicione dandorum tibi decem, non id agit testator, vt mihi qui testamenti tempore dominus sum, acquiratur omnimodo hereditas, sed ei qui aditionis tempore dominus reperietur, siue ego ille sim, siue alius nouus dominus, adeòque ipsi seruo si cùm adibit hereditatem, sui iuris inueniatur *d. versf. alienus.* Vtrum ergo ex his tribus contingat fatendum est, secutam rem esse adita quandocunque per seruum hereditate & cuicunque tandem hereditas quæsita sit, data enim est pecunia seruo vt hereditatem adire posset, quæ nec nisi expleta condicione delata esse intelligitur *l. facta 65. §. si sub condicione ad SC. Treb. iunct. l. delata 151. De verb. signif.* atque ita vt hereditatem adeundo ei acquireret cui acquiri iure posset. Cùm autem disputatur cui per aditionem acquiratur hereditas, non testamenti aut mortis testatoris tempus inspicimus, sed aditionis: quod in legato secus est, in quo inspiciendum est præcisè tempus, quo dies legati cedat, adeò vt si tẽpore quo dies legati cedere inciperet, alieni iuris fuerit legatarius, domino legatum debeatur, quamuis seruus post diem legati cedentem liber factus sit, vt benè Accursius noster explicat, ex *l. si post diem 5. §. vlt. & l. si vsusfructus 14. infr. Quand. dies legat. ced.*

4 ¶ Quod ob rem datur, ex bono, & æquo habet repetitionem, veluti si dem tibi, vt aliquid facias, nec feceris.

Ad §. 4. Quod ob rem datur.

Est hæc quarta species soluti, in qua de condictione & repetitione quæritur, si ob rem aliquam datum sit, scilicet futuram, & res secuta non sit, in qua dicimus locum esse repetitioni & condictioni, non quidem indebiti, sed ob rem dati re non secuta *tot. tit. De cond. caus. dat. caus. non secut. & l. damus 52. supr. hoc tit.* vbi diximus. Differt autem hæc species à superiore, quia licèt in vtraque condictioni locus sit, quasi re non secuta: in illa tamen datur, quia non ob rem futuram immediatè, sed condicionis implendæ gratia, per consequentias verò, vt post impletam condicionem res aliqua sequatur, quæ alioqui non sequeretur. In hac autem specie datur immediatè ob rem futuram, quæ si non sequatur, repetitioni locus est ex bono & æquo. Sed cur ex bono & æquo? An non enim ipsa iuris stricti ratio facit, vt quod ob rem datum est, re non secuta condicatur? Quæ dubitandi ad hunc §. ratio est: sed respondendum est, ideo dici hanc repetitionem dari ex bono & æquo, quia quisquis dat aliquid ob rem futuram hoc ipso contrahit συνάλλαγμα cum eo qui accipit *l. iuris gentium 7 §. 1. supr. De pact.* nec repetendi animo id facit, sed contrahendi, ob idque obligatum habet aduersarium, vt ex parte sua impleat quod promisit aut præstet quanti actoris intersit ciuili actione Præscriptis verbis *d. §. 1. & l. naturalis 5 §. 1. & seq. infr. De præscript. verb.* In quo etiam differt hic ab eo qui dedit implendæ condicionis causa, vt res aliqua sequeretur. Is enim nec contrahendi animo dedit nec repetendi, sed implendæ tantùm condicionis gratia, vt scriptum est *in § præcedente.* Et tamen in illa quoque perinde atq; in hac specie condictioni locus est re non secuta, & quidẽ similiter ex bono & æquo, quia extra hoc quod ab initio agebatur, hæc obligatio nascitur tacito quodam iure *l. is qui 13. in fi. infr. commod.* quod in cõdictionib. omnib. iuris est. Adfert autẽ Paulus exẽplum, si dem tibi vt aliquid facias, nec feceris. Itaque comprehendit hæc species duo genera contractuum innominatorum, Do vt des, & Do vt facias. De quibus in *d. l. naturalis §. 1. & seq. De præscript. verb.* At non etiam duo alia illa Facio vt des, & Facio vt facias, quoniam facta cùm pro infectis haberi numquam possint, nunquam condicuntur *d. l. naturalis §. quòd si faciam* vbi dicemus.

5 ¶ Ei, qui indebitum repetit, & fructus & partus restitui debent, deducta impensa.

Ad §. 5. Ei, qui indebitum.

Rat. dub. & dec. ad hunc §. eadem est, quæ ad *l. indebiti 15. in princip. & ad l. si non sortem 26. §. libertus versic. & interdum supr. hoc titul.* quibus locis eadem sententia proponitur quæ in hoc §. vt in condictionem indebiti veniant fructus & partus, & aliæ si quæ sunt accessiones naturales, non etiam ciuiles, quoniam indebiti condictio naturalis est. Veniunt autem non tam officio iudicis, quàm iure actionis, vt benè Accursius hîc post Ioannem ex *d. §. libertus.* Alioqui non venirent fructus, nisi qui post litem contestatam & acceptum iudicem percepti essent, quod non ita est *l. 2. l. videamus 38. in princ. & §. si actionem infr. De vsur.* Sed additur hîc, quod non fuit prætermittendum, fructus in condictionem indebiti venire deducta impensa. Nam nec fructus vnquam intelliguntur nisi deductis sumptibus qui ad eos colligendos necessarij sunt idque naturali quadam ratione quæ etiam in prædonibus locum habet *l. si à domino 36. §. vlt. supr. De hered. petit.* Quanto magis in eo qui rem sibi à domino ipso traditam accepit? Hic enim plus quàm bonæ fidei possessor est, cùm sit etiam dominus *l. si quis cùm sciret 8. infr. Pro emptor.* Nec sanè vllus casus interuenire potest, qui hoc genus deductionis impediat, inquit Iulianus *in l. fundus 51. supr. Famil. ercisc.* Iunge *l. vlt. infr. De impens. in reb. dotal. fact.*

6 ¶ In frumento indebito soluto & bonitas est repetenda: &, si consumpsit frumentum, pretium repetet.

Ad §.6. In frumento.

RAT. DUB. Quod indebitum soluitur, aut ipsum aut tantundem repetitur *l. quod indebitum 7. supr.* Ipsum quidem si in specie consistat, tantundem verò si in genere, vt ibi explicauimus. Atqui frumentum est ex earum rerum numero quæ in genere consistunt, & in suo genere functionem recipiunt *l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit.* Ergo si frumentum indebitè solutum sit, tantundem repetendum est, non frumenti soluti precium, quemadmodum si frumentum mutuo datum esset, nam & indebitum quasi mutuum & pro mutuo est §. *is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Nec quod in frumento bonitas quoque spectanda sit ad rem facit, nam & in mutuo id agitur, vt tantundem reddatur in eadem bonitate & qualitate *l. cùm quid 3. supr. de reb. credit.* & tamen non eo minus tantundem frumenti reddendum est, condictione certi ex mutuo, non autem frumenti precium. DEC. In condictione indebiti illud tantùm inspicimus in quantum factus sit locupletioris, qui condictione tenetur *l. si non sortem 26. §. libertus supr. hoc tit.* Ideo enim condictio hæc comparata est, non vt actoris indemnitati plenissimè consulatur, sed ne is qui indebitum accepit, ex alia iactura locupletetur *l. nam hoc natura 14. supr. l. prox. infr. hoc tit.* Atqui si frumento consumpto quod indebitè solutum fuerat, tantundem frumenti condiceretur, licèt in eadem bonitate & qualitate, vt euenit in mutuo, facilè accideret, vt in plus vel minus teneretur is, qui accepisset, quàm in quo factus esset locupletior. Est enim frumentum ex earum rerum numero, quæ non tantùm in genere consistunt, sed etiam pro temporum & locorum varietate aliam atque aliam recipiunt æstimationem *l. 3. infr. de eo quod cert. loc. l. oleo 23. iunct. l. frumenti 17. Cod. de vsur.* Ne igitur actori aut reo fiat iniuria, necessario dicendum est, indebiti frumenti consumpti precium venire in condictionem indebiti, non frumentum ipsum neque quod consumptum est, quia non extat amplius, neque tantundem quia in eo vel plus vel minus contineretur, quàm in condictionem venire debeat, nec facilè fieri potest, vt in huiusmodi rerum genere quod tantundem est, sit etiam tantidem. Et ita benè hîc docet Bartolus nisi quod reo tantum consulere vult ne in plus teneatur quàm quanto locupletior factus sit, cùm tamen actori æquè consulendum sit, vt non minus consequatur quàm sit id in quo reus locupletior factus est: tam facilè autem posset hoc quàm illud contingere, si tantundem frumenti etiam æquè boni reddendum esset, non precium consumpti. Quid ergo si frumentum solutum indebitè adhuc extet, necdum sit consumptum? Non precium frumenti hoc casu repetendum erit, quia periculum hîc nullum subest, ne in plus vel minus quàm oporteat condemnetur is qui indebitum accepit, sed vel illud ipsum frumentum quod solutum est, quamuis possit solo cursu temporis factum esse deterius, vel quia functionem recipiat in suo genere, tantundem in eadem bonitate & qualitate: atque ita erit hoc casu locus ei quod scriptum est in *dict. l. quod indebitum.* Quod tamen nescio an Bartolus noster viderit ac perceperit, sanè quod Accursio placet intelligendum esse hunc §. de frumento, quod solutum sit, tanquam debitum in specie, non in genere, sicuti suspectum est Bartolo, ita mihi non probatur: cùm sit commentitia interpretatio, quæ nullis §. verbis adiuuatur: nec possit frumenti solutio fieri in genere, sed tantùm in specie. Genus enim cùm in iure consistat non in corpore, neque videtur neque tangitur, nec proinde soluitur. Cúmque in condictione indebiti nihil aliud quærendum sit, quàm in quo factus sit locupletior is qui debitum accepit, vt diximus, ex *d. l. nam hoc natura & dict. §. libertus,* apparet nihil omnino interesse ad reum in plus vel minus obligandum, vtrum ei solutum sit frumentum quasi debitum in genere, an quasi debitum in specie, cùm ea soluentis opinio non possit accipientem facere minus locupletem, aut locupletiorem: vtroque enim casu idem soluitur, nec plus aut minus vno quàm alio, quemadmodum autem bonitas frumenti consumpti ea demum æstimanda est quæ fuit non cùm frumentum solueretur, sed cùm consumeretur, ne alioqui in plus vel minus teneatur is qui consumpsit, quàm in quantum factus sit ex eo locupletior, ita & si adhuc extet tantundem quidem repetendum est, sed in ea bonitate quæ fuit non solutionis tempore sed propositæ condictionis. Non enim locupletior factus videri potest is qui accepit in ea bonitate, quæ fuit tempore solutionis, si quo tempore condictio instituitur, bonitas illa decreuerit sine mala fide vlla accipientis. Quid enim si frumentum ipse corrupisset immixta siligine, vel hordei quantitate? Æquum certè esset teneri eum, vt tantundem redderet in ea bonitate quæ fuisset cùm frumentum solueretur, alioqui dolus ei suus prodesset. Planè quod Bartolus hîc contra Paulum disputat, in obligationibus dandi post rem peremptam agendum esse, nihilominus ad rem non ad precium ex *l. pen. supr. de condict. caus. dat.* alienum est ab huius loci sententia. Tunc enim id procedit, cùm res quæ dari debuit, perempta est post moram, quia est vnus ille ex moræ effectibus, vt res post moram perempta extare adhuc videatur, ideóque & peti adhuc possit, licèt præstari amplius non possit *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. infrà de verb. oblig.* At nos tractamus eum casum, in quo frumentum etiam nulla mora interueniente consumptum adhuc præstandum sit, quatenus scilicet is qui indebitum frumentum accepit, & suo iure consumpsit, inuenitur factus ex eo locupletior, vt nimirum eatenus condictione teneatur. Atqui reperitur factus locupletior in frumenti consumpti precio, cùm frumentum in suos vsus consumpserit. Tantundem enim de suo comparare & erogare debuisset, si indebitum hoc frumentum non accepisset *l. sed etsi 25. §. quod autem in fin. supr. de hered. petit. l. filiusfamilias 18. infr. de in rem vers.* Ergo precium frumenti consumpti necessariò ei condicendum est, nec de frumento ipso citra moram & bona fide consumpto tractari quicquam amplius potest. Neque nouum est, vt in condictionem indebiti aliud veniat, quàm quod solutum fuit, præsertim verò solutæ rei precium, & æstimatio *d. §. libertus*, vbi diximus.

7 ¶ Sic, habitatione data, pecuniam condicam, non quidem quanti locare potui [a], sed quanti tu conducturus fuisses.

Ad §.

Ad §. 7 Sic habitatione data.

RAT. DVB. Quod indebitum solutum est, aut idipsum in specie repetendum est, aut tantundem in genere, vt pro ratione dubitandi scripsimus ad §. præcedentem ex *l. quod indebitum 7. supr. hoc tit.* Atqui cùm habitatione data indebitè pecuniam condico, neque id ipsum quod dedi repeto, neque tantundem. Ergo permittendum mihi non est, vt pecuniam condicam. DEC. Non est nouum, vt aliud soluatur, aliud verò condicatur, vt proximè diximus ex *l. si non sortem 26. §. libertus supr. hoc tit.* vbi soluto indebitè fundo etiam fructus condicuntur, & solutis operis quę non debebantur, earum æstimatio repetenda est. Idem igitur & in proposito euenit, vt habitatione data indebitè, possim & debeam condicere pecuniam, id est, precium habitationis, quemadmodum in §. præcedente consumpto frumento, quod indebitè solutum fuit, non frumentum ipsum condicitur, quod consumptum est, neque tantundem, sed frumenti consumpti precium. Itaque benè hic §. præcedenti subiungitur his verbis *sic habitatione data*, tanquam similem habens iuris rationem, eandémque dubitandi & decidendi causam. Habitatio enim perinde ac frumentū cōsumitur sed frumentū vsu habitatio autem etiam non vsu: nā habitatio vnius diei non eadem quæ alterius diei habitatio est. Et quemadmodū Celsus eleganter dicebat vsumfructū quotidie constitui & quotidie amitti *l. 1. § interdū sup. de vsuf. adcresc.* Ita & de habitatione similiter dici posse videtur, quotidie illā cōstitui, & quotidie amitti, quoniā & prædij vrbani fructus in diurnæ habitationis commodo consistit *l. item quæritur 13. §. qui impleto in fin. infr. locat.* Denique habitatio magis in facto, quàm in iure consistit *l. penult. supr. de capit. minut.* Qui autem facti sunt nunquam condicuntur, vt diximus ad *§. quod ob rem suprà.*

a *Non quidem quanti locare potui.* RAT. DVB. Tanti mea interest quanti habitationem locare alij potui, non quanti fueris tu conducturus *l. si nauis §. 26 generaliter supr. de rei vindic. l. si commissa 13. infr. rat. rem haber.* Ergo cùm permittendum mihi sit, qui habitationem tibi indebitè dedi, vt pecuniam condicam, condicere debeo quanti locare habitationem potui, non quanti conducturus fueris. DEC. Condictio indebiti neque iure actioni, neque officio iudicis persequitur quanti actoris interest, sed tantùm quanto locupletior reus factus est, vt lucrum ei omne eripiatur, non etiam vt actori plenissima indemnitas præstetur *d. l. si non sortem 26. §. libertus supr.* Atqui ob id quod habitationem indebitam à me habueris non potes videri factus locupletior, quanti locare alij eam potuissem, sed quantitù à me conducturus illam fuisses, quod plerunque minus est, pro conductoris scilicet persona & qualitate: satis igitur mihi esse debet, quod condictione indebiti tantam pecuniam possim à te condicere quantam tu conductionis nomine præstaturus fuisses, si indebitam habitationem à me non habuisses. Quod si habitationem indebitam nec à me nec ab alio habueris, sed simpliciter in domo mea habitaueris, placet quod vult Bartolus dandam mihi contra te condictionem non quidem indebiti, cùm factum meum nullum interuenerit, per quod aliquid quod meum erat tuum fecerim *l. si in area 33. supr. hoc tit.* Sed sine causa ad tantam pecuniam quanti tu fueras conducturus, quia in tantum duntaxat potes videri factus locupletior *arg. l. prox. infr. & l. 1. infr. Tit. prox.* Non enim requirit condictio sine causa quod requirit condictio indebiti, vt aliquid ex meo tuum fecerim, sed tantùm vt aliquid ex meo sit penes te sine causa. Vnde est quod nec condictio sine causa comparatum mutuo, quomodo condictio indebiti *l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action. & §. is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig.*

8 ¶ Si seruum indebitum tibi dedi, eúmque manumisisti: si sciens hoc fecisti, teneberis ad precium eius: si nesciens, non teneberis: sed propter operas eius liberti [a], & vt hereditatem eius restituas.

Ad §. 8 Si seruum.

RAT. DVB. Etiamsi seruum indebitum tibi dederim, feci tamen tuum, alioqui non possem eum condicere meum manentem, nisi à fure *l. vlt. supr. vsufru. quem caueat § sic itaque Instit. de action.* Et quamuis non desint, qui putent eum qui indebitum sciens accepit, furtum facere ex *l. quoniam 18. infr. de cond. furt.* verius tamen est nunquam posse furem dici eum qui ab ipso domino, & ex eius non modo voluntate, sed etiam manibus possessionem rei nactus est, cùm non tantùm bonæ fidei possessor sit, sed etiam dominus *l. si quis cùm ferret 8. inf. Pro emptor.* Et quod contra scriptum videtur in *d. l. quoniam* ad eum casum restringi debet, in quo quis sciens indebitum acceperit à non domino, puta à procuratore siue falso siue vero falsi debitoris, vt ibi dicemus. Atqui quisquis serui dominus est, eum manumittere pro suo iure potest, si aliud nihil impediat, vt eos casus excipiam de quibus in *Tit. qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Nec ob datam seruo suo libertatem precium eius dare cuiquam cogitur excepto casu *l. quidam 25. §. si quis filium infr. ad Senatusconsultum Trebellianum*, de quo alibi scripsimus, & si qui alij sunt similes. Ergo si seruum indebitum tibi dederim, eúmque manumiseris sciens indebitum, siue scieris iam inde ab initio & eo tempore quo tibi dedi, siue tunc tantùm cùm manumisisti dicendum est, te ad reddendum mihi precium non teneri. DEC. Condictio indebiti comparata est, ne quis ex aliena iactura lucrum faciat *l. prox. infr. l. nam hoc natura 14. l. si non sortem 26. § libertus supr.* Lucrum autem est, & quidem improbum quoties quis ex alieno largitur, vt sibi acquirat beneficij debitorem *l. si quis pignore 54. §. 1. infr. de furt.* Acquirit autem sibi debitorem beneficij, & quidem maximi, quisquis seruo dat libertatem, licèt dici soleat non fieri locupletiorem eum qui libertum adquisiit *l. nemo prædo est 126. §. 1. de regul. iur.* Porrò libertas semel data neque reuocari per eum qui dedit, neque condici per alium potest *§ si is qui Instit. de eo cui libert. caus. bon. addic.* Illud ergo vnum superest quod dici possit, vt eius serui precium mihi per condictionem reddere tenearis, vt saltem precium succedat loco rei. Etsi enim verum est non precium tibi à me datum esse, sed seruum, aliud verò esse seruum ipsum, aliud verò serui precium *l. si alij 42. §. 1. supr. de vsufru. l. vlt. Cod. de*

fideic.libert. Illud tamen negari non potest, quin & ego dando tibi seruum hoc ipso factus sim pauperior in precio, quod ex venditione serui consequi potuissem, & tu eo ipso instanti factus sis locupletior quanti eo tempore seruus fuit, quia & tanti vẽdere potuisses si voluisses. Nec quod manumittere illum malueris, quàm vendere, condictionem aut serui aut precij acquisitam tollere mihi potuit, quia licèt manumittendo seruum, atque ita pro seruo libertum acquirendo non sis factus locupletior, perinde tamen habendus es, acsi precium penes te haberes cùm tanti habueris carere precio, vt libertum eum haberes. Habes ergo precium æquipollenter &, vt ita dixerim, eminenter. Proinde æquum est te verum iustúmque precium mihi reddere, cùm sciens indebitum seruum manumiseris, vel ob hoc ipsum ne condici amplius tibi posset, ne alioqui dicendum sit in potestate tua fuisse condictionem mihi competentem solo facto tuo adimere, téque à condictionis periculo liberare contra *l. vlt. supr. de pact. l. si seruum 91. §. nunc videamus infr. de verb. oblig. l. Granius 71. §. pen. infr. de fideiuss.* Nec nouum est, vt res aliqua indebitè soluta sit, nec ipsa tamen, sed precium eius condicatur, vt in specie *d. § libertus*, vbi diximus. Quoties enim æquitatem desiderij naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis temperanda res est *l. in ambiguis 85. §. vlt. de regul. iur.* Et rursum quoties nihil sine captione inuestigari potest, id eligendum semper est quod minimum habeat iniquitatis *l. quoties 200. eod.* In proposito autẽ nihil minus iniquum dici potest, quàm vt tu, qui sciens & prudens seruum indebitè tibi solutum manumisisti, vt & mihi condicendi eius & tibi restituendi facultatem præriperes, saltem ad precij restitutionem mihi tenearis. Vt & in specie *l. si is cui 39. infr. de mort. caus. donat.*

a *Si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti.* RAT. DUB. Non alius condictione tenetur, quàm qui vel locupletior factus est, & quatenus locupletior effectus fuit vel prudens & sciens fecit, ne in plus locupletaretur, vt in superiore casu, atqui cùm hominem indebitum tibi dedi, & tu nesciens indebitum accepisti, acceptúmque manumisisti, neque potes videri factus locupletior per acquisitionem liberti *d. l. nemo prædo est 126. §. 1. de regul. iur.* neque imputari tibi potest cur eum manumiseris, cùm bona fide id feceris nesciens te condictione teneri. Ergo nulla æquitas patitur, vt condictione aliqua tenearis, nec magis propter operas liberti, quàm ad precium eius restituendum. Cùm operæ hominis in fructu sint *l. 3. & 4. supr. de oper. seruor.* Bonæ fidei autem possessor fructus omnes faciat suos *l. bona fidei 48. de acquir. rer. domin.* multo magis autem ille qui dominus est, qui nec consumptos nec extantes, nec iure actionis nec officio iudicis restituere vnquã cogitur. Et verò cùm negari non possit quin accipiendo à me seruum, quamuis indebitum factus sis eius dominus, cùm verò eum manumisisti, ex domino patronus, an non planè iniquum fuerit cogi te mihi per condictionem indebiti hereditatem eius mihi restituere, quam iure patroni tibi acquisiueris, & quæ fortassis nunquam ad me peruenisset, si eum tibi non dedissem, quia nec fuissem vnquam fortasse manumissurus? DEC. Condictio species quædam euictionis est, quæ tollit intellectum factæ solutionis, vt in *l. si patroni 55. §. vlt. inf. ad SC. Trebell.* Atqui si non tibi dedissem Stichum, quasi debitum, cùm esset reuera indebitus, tu neque operas eius aut ex operis quicquam lucri percepisses, neque bona ipsius aut hereditatem tanquam liberti tui, quia nec libertus tuus esse potuisset, qui à te manumissus nunquam fuisset. Nec tamen negare potes, quin & in hereditate illa & in operis factus sis locupletior per solutionem indebiti. Nulla ergo tibi fit iniuria si per condictionem indebiti auferam tibi omne id in quo locupletior factus es, quódque hodie non haberes, si tibi indebitum non soluissem. Planè vt serui precium mihi reddas, non teneris, quia nec in eo factus es locupletior, nec dolo tuo factum est, quominus eatenus locupletior factus sis. Sed etsi alio quàm patroni iure hereditatem liberti acquisiueris, non debet ea res meum ius augere in causa condictionis, cùm non quasi patronus id acquisiueris, sed quasi alius quilibet *l. si verò 64. §. item quicquid infr. solut. matrim. l. si quis seruum 23. de action. empt. l. si paterfamilias 15. §. 1. supr. de adopt. l. debitor 59. §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* Illud non est prætermittendum, quod Accursius notat, aliam rationem esse heredis qui seruum à se ex legati causa præstandum siue sciens, siue ignorans manumisit. Hic enim omnimodo tenetur legatario, vt saltem precium ei præstet *§. si res legata 16. Instit. de legat. l. si quis inquilinos 112. §. 1. de legat. 1.* quia omnimodo eum oneratum testator voluit, quam defuncti voluntatem nullo ille facto suo potuit eludere. In proposita autem specie is, qui sciens indebitum seruum accepit, & manumisit, non tenetur nisi ex æquitate, nec rursum ex æquitate nisi quatenus locupletior factus est, aut per eum stetit, quominus factus sit, non est autem factus locupletior, nec pro locupletiore habendus, qui seruum ignorans indebitum accepit & manumisit, nec ea manumissione aliquid præter libertum acquisiuit, vt benè hîc Accursius ratiocinatur. Sanè quod addit similem huic esse legatarium, qui cauit heredi vulgari cautione si cui plus quàm per *leg. facid.* vt si res legata penes legatarium interim sine dolo malo pereat non teneatur heredi *l. 1. §. vlt. & l. 2. & 3. infr. ill. Tit.* Ego non ita facilè probare possum, qui video multum distare, an res debita facto suo pereat, an facto debitoris etiam iusto & cum bona fide coniuncto, itémque non generis, sed speciei debitorem esse legatarium, qui legatum accepit præstita cautione, quia nec solutio fieri vnquam potest in genere, sed semper in specie, vt diximus ad *§. in frumento supr.*

b ¶ Indebitum est, non tantùm, quod omnino non debetur: sed & quod alij debetur, si alij soluatur: aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, soluat.

Ad §. vlt. Indebitum.

De huius §. sententia iam scripsimus ad *l. si pœna 19. §. 1. l. si non sortem 26. §. indebitum & ad l. repetitio 44. supr. hoc tit.* in quibus locis omnibus eadem sententia proponitur, quæ in hoc §. nisi quod hîc apertius exprimitur, quantum ad indebiti condictionem pertinet,

pertinet, indebitum dici non si quis simpliciter soluat, quod ipse non debeat, alius verò debeat, sed si cùm nihil ipse debeat, soluat tamen quasi debeat: quo casu verò indebitum est, quod soluitur, licèt ei qui solutionem accipit, hoc ipsum quod soluitur ab alio debeatur: Ideoque condictio indebiti danda est ei qui soluit, nec locus est regulæ quæ negat repetitionem vllam esse ab eo qui suum recepit, licèt alius soluerit, quàm qui debuit *dict. l. repetitio.* Procedit enim illa regula quoties is qui soluit alieno nomine soluit, & quasi alius, non quasi ipse debeat *l. cùm quis 38. §. de peculio in fin. infrà de solut. l. si quid possessor 31. in princip. De hered. petit. supr.*

66. PAPINIANVS libro 8. Quæstionum.

HÆc condictio ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, reuocare consueuit.

Ad l. Hæc condictio 66.

Non aliam habet hæc lex dubitandi aut decidendi rationem, quàm quæ ad totum hunc Titulum pertinet, adeoque ad vniuersum tractatum de condictionibus. Non enim videbatur permittendum ei, qui facto suo dominium rei suæ in alium transtulisset, vt contra factum suum veniret, & ab aduersario suo dari sibi debere intenderet, quod prior ille aduersario dedisset, cùm nemini permittendum sit, vt contra factum suum veniat, si modò factum illud à iure non sit improbatum *l. post mortem 25 supr. de adopt. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Sed tamen æquitas, quæ omnes omnino condictiones induxit & repetitiones *l. pen. in fin. infr. ad SC. Trebell. l. cùm hi 8. §. si quis de alimentis vers. sanè supr. de transact.* non patitur, vt ex aliena iactura quis locupletetur *l. iure naturæ 206. de regul. iur. l. nam hoc natura 14. supr. hoc tit.* Ideoque quod ex alieno apud alium sine causa nulloque iure esse reperitur, ex bono & æquo auocandum est, ex ea scilicet æquitate quæ iuris naturalis est & gentium *l. rerum 25. infr. Rer. amot. l. prox. §. quod ob rem supr.* Excipit tamen Accursius casum *l. 1. §. interest infr. si ventr. nomin. mulier in poss. miss.* quasi quod ibi penes mulierem etiam sine causa esse deprehenditur, ab ea tamen auocari non possit, sed malè. Ibi agitur de fructibus à muliere in possessionem missa ventris nomine bona fide consumptis, qui proinde nec amplius penes mulierem esse deprehenduntur, nec sine causa cùm & Prætore authore, & bona fide percepti, adeoque etiam consumpti sint. Nec valde refert, an quod alienum fuit tale manserit, an verò factum sit accipientis: nisi quod posterior hic casus inducit condictionem indebiti, quę omnimodo exigit, vt quod alienū fuit, translatum sit in alium facto & voluntate domini, factumque sit accipientis *l. si in area 33. supr. hoc tit.* Prior verò casus potest inducere condictionem sine causa, quæ generaliorem causam habet quàm condictio indebiti: nec aliud requirit, nisi vt quod etiam hodie alterius adhuc est, apud alium tamen sine causa esse deprehendatur: quod cùm accidit, possessio quidem frequentius quàm dominium in condictionem venit [est enim condictio interdum solius etiam possessionis à dominio seiunctæ, adeoque condictio indebiti, vt vidimus in *l. indebiti 15. §. sed si nummi supr. hoc tit.*] sed tamen potest fieri, & verò fit plerunque, vt per condictionem sine causa etiam dominium auocetur, nempe quod non facto prioris domini, sed alia quauis ratione ad possessorem peruenerit, dummodo sine causa penes eum hodie sit *l. 2. 3. & 4. & pass. infr. Tit. prox. l. 2. 3. & 4. C. de condict. ex leg. & sin. caus. l. seruus quem 30. vers. secundum quæ infr. de action. empt. & l. si & me & Titium 32. supr. de reb. credit.* quam de condictione sine causa accipiendam esse rectè scripsit Cuiacius ad hanc legem. Nam vt idem Cuiacius in Paratitlis docet, condictio sine causa concurrit quidem plerunque cum condictione indebiti, cæterisque condictionibus, sed interdum tamen etiam sola datur, vt in specie *d. l. si & me & in l. 2. infr. Tit. prox.* Intellige ergo hanc legem quomodo voles, aut de condictione indebiti, aut de condictione sine causa, dum ne condictiones istas confundas. Iunge quæ scripsi ad *d. l. prox. §. quod ob rem supr.*

67 SCÆVOLA libro 5. Digestorum.

STichus testamento eius, quem dominum suum arbitrabatur, libertate accepta, si decem annis ex die mortis, annuos decem heredibus præstitisset, per octo annos præfinitam quantitatem, vt iussus erat, dedit: postmodū quàm se ingenuū comperit: nec reliquorum annorum dedit, & pronuntiatus est ingenuus. quæsitum est, an pecuniam, quam heredibus dedit, vt indebitam datam repetere: & qua actione possit? respondit, si eam pecuniam dedit [a], quæ neque ex operis suis, neque ex re eius, cui bona fide seruiebat, quæsita sit, posse repeti.

Ad l. vlt. Stichus testamento.

RAT. DVB. Condictio indebiti non habet locum, nisi cùm aliquid datum est ob causam præteritam, eamque sui natura obligatoriam *l. damus 52.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Atqui cùm Stichus testamento eius quem dominum suum arbitrabatur, libertate accepta sub ea condicione, si per decem annos continuos decem heredi præstaret, decem per octo annos præstitit, non ob causam præteritam præstitit, sed ob futuram, vt scilicet post decem-

nium libertatem directam ex defuncti testamento consequeretur: quæ tamen causa non potest sequi in persona eius, qui iam tum & liber & ingenuus erat, quique talis per sententiam pronunciatus est. Nec enim qui iam liber & ingenuus est, magis liber & ingenuus fieri potest, neque dubitandi causa vlla relinquitur, quin talis sit post sententiam de ingenuitate redditam, quæ pro veritate habetur *l. ingenuum 25. suprà de stat. homin. l. res iudicata 208. de regul. iur.* Ergo quod per octo annos præstitum est per condictionem indebiti repeti non potest. Atque ita Accursius noster & Azo sentiunt, existimantes legem hanc quæ dat Sticho repetitionem intelligi debere de condictione ob causam dati causa non secuta ex *l. 3. §. si liber homo supr. de condict. caus. dat. caus. non secut. l. cùm ancillam 6. l. si liber 9. Cod. eodem.* Quod tamen Bartolus non probat, veriorem existimans Irnerij sententiã, qui de condictione indebiti responsum hoc intelligebat. Nec aliud mihi iudicium est, sed non ratione illa qua potissimum mouetur Bartolus, quòd vnaquæque lex debeat intelligi secundum naturam tituli sub quo posita est ex *l. Imperator 16 infr. de in diem addict.* [non enim ita scripsit Scæuola sub *Tit. de condict. indeb.* sed libro quinto Digestorum, & constat in libris nostris multas leges esse sub alienis Titulis collocatas, quas ideo nec malè *fugitiuas* solet Cuiacius dicere] At potius, quia mera iuris ratio facit, vt de indebiti condictione lex hæc intelligi debeat, nimirum quia in hac specie non immediatè ob causam futuram libertatis acquirendæ, data fuerat pecunia nec ab eo qui sciebat se non teneri, vt malè Azo credidit [alioqui non posset repetere, qui sciens dando indebitum donasse videretur *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. si is qui 24. l. si non sortem 26. §. indebitum l. quod quis 5~. supr hoc tit.*] sed ob causam præteritam adscriptæ condicionis testamentariæ, eiúsque implendæ gratia sed per errorem. In quo differt hæc species ab illa, de qua in supradictis legibus quæ dant condictionem ob rem dati re non secuta. Cui tum demum locus est, cùm quis iam liber pecuniam dedit ad hoc immediatè, vt manumittatur: non etiam vt pareat condictioni. Causa enim dandæ pecuniæ nulla est in persona eius cui adscripta condicio est, ad promerendam libertatem cùm iam liber esset, vt & in specie *l. is cui hereditas 34.* vbi diximus *supr.* Aliaque ratio est eius de quo in *l. 1. §. 1. supr. de condict. caus. dat.* id est, qui pecuniam dedit implendæ condicionis causa, vt hereditatem sibi acquirere posset, quam postea vltro repudiauerit. Habuit enim is causam dandæ pecuniæ vel ob hoc ipsum, vt hereditatem repudiare posset, quam porrò repudiare non poterat, antequàm esset delata *l. 1. §. decretalis infr. de success. edict. l. illud 77. de acquir. hered.* nec rursus delata poterat videri hereditas ante impleram condicionem *l. facta 63. §. si sub condicione ad Senatusconsultum Trebellianum l. ei qui 11. de condict. instit.* Proinde secuta repudiatione condictioni locus est non indebiti, sed quasi re non secuta. At in specie quam tractat hîc Scæuola, non subest aliqua causa dandæ pecuniæ, ne quidem implendæ condicionis gratia, cùm iam liber & ingenuus esset Stichus cui adscripta fuerat condicio ad libertatem promerendam, cùm iam liber esset, & ingenuus.

a *Respondit, si eam pecuniam dedit.* Proposita erat Scæuolæ duplex quæstio, an in hac specie repeti posset pecunia per octo annos soluta ab eo, qui obligatum se putabat, vt per decem annos continuos decem annua heredi præstaret condicionis implendæ causa. Item qua actione repeti deberet. Et quidem ad posteriorem quæstionem nihil respondet Scæuola *quasi surdus*, inquit Accursius. Ideò fortasse, quòd dubitari quidem poterat: vtrúmne condictio indebiti competeret, an potius ob rem dati re non secuta, quæ vix vnquam possunt concurrere *l. damus 52 supr.* Sed de condictione *sine causa*, quæ generalior est, dubitari non poterat, quin ea saltem competeret, quandoquidem & cum aliis plerunque competit, & sola plerunque datur, vt diximus ad legem præcedentem. Sed ad priorem quæstionem propositam, quæ plus habebat difficultatis, respondet Scæuola cum distinctione, si eam pecuniam Stichus dedit, quæ neque ex operis suis neque ex re eius cui bona fide seruiebat quæsita sit, repeti pecuniam posse. Quæ distinctio dubitandi rationem illã habet, quòd per liberam personam nihil alij quæri possit *l. solutum 11. §. per liberam infr. de pignor. act. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verborum obligationibus l. 1. Cod per quas person. nob. acquir.* Sed fallit ea regula in libero homine bona fide alij seruiente. Acquirit enim tam ex operis suis, quàm ex re illius, cui bona fide seruit suo possessori. Ex aliis verò causis omnibus sibi *l. acquiruntur 10. §. idem placet l. qui bona fide 23. in princip. de acquir. rer. domin.* Ergo quod ex operis suis vel ex re bonæ fidei possessoris acquisitum Stichus soluerit, non est æquum vt possit repetere, cùm non ex sua sed ex ipsius possessoris pecunia soluerit. Sunt enim omnes hæ quæstiones quæ de condictionibus occurrunt ex bono & æquo diiudicandæ *l. prox. & l. in summa 65. §. quod ob rem l. indebiti 15. supr. hoc tit. l. si & me 32. sup. de reb. cred. l. cùm his 8. §. si quis de alimentis vers. sanè supr. de transact. l. pen. in fi. infr. ad SC. Trebell.*

1 ¶ Tutor creditori pupilli sui plus, quàm debebatur, exsoluit: & tutelæ iudicio pupillo non imputauit. quæro, an repetitionem aduersus creditorem haberet. respondi, habere.

Ad §. 1. Tutor.

RAT. DVB. Cùm indebitum tutor impuberis nomine numerauit, impuberis non tutoris condictio est *l. cùm indebitum 57. supr.* Nunquam enim tutores aut procuratores alieno nomine soluentes repetunt, siue suam, siue pupilli aut domini pecuniam soluerint *l si procurator 6. in fin. supr.* quia scilicet non suo nomine soluerunt, sed alieno, vt ibi diximus. Ergo non est adhibenda distinctio, quæ hîc adhibetur à Scæuola: vtrum tutor in reddendis tutelæ rationibus eam pecuniam quam impuberis nomine soluit, ipsi reputauerit necne, sed indistinctè dicendum est, denegandam ei condictionem, quasi nullum damnum sentiat qui ex culpa sua sentit, cùm imputare sibi debeat, cur non reputauerit, cùm posset. DEC. Quod impuberis nomine solutum consequi tutor potest, siue directa tutelę actione siue contrario & vtili tutelæ iudicio, eius condictionem habere quidem tutor non debet, sed pupillus cuius nomine indebitum tutor soluit: sed quod

quod consequi & repetere à pupillo non potest, id eum repetere ab eo qui indebitum accepit æquissimum est, ne alioqui in damno ipse maneat, qui autem indebitum accepit ex ipsius iactura locupletetur contra naturalem æquitatem *l. nam hoc natura 14. supr.* Atqui tutor qui actione tutelæ à pupillo conuentus rationes ei reddidit, nec quod indebitum eius nomine soluerat ipsi reputauit, nulla amplius ratione indemnitatem consequi à pupillo potest, quia non nisi semel tutelæ agi potest, nec rursus contrario tutelæ iudicio postquam semel directo actū est, cùm sufficiat directū non minus tutori quàm pupillo, si quid ille vicissim tutori reputare aut ab eo petere velit. Non enim coparatum est contrarium iudicium tutelæ nisi ne cogatur tutor expectare, vt pupillus agat tutelæ si fortè tardius agere velit, quia sciat se tutoris sui esse debitorem *l. 1. §. vlt. de contr. tutel. & vtil. act. iunct. l. nisi finita 4. in princip. & §. si adhuc & l. si cum adhuc 10. de tutel. & Rat. distr.* Ergo alterutrum euenire necesse est, vt vel in damno maneat tutor, qui per errorem soluit indebitum, nec id pupillo actione tutelæ reputauit, & ex eius damno fiat locupletior falsus creditor, aut vt danda ei sit contra falsum creditorem, qui indebitum accepit indebiti condictio.

2 ¶ Titius cùm multos creditores haberet, in quibus & Seium, bona sua priuatim facta venditione, Mæuio concessit, vt satis creditoribus faceret: sed Mæuius soluit pecuniam Seio tanquam debitam, quæ iam à Titio fuerat soluta. quæsitum est, cùm postea reperiantur apochæ apud Titium debitorem partim solutæ pecuniæ, cui magis repetitio pecuniæ indebitæ solutæ competit, Titio debitori, an Mæuio, qui in rem suam procurator factus est? respondi secundum ea, quæ proponerentur, ei, cui postea soluisset.

Ad §. 2. Titius.

RAT. DVB. Ita quidem est, vt cùm duo non simul & pariter, sed diuersis temporibus eiusdem obligationis quantitatem soluerunt, condictio indebiti danda sit ei, non qui prior, sed qui posterior soluit, cùm prior solutio ritè facta [de hac enim sola loquimur] indebitam fecerit pecuniam, quæ posteriore solutione continetur *l. cùm duo 25. suprà hoc tit.* Sed tamen constat, ita hoc verum esse, si is qui posterior soluit, non alieno, sed suo nomine soluerit. Semper enim cùm de condictione quæritur, inspiciendum est, non tam quis soluerit, aut ex cuius pecunia, quàm cuius nomine solutum sit, vt proximè scripsimus ad §. præcedentem ex *l. indebitam 47. & l in summa 65. §. vltim. suprà eodem.* Atqui ponimus Titium quidem qui in huius §. specie verus fuerat debitor, priorem soluisse, posteriorem verò Mæuium, sed hunc tamen tanquam procuratorem Titij & ex conuentione cum Titio facta, vt creditoribus eius omnibus satisfaceret. Ergo Titij nomine non suo, ita vt quod Mæuius soluit, Titius ipse soluisse videatur. Quid enim refert an per se quis soluat, aliúdve quid faciat, an per procuratorem? *l. si procurator 6. suprà hoc titul. l. ita autem 5. §. quòd si quis infrà de admin. tutor.* Cùm igitur Titius ille sit, qui vtramque solutionem fecisse intelligitur, priorem quidem per se, posteriorem verò per Mæuium. Cui obsecro alij quàm Titio pecuniæ bis solutæ condictio potest competere? DEC. Quod facit procurator in rem suam constitutus facit quidem alieno nomine, sed ad suum tamen commodum, suóque periculo. Et ideò perinde habendus est, ac si suo nomine faceret, ita vt nec ab eo qui procuratorem ipsum constituit reuocari possit, mortuóque procuratore re integra transeat mandatum etiam in eius heredes *l. illam 33. Cod. de donat. l. qui stipendia 9. Cod. de procur.* vbi dicitur militem quamuis inoffensa disciplina militari alterius procurator esse non possit, in rem tamen suam honestè fieri procuratorem posse, cùm eo casu rem suam non alienam gerat, tametsi contentio ex alterius persona bona fide sumatur. Atqui ponimus Titium cùm plurimos haberet creditores, priuatim facta venditione bonorum suorum omnium, ea concessisse Mæuio, ita vt creditoribus omnibus satisfaceret; eáque lege bona Titij omnia sibi haberet: quomodo etiam donatio fieri interdum solet *l. hereditatem 28. infrà de donat. l. cùm res 22. Cod. eod. tit.* Atque ita Mæuium in rem suam factum esse procuratorem à Titio. Ergo si Mæuius soluat, quod iam Titius soluerat, danda condictio est non Titio sed Mæuio, quia & posterior soluit & suo nomine soluisse intelligitur. Iunge *l. si quis in rem suam 28. iunct. §. vltim. legis praced. supr. de procurat. l. 3. supr. Famil. ercifcund.* De apochis autem de quibus hîc agitur & de antapochis vide *l plures apochis 19. Cod. de fid. instrum.* Apocha fit in fauorem debitoris de recepto, Antapocha verò in fauorem creditoris de soluto, ne possit debitor negare se in præteritum soluisse, quod in posterum quasi tutus præscriptione nollet soluere. Et ita benè hîc Accursius.

3 ¶ Idem quæsiit, an pactum, quod in pariationibus adscribi solet in hunc modum, *Ex hoc contractu nullam inter se controuersiam amplius esse*, impediat repetitionem? respondi, nihil proponi, cur impediret.

Ad §. 3. Idem quæsiit.

RAT. DVB. Non potest exerceri condictio indebiti, vt nec alia vlla actio sine lite, multo minus sine controuersia aliqua quæ litem semper præcedit *l. sed etsi 25. §. si ante supr. de hered. petit.* Ergo pactum quod adscribi solet in pariationibus, id est, in computationibus hinc inde ita factis, vt nihil debeatur vt in *l. Iulius Paulus 81. infrà de condict. & de-*

monstr l. Sticho 40. in fin. de statulib subiecta etiam mu... a sti ulatione Aquiliana in hunc modum, *ex hoc contractu nullam inter se controuersiam amplius esse* fieri non p test, vt in sui generalitate condictionem quoque indebiti non contineat, quasi ei renunciasse intellig tur is qui nullam aduersario controuersiam se amplius facturum promisit. Cùm enim possit quilibet fauori suo renunciare, & iuri pro se i troducto *l. si iudex 41. suprà de minor. l. penult. C. de pact.* quidni etiam cond ctioni indebiti renunciare pro arbitrio poterit, siue expressè, siue tacitè, is qui indebitum soluit?

Dec. Condictio indebiti non alij datur quàm ei qui per errorem & putans se debere soluit: alioqui donasse videtur non soluisse, si prudens & sciens soluerit, *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. 1. l. si deicommissum 62. & tot. hoc tit.* Atqui errantis nulla voluntas nullus consensus est *l. si quis per errorem 15. suprà de iurisdict. l. 2. in princip. suprà de iudic. l. nihil consensui 116. § vltim. de regulis iuris.* Implicat ergo contradictionem, vt qui soluendo indebitum acquirit sibi condictionem indebiti, cogitet de amittendo eius auxilio & beneficio, cùm acquiratur condictio soluenti extra id quod agitur, vt eleganter scriptum est in *l. si qui 13. in fin. infr. Commod.* Et qua erroris facilitate soluit indebitum, eâdem & condictioni indebiti renunciasse credendus esset. Quod tamen si apertis expressis que verbis fecisset, adiecta etiam clausula, quam Bartolus à notario additam supponit, *sciens se non debere*, vtique admitterem nullum condictioni locum superfore, at non propter renunciationis clausulam, vt vulgo nostri malè autumant, sed quia nec ab initio vlla vnquam competiisset ei, qui sciens indebitum soluisset, siue ea mente soluisset, vt postea repeteret, siue simpliciter *l. quod quis 50. supr. l. indebitum 9. C. eodem.* Stulta igitur hoc casu renunciatio est, & inutilis, tanquam facta iuris non competentis. Quinimò diceremus pactum hoc, quoniam haberet vim expressæ donationis, non aliter valere posse moribus nostris, quibus omnes omnino donationes cuiuscunque donationis, & quoquomodo factæ, dum ne fauore nuptiarum & in contractu matrimonij, egent insinuatione, quàm si fuerit insinuatum. Cùm tamen quod quis sciens indebitum simpliciter soluit, non eo magis repeti possit, quòd donatio, quæ per eiusmodi solutionem facta esse intelligitur, non fuerit insinuata. Insinuationem enim requirunt donationes expressæ, non quæ tacitè duntaxat factæ intelliguntur. Denique generale est, vt executiuæ clausulæ, id est, quæ in vltima contractus parte circa ipsius executionem apponuntur, nihil vnquam addant dispositiuis, sed potius ex natura principalis contractus interpretationem accipiant: quod optimè probare nostri solent ex hoc potissimum §. & ex *l. vltim. Cod. de non numer. pecun. l. si de certa 31. Cod. de transact. l. tres fratres 35. l. emptor 47. §. Lucius supr. de pact.* Tunc autem maximè hoc procedit, inquit Bartolus, quando ille qui huiusmodi generalibus clausulis niteretur, esset in dolo. Nunquam enim dolus incognitus remissus intelligitur, aut cùm error renunciantis proficisceretur ex testamento incognito vt in *l. vltim. Cod. de reb. credit. l. de his 6. supr. de transact. l. Lucius 78. §. vlt. inf. ad SC. Treb. l. vlt. §. vlt. de leg. 2.*

4 ¶ Lucius Titius Gaio Seio minori annis vigintiquinque pecuniam certam credidit, & ab eo aliquantum vsurarum nomine accepit, & Gaij Seij minoris heres aduersus Publium Mæuium à præside prouinciæ in integrum restitutus est, ne debitum hereditarium solueret, & nec quicquam de vsuris eiusdem sortis, quas Seius minor annis vigintiquinque exsoluerat, repetendis tractatum apud præsidem, aut ab eo pronũtiatum est. quæro, an vsuras, quas Gaius Seius minor annis vigintiquinque, quoad viueret, creditori exsoluerat, heres eius repetere possit? respondi secundum ea, quæ proponerentur, condici id, quod vsurarum nomine defunctus soluisset, non posse. Item quæro, si existimes repeti non posse, an ex alio debito heres retinere eas possit? respondi, ne hoc quidem.

Ad §. vlt. Lucius Titius.

Rat. dub. Fieri non potest, vt si sors principalis non debeatur, vsuræ sortis vllæ debeantur, quia sublato principali accessorium quoque tolli necesse est *l. eos 26. Cod. de vsur. l. cùm principalis 178. de regulis iuris.* Ergo posteaquam petita restitutione in integrum aduersus debitum sortis, pronunciatum est pro herede minoris sortem nullam deberi, consequens necessarium esse videtur, vt de vsuris quoque cognitum & pronunciatum intelligatur, debitas nullas fuisse ac proinde repetitioni earum quas minor quasi debitas soluerit, locum esse. Præsertim cùm terminato per sententiam principali negotio, nulla de vsuris aut fructibus lis superesse possit vel debeat, ne vnius litis finis alterius præbeat exordium *l. terminato 3. Cod. de fructibus & lit. expens. l. 4. Cod. deposit. l. qui per collusionem 49. §. 1. infrà de action. empt.* Adde quòd in integrum restitutionis proprium est, vt omnia reponat in pristinum statum, nec minus quantum ad vsuras & fructus, quam quod ad sortem ipsam aut fundum attinet *l. quòd si minor 24. §. restitutio l. patri 27. §. si pecuniam suprà de minor. l. vnic. Cod. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* Alioqui non esset plena restitutio, quæ non in omnibus subueniret, ac omnia in integrum restitueret, *l. 1. Cod. de sentent. pass. & restit.*

Dec. Vsuræ solutæ eius sortis quam constet debitam esse, non possunt esse indebitæ, quamuis neque per stipulationem adeóque nec nudo pacto promissæ sint *l. si non sortem 26. in princip.* vbi diximus *suprà hoc titu.* Naturaliter enim eas deberi satis agnoscit ille, qui soluit in vicem & remunerationem

rationem commodi quod ex alienæ pecuniæ gratuito vſu percipit *arg. l. cùm debitor 8. infr. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Atqui ponimus vſuras à minore ſolutas fuiſſe eius ſortis nomine, quæ verè debebatur. Omnis enim reſtitutio in integrū præſupponit obligationē ipſo iure tenere, contra quā reſtitutio poſtulatur. Alioqui nec egeret, nec vti poſſet reſtitutione is qui ipſo iure tutus eſſet, quia nunquā extraordinarium auxilium ei dandū eſt, cui ordinariū ſufficit *l. in cauſa 16. §. 1. ſup. de minor. l. ſi quidem 11. C. de præd. minor.* Cùm ergo debita ſors fuerit, vſuras quoq. eo nomine vltro ſolutas debitas quoq. fuiſſe dicendū eſt, non adhibita illa diſtinctione, quæ neceſſaria eſt, cùm de vſuris adhuc debitis necdum ſolutis, & ſeparato iudicio poſt litē de ſorte peractam petitis agitur, an in obligatione ſint, an tantùm in officio iudicis *d. l. qui per colluſionē §. 1. de action. empt. d. l. 4. Cod. depoſ. & d. l. terminato:* quia poſtquàm ſolutæ ſunt, nullus de earum petitione, & an debeantur, tractandi locus ſupereſt, ſed tantùm de earum repetitione an reſtitui debeāt, quaſi nullo iure perceptæ. Atqui ſolutio ſpontanea facit eſſe debitas, quæ alioquin eſſent omnino indebitæ: nec reſtitutio in integrum quæ ex poſtfacto facit ſortem indebitam, cuius tanquam debitæ nomine vſuræ ſolutæ fuerant, ad vſuras porrigi poteſt, quarum ſolutio per ſe tenuit ab initio & de quibus in iudicio reſtitutionis in integrum nihil tractatū fuiſſe proponitur, & ſententiæ omnes etiam quæ de reſtitutione in integrum latæ ſunt, adeò ſtricti iuris eſſe intelliguntur, vt nunquam per interpretationem extendi debeant vltra id quod ſententiæ verbis diſertè comprehenſum eſt, nec ad alia referri quàm quæ in iudicio acta & tractata ſunt *l. 1. & 2. C. de fideiuſſ. minor.* Planè dubitandum non eſt, quin potuerit minoris heres ſicut & minor ipſe reſtitui in integrum aduerſus vſurarum ſolutionem, quia de omni eo quod à minore geſtum eſt, ſi modò læſus ſit, reſtitutionem in integrum petere, & minor ipſe & minoris heres quilibet poteſt *l. 1. l. ait prætor 7. in princip. ſupr. de minor. iunct. l. non ſolùm 6. de in integr reſtit.* Nec ſanè raro eſt contingere, vt ratione ſortis minor læſus fuerit, & reſtituendus quin vſurarum quoque nomine idem beneficium & auxilium mereatur. Sed aliud eſt, reſtitutionem in integrum etiam pro vſuris ſolutis petere potuiſſe, aliud verò petiiſſe: quemadmodum ſuprà diximus ad *l. qui ob rem 35. hoc tit.* aliud eſſe quem habere exceptionem, aliud verò habere poſſe: Sic & debitori qui non ſoluit, prodeſſe debere quod creditori ſuo ſatisfecerit, ſed non prodeſſe quod ſatisfacere velit *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* An ergo poterit heres minoris poſt finitum de ſorte principali iudicium reſtitutionis in integrum, pro vſuris quoque tanquam indebitè ſolutis petere reſtitutionem? Ita putant Accurſius & Bartolus, nec malè, cùm alia res futura ſit, quæ in poſterius iudicium deducetur, nec tantùm ſi minor aliquid promiſerit, polliceatur ei prætor in integrum reſtitutionem, ſed etiamſi ſoluerit aut quid aliud omnino geſſerit *d. l. ait prætor in princip.* Et quāuis non poſſet tractari de in integrum reſtitutione ratione vſurarū, quin retractanda eſſet quæſtio de in integrum reſtitutione petita, & iā iudicata ſortis nomine, non poſſet tamen ea res poſteriorem quæſtionem impedire prætextu exceptionis rei iudicatæ, quia euidenter iniquum eſſet, ei nocere exceptionem rei iudicatæ pro quo iudicatum eſſet *l. euidenter 16. infr. de except. rei iudic.* Cúmque in integrū reſtitutione minorū omnia expediantur cognitione prætoria non iure alicuius actionis *d. l. quòd ſi minor. 24. §. vlt. ſupr. de minor.* abſurdum eſt quærere, an ſuperſit aliqua actio, cui officium iudicis mercenarium, vt noſtri loquuntur, ſubſeruire poſſit néene *de quo in l. qui per colluſionem 9. §. 1. de act. empt.* Idque eſt fortaſſe quod Accurſius & Bartolus de officio iudicis nobili hîc tractant, etſi tota illa diſtinctio de iudicis officio nobili & mercenario tanquam commentitia nobis numquam placuit, & ſæpius à nobis reprobata eſt. Cæterùm reſtitutionem in integrum ex hac cauſa peti omnino neceſſe eſt, vt hîc Scæuola reſpondit, neq. ſimile eſt quod ſcribitur in *l. quod in diem 7. §. ſi rationem infr. de compenſat.* etiam petitionem illam cuius ratio in priore iudicio habita nō eſt, in poſteriore moueri poſſe, quoties in priore nihil de ea diffinitiuè pronunciatum eſt. Id enim tum obtinet cū res debita petitur. Vſuræ autē de quib. tractamus omnino indebitæ ſunt, niſi petita priùs in integrū reſtitutione, per quam pronuncietur reſtitui eas debere. Quid enim ſi cōtrà pronunciaretur nō debere reſtitui, ſiuè per ſordes, ſiue per imperitiam, aut quoquomodo per iniuriam iudicis id factum eſſet? Iudicij enim euentus ſemper dubius & incertus eſt *l. poſthumus 6. §. 1. ſupr. de inoff. teſtam. l. quod debetur 51. infr. de pecul.* Ideóque debitum dici nullomodo poteſt quod non niſi petita priùs in integrum reſtitutione peti poteſt, cum nec ſufficiat peti eam niſi concedatur. Quare ad rem non pertinet ſi quis obiiciat debitum hoc vſurarum factum eſſe indebitū per reſtitutionem in integrum pro ſorte petitā, & iā incipere eſſe ſine cauſa penes creditorem, penes quē fuerant anteà ex iuſta cauſa, quod ſufficit ad inducendam cōdictionem, ſi non indebiti, ſaltē ſine cauſa *l. 1. §. vlt. infr. tit. prox.* Eſt enim ei condictioni locus quoties cauſa redit ad nō cauſam. Reſpondemus enim nō ita in hac ſpecie contingere, quia etiā poſt obtentā de ſorte reſtitutionē in integrū remanent nihilominus vſuræ benè ſolutæ quandiu earū quoq; nomine petita & cōceſſa reſtitutio nō eſt. Poteſt quidem cauſa propter quā vſuræ benè ſolutæ ſunt, redire ad nō cauſam, ſcilicet ſi etiam earum nomine reſtitutio in integrū petatur & concedatur. Sed aliud eſt redire poſſe ad nō cauſam, aliud verò iam rediiſſe, vt diximus. Eadē ratio facit, vt neq. cōpenſari poſſint vſuræ iſtæ cum eo quod viciſſim à minoris herede creditori debeatur. Etſi enim id quoque quod naturaliter tantùm debetur, in cōpenſationem venire poteſt, perinde atque quod debetur ciuiliter *l. etiam 6. infr. de compenſat.* falſum tamen eſt naturaliter debitum iā eſſe, quod per in integrum reſtitutionem peti poteſt, quouſque petita & conceſſa ſit reſtitutio, quia vtrum concedenda ſit, nécne, in cauſæ cognitione poſitū eſt, cuius euentus ſiue ob probationum incertitudinem, ſiue ob iudiciorum aleam, non niſi dubius & incertus eſſe poteſt. Idque eſt quod in vltima huius reſponſi parte Scæuola reſpondit, ſi ex alio debito eas vſuras retinere minoris heres velit, iure ſcilicet compenſationis, ne hoc quidem ei permittendum eſſe. Prius enim eſt, vt eas ſibi vel naturaliter, vel ciuiliter debitas eſſe doceat (quod tamen niſi petita priùs obtentáque in integrum reſtitutione facere non poteſt) quàm vt eas vel petere poſſit, vel compenſare: nam & qui compenſat hoc ipſo quodammodo petit *l. amplius 15. infr. Rat. rem haber.*

DE CONDICTIONE SINE CAVSA,

TIT. VII.

29. VLPIANVS libro 43. ad Sabinum.

EST & hæc species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel soluerit quid indebitum. qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit: sed ipsam obligationem.

Ad leg. 1.

RAT. DVB. Videtur hæc condictio sine causa esse genus quoddam generalissimum condictionum omnium, potiùs quàm certa quædam species à cæteris distincta, cùm sub se comprehendat cæteras condictiones omnes tanquam genus suas species, quandoquidem cum omnibus concurrit, vt ex singularum enumeratione docet hîc Accursius. Concurrit enim cum condictione indebiti, de qua diximus *Tit. superiore, leg. hac condictio 66. ill. tit.* Item cum condictione tam certi si certum petatur, quod penes alium sit sine causa, quàm incerti si incertum, puta si quis promiserit aliquid sine causa, vt condicenda sit liberatio, quemadmodum in hac lege scriptum est *iunct. leg. certi 9. supr. de reb. credit.* Item cum condictione ob causam *§. sed si ob causam & sequen. hac ipsa lege.* Item cum condictione ob turpem, vel iniustam causam *§. final. infr. leg. perpetuo 6. supr. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* Denique cum condictione furtiua, si fortè fur, aut prædo fructus aliquos ex re furtiua, vel vi ablata perceperit. Nam & condictione furtiua tenetur, cùm eorum fructum fecerit *leg. in re furtiua 8. §. vltim. infr. tit. prox. leg. si seruus 61. §. locaui infr. de furt.* & condictione sine causa, cùm eos sine causa retineat *leg. pen. Cod. hoc tit. de condict. ex leg. & sin. caus.* nempe si consumpti sint, vt iam eos vindicare dominus non possit: alioqui aut vindicandi sunt, aut condicendi condictione furtiua, quæ sola cum vindicatione potest concurrere *§. sic itaque Instit. de act.* non autem condictio sine causa quæ, cum vindicatione numquam concurrit *leg. vltim. supr. vsufruct. quemad. caueat.* Ergo debuit Vlpianus hîc scribere, condictionem sine causa, esse genus potiùs, quàm speciem condictionis. DEC. Condictio sine causa non potest dici genus, nec generalissimum, nec medium, quia non prædicatur tanquam genus de cæteris condictionibus, tanquam de suis speciebus. Ne quidem de iis cum quibus concurrit, sed de ea prædicatur condictio sumpta in genere, illa autem adiectio *sine causa*, dicit essentialem differentiam à qua sumit propriam denominationem. Benè igitur Vlpianus scribit, esse hanc speciem condictionis, non enim ob id minùs species est, quòd sit generalissima, vt Accursius noster loquitur, & cum cæteris quoque speciebus condictionis concurrat. Et prætereà non semper concurrit cum aliqua ex cæteris, sed aliquando sola per se locum habet, vt diximus ad *d. l. hac condictio 66. supr. tit. prox.* & habet quædam specialia, quale illud est, vt detur etiam ex contractibus nominatis, quoties non concurrit cum condictione, ob causam dati causa non secuta vt in *leg. prox. infr.* Quòd in condictione ob causam dati causa non secuta diuersum est, quæ numquam datur ex contractu nominato, ne in eo fiat locus pœnitentiæ *leg. si pecuniam 5. & leg. vltim.* vbi diximus *supr. de condict. ob caus. dat.* Ergo siue quis sine causa promiserit, siue etiam sine causa indebitum soluerit, & condictioni indebiti locus esse poterit, & condictioni sine causa, sed cum hac tamen differentia quantum ad hanc & illam condictionem, quod qui aliquid sine causa soluit, condicit eam ipsam quantitatem aliámve rem quam soluit, qui verò promisit duntaxat, non potest condicere quantitatem quam non dedit, (quamuis interdum possit fieri, vt condicatur etiam non data quantitas, si tale quid datum fuerit, quod in pecuniam verti necesse sit, vt monet hîc Accursius ex *l. si non sortem 26. §. libertus supr. tit. prox.*) sed tantùm ipsam obligationem: quomodo Vlpianus hîc loquitur, vt liberatio sequatur *leg. 3. infr.* Cuius tamen sententia malè ab interpretibus nostris post Accursium sic accepta est, quasi Vlpianus differentiam his verbis voluerit ponere inter condictionem indebiti & condictioné sine causa, vt pro data quantitate competat quidem condictio indebiti, sed pro quantitaté promissa, competat condictio tantùm sine causa. Quod certè non ita est, ponit enim Vlpianus differentiam duntaxat inter quantitaté solutam & promissam, quòd licèt pro vtraq. locũ habeat duplex condictio indebiti & sine causa, aliter tamen atq. aliter vtraq. exercetur, si quantitas data, vel promissa sit. Ná quantitate indebitè soluta datur & condictio indebiti & sine causa ad quantitaté ipsam: quæ tamen si tantùm promissa sit, datur vtraq. nõ ad quantitatem, quæ data non est, sed

ad ipsam obligationem. Error autem hic Accursij ex alio eoque perpetuo eiusdem errore fluxit, quo existimat separandam semper esse condictionem indebiti à condictione incerti, quasi condictio indebiti incerti nulla esse possit. Cùm tamen verissimum sit, quod sæpius docuimus ad Tit. præcedentem, esse duplicem condictionem indebiti, vnam certi si certum quid indebitè solutum sit, aliam incerti si quid incertum cuiusmodi sunt obligationes omnes, & cætera quæ in genere & iure, non in specie consistunt, itém que ea quæ in facto *l. sed etsi me putem 22. §. 1. l. qui exceptionem 40. §. si pars supr. tit. prox. l. quod si nulla 60. de legat. 1.* Itaque quoties de obligatione, aut quod effectu idem est, de liberatione condicenda quæritur, quæ vtraque iuris est, incerti quidem condictione agere promissor debet ad liberationem *l. 3. infr. hoc tit.* Sed tamen condictione incerti indebiti si id promissor malit, non minùs quàm incerti sine causa. Et hic loci huius manifestus sensus est, in quo dat Vlpianus vtramque condictionē, & indebiti & sine causa non minùs pro quantitate promissa, quàm pro soluta. Nec leuior eiusdem Accursij error in eo est, quod putat nihilominus dari condictionem certi ad liberationem, & tum quoq; cùm agitur ad interesse. Quod est ridiculum, sicut enim id quod interest semper incertum est *l. vltim. infr. de prætor. stipulat.* ita nec fieri potest, vt incerti actione vmquam petatur, sed semper incerti, vt pluribus docui ad *d. l. certi condictio*, & alibi sæpe.

1 ¶ Sed etsi ob causam promisit, causa tamen secuta non est: dicendum est, condictionem locum habere.

Ad §. 1. Sed etsi ob causam.

RAT. DVB. Non sunt multiplicandæ actiones sine causa, vt neque entia inquiunt philosophi, *l. 1. supr. de public. in rem action. l. in naue Saufeij 31. infr. locat.* Atqui cùm datum aliquid est ob causam, quæ secuta non fuit, competit haud dubiè condictio, quæ in eam rem specialiter comparata est, diciturque condictio ob causam dati causa non secuta de qua in *Tit. 4. supr.* Ergo nil necesse est in hoc eodem casu inducere condictionem sine causa: præsertim cùm alio atque alio iure vtraque condictio censeatur: nam condictio quidem sine causa competit ex contractu etiam nominato *l. prox. inf.* At non itē condictio ob causam dati causa non secuta *l. si pecuniam 5. supr. ill. tit. de condict. caus. dat. caus. non secut.* & diximus proximè ad initium huius legis. DEC. Nihil vetat in vno eodémque casu plures actiones competere, vt eligendi arbitrium actor habeat, qua potius actione experiri malit *l. quod in herede 9. §. 1. infr. de tribut act. l. cùm filius 76. §. varijs de legat. 2.* Est enim aliquando commodius vna agere quàm alia, pro diuersitate personarum, aut extremorum, vt pragmatici vocant in vnaquaque actione probandorum *§. cæterùm Instit. quod cum eo* Est autem aliquando commodius agere condictione ob causam dati, quàm sine causa, vt puta, si is qui rem suā dedit, vt aliquid sequeretur malit re adhuc integra id repetere quod dedit, quàm id fieri & sequi propter quod dedit, siue pœnitentia motus siue quā alia ratione *d. l. si pecuniam.* Quisquis enim agit condictione sine causa in potestate & arbitrio aduersarij relinquere videtur, an ex parte sua velit implere: implendo siquidem faceret, vt iam non posset dici penes eum esse sine causa, id quod accepisset: at non similiter is qui agit condictione ob causam dati causa non secuta. Sufficit enim ei ad victoriam, vt probet causam nondum esse secutam, licèt paratus sit aduersarius facere, vt sequatur: quia nomen ipsum actionis respicit tempus præteritum, cùm è contrario nomen condictionis sine causa ad nullum tempus certum restricta admittat quandocunque implementum, quandiu dati restitutio facta non est. Non ergo fuit impedienda condictio ob causam dati causa non secuta, propter condictionem sine causa, neque rursus hæc propter illam, sed vtraque si non semper & omni casu prorsus necessaria, vtilis tamen aliquo casu esse potest. Sic & in condictione cautionis ante biennium vtraque condictio locum habet, quia nulla numeratione secuta verum est, & non esse rem secutam ob quam emissa cautio fuerat, & ideo esse instrumentum cautionis sine causa, penes eum cui non fuerat traditum nisi spe futuræ numerationis *l. vlt. C. hoc tit. de condict. ex leg. & sin. caus.*

2 Siue autem ab initio sine causa promissum est: siue fuit causa promittendi, quæ finita est, vel secuta non est: dicendum est, condictioni locum fore.

Ad §. 2. Siue autem ab initio.

RAT. DVB. In contractibus & obligationibus omnibus initium duntaxat spectandum est, nō progressus, aut exitus negotij *l. si tantùm 12. infr. de SC. Maced. l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l. 1. §. si seruus deposuit 30. infr. depos. l. 3. §. scio in fin supr. de minor.* Ergo & in condictione sine causa dicendum est, spectandum esse initium, vt si ab initio iusta fuerit aliqua causa promittendi, licèt eo finita sit, aut non secuta condictio tamen sine causa locum habere non possit, quia verum sit causam non defuisse. DEC. Nihil refert, vtrum ab initio sine causa datum quid vel promissum sit, an verò causa propter quam datum est, vel non secuta sit, vel iam finita *l. 4. infr.* quia vtroque casu idem rei effectus est, qui semper attendi debet *l. 1. §. supr. quod quisq; iur. l. pen. §. docere* & eo per quem factum erit *l. debitor 59. vers. videamus inf. ad SC. Trebell.* Et semper verum est nihil præstitum esse ex parte eius qui ab alio quid acceperat, vt vicissim daret aliquid vel præstaret. Proinde nullam potest iustam habere causam id retinendi, quod ob eam causam datum ei fuerat: & consequenter condictione sine causa eum teneri dicendum est. Cui conuenit, quod plerique prudentum veterum pro regula iuris habuerunt, irrita fieri ea quæ ad eum casum peruenerunt, à quo incipere non potuerunt *leg. quia in eum casum 16. supr. ad leg. Aquil. leg. debitor 82. de leg. 2. leg. existimo 98. de verb. oblig.* Quasi nihil intersit, an aliquid ab initio sit tale, an verò ex postfacto deueniat ad tale, vt Bartolus loquitur ad *d. l. 4. infr. l. iuris gentium 7. §. sin autem supr. de pact.* Quamquam non placuit omnibus antiquis ea regula, præsertim Papiniano, vt constat ex *l. verbis 5. infr. ad leg. falcid. §. ex contrario Instit. de legat. d. d. leg. existimo leg. in ambiguis 85. §. 1. de regul. iur.* Nec tamen ad rem pertinebit, si quis ex eodem Papiniano obijciat, quod scriptum est in *leg. cùm filius*

76. §. *heres meus delegat.* 2. non videri in totum esse falsum quod veritatis primordio adiuuatur. Ibi enim tractat Papinianus de actione ex testamento nouata per stipulationem interpositam legati nomine, & ait posse non prorsus falsò dici debitum adhuc ex testamento: quod post factã nouationem ex cautionali stipulatione debetur: nempe quia stipulationibus omnibus cautionalibus illud commune est, vt earum actionum quas nouant, naturam induant & vicem repræsentent *l.1.§.1.de prætor. stipulat* vt scripsi pluribus *lib.3.Coniect.cap.1.* Itaque inspecto rei effectu semper verum est, legatum testamento relictum & in stipulationem deductum deberi. Parúmque interest, an quod ad extrinsecam denominationem dicatur, adhuc deberi ex testamento an ex stipulatione, quamuis verum sit post factam nouationem deberi iam ex sola stipulatione, quod anteà ex testamento debebatur *leg.si Stichum 8.§.1. de nouat. l.1.§.si sub condicione infr. Vt legat.seruand.caus.caueat.* In proposito autem quod fuerat debitum ob illam causam, postea desinit omnino deberi, cùm causa vel finita est, vel non secuta. Idque est quod ait Bartolus in specie *d.§. heres meus.* finem negotij compatibilem esse cum suo principio, in specie autem huius §. non ita esse.

3 ¶ Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum peruenit, vel redit ad non iustam causam.

Ad §. vlt. Constat.

Eadem ferè dubitandi, & decidendi ratio est ad hunc §. quæ ad superiorem. Nam cùm dicimus, posse condictione sine causa condici alicui, quod ad eum sine causa peruenit, initium rei inspicimus, cùm verò dicimus eâdem condictione posse condici etiam id quod rediit ad non iustam causam, effectum & exitum rei magis significamus, qui semper attendi potissimum debet, vt proximè diximus. Non autem quemadmodum id quod ab initio, ex iusta aliqua causa datum vel promissum fuit, potest facilè ex postfacto redire ad non causam ita è contrario quod ab initio sine causa datum vel promissum fuit, redire potest ad iustam causam, quæ nulla vnquam fuit. Redire enim nihil potest ad id à quo nunquam abscessit. *l.filio 21. de liber. & posthum. l.si vnus 27. §. pactus ne peteret in fin. supr.de pact.* At causa quælibet ideò facilè potest redire ad non causam, quia vnaquæque res incipit à suo primo *non esse*, & à suo esse ad primum illud non esse facilè reuertitur. Obserua tamen aliud esse, si quis dicat causam rediisse ad non causam, aliud verò si quis dicat posse redire. Vt enim condictio hæc sine causa locum habeat, non sufficit causam posse redire ad non causam, sed illud omnino requiritur, vt iam redierit. *l.vltim.§.vlt.supr.tit. prox.* vbi diximus.

2. IDEM libro 32. ad Edictum.

SI fullo vestimenta lauanda conduxerit: deinde amissis eis, domino pretium ex locato conuentus præstiterit, posteáque dominus inuenerit vestimenta: qua actione debeat consequi pretiũ, quod dedit? & ait Cassius, eum non solùm ex conducto agere, verùm & condicere domino posse. ego puto, ex conducto omnimodo eum habere actionem. an autem & condicere possit, quæsitum est, quia non indebitum dedit? nisi fortè, quasi sine causa [a] ei datum sit, putamus condici posse. etenim, vestimentis inuentis, quasi sine causa datum videtur.

Ad l. Si fullo 2.

RAT. DVB. Quod ex causa iudicati solutum est, nunquam per condictionem repetitur propter rei iudicatæ authoritatem quæ semper & in omnibus salua esse debet, tum quoque cùm per sordes, aut imperitiam, aliámve iniuriam iudicis malè iudicatum est, vt dixi ad *l.seruo manumisso 58.supr.Tit. prox.* ex *l 1.C.eod.tit.de condict.indeb.l.si fideiussor 29.§ in omnibus infr.mandat.l.seruo 65.§.cùm prætor infr.ad SC. Trebell.* Nec est quod cum Accursio distinguas hac parte condictionem indebiti à condictione sine causa, quasi per hanc potiùs quàm per illam venire quis possit contra rem iudicatam. nam vt benè côtra Accursium disputat Bartolus, nulla vnquam actio dari potest, vt neque exceptio per quam liceat condemnato impugnare iudicatum, nec proinde hic in re nostra priuilegiũ habere potest condictio sine causa, quàm condictio indebiti. Neque rursus dicere possis cum eodem Accursio, conuentum in hac lege fullonem extra iudicium, non autem in iudicio ad excludendam côdemnationem. cùm enim Vlpianus ponat conuentum eum actione ex locato, intelligit proculdubio conuentum esse in iudicio, nec enim quisquam actione aliqua extra iudicium conueniri potest: Quanquam non statim consequens est, vt secuta sit condemnatio, cùm possit quis conuentus per iudicem soluere non expectata condemnatione quo casu dicimus omnia iudicia esse absolutoria *§. vlt. Instit de perpet. & tempor. action.* Sed pauci sunt qui se in iudicio conueniri patiantur, qui non etiam patiantur se condemnari. Et ideò cùm legimus conuentum aliquem in iudicio posteà soluisse, & præstitisse quod petebatur, in dubio præsumendum est soluisse ex condemnatione vt in *l.rem mihi 21. infr. commod.* Ergo si fullo vestimenta lauanda conduxerit, deinde amissis his conuentus actione ex locato, & condemnatus precium domino præstiterit, non est quærendum qua actione repeti possit precium quod ex sententia & condemnatione solutum est. De condictione autem multo minùs dubitari potest, quin non competat, cùm fuerit omnimodo debitum precium quod à fullone solutum est post amissionem vestimentorum, quæ lauanda conduxerat. obligatus enim erat ex contractu, nulla etiam secuta condemnatione, vt vestimenta redderet, quibus amissis non poterat recusare, vt saltem pro vestimentis precium eorum solueret. Proinde nec sine causa videri potest preciũ illud vestimentorũ ad dominum peruenisse, vt condictione sine causa potiùs quàm indebiti possit illud repetere. DEC.

Nihil

Nihil interest an ab initio datum aliquid sit sine causa, an ex postfacto causa illa finita sit §. *vlt. l. prox. supr. & l. 4. infr. hoc tit.* In proposita verò specie licet iusta causa fuerit dandi à fullone precij vestimentorum, quæ ille & lauanda conduxerat, & culpa sua amiserat (alioqui non teneretur ex locato, si non leuem saltem culpam contraxisset *l. si vt certo. 5. §. nunc videndum infr. Commod. l. contractus 23. de regul. iur.*) causa tamen illa dandi finita est, à quo tempore vestimenta illa reperta sunt & apud dominum esse cœperunt, ne & rem & precium habeat, vt ait Accursius ex *l. elegaiter 23. §. si quis post transactionem supr. tit. prox.* cùm alia dandi precij causa nulla fuerit, quàm amissio vestimẽtorum, & ne dominus re sua simúlque precio carere cogeretur. Ergo æquum est dominum reddere fulloni precium non tantùm actione ex conducto, quæ cùm sit bonæ fidei, datur ad omnia quæ aut ex illo cõtractu, aut in cõsequẽtiã contractus ex bona fide præstari necesse est. *§. in bona fidei Instit. de action.* etiã de quib. nec dictũ quicquã, nec cogitatũ est *l. in bonæ fidei 8. inf. de eo quod cert. loc.* Sed etiam condictione nõ quidẽ indebiti, quia negari non potest, quin solutionis tempore debitum fuerit, sed sine causa, quæ in eo maximè differt à condictione indebiti: quoties de iure debiti pronunciatum est, quòd quisquis vult solutum cõdicere hoc ipso impugnat iudicatum, quandoquidem indebitum esse contendit quod iudex deberi pronunciauit. At is qui condictionem sine causa exercet, non dicit indebitum fuisse solutionis tempore quod vnicum in condictione indebiti præcisè spectandum est, sed hoc tantùm contendit, esse rẽ hodie sine causa penes eum qui conuenitur, siue quòd causa dandi ab initio nulla fuerit, siue redierit ad non causam vt in *d. l. 1. §. vlt. supr. l. 4. infr. l. 2. §. pen. ad leg. Rhod. de iact. l. sed addes 19. §. si quis cùm infr. locat. l. 2. C. de re iudic.* quod vtique verum esse potest, etiamsi & iudicati & solutionis tempore fuerit verè debita, vt in huius legis exemplo manifestissimè apparet. Deniq; condictio indebiti respicit tempus præteritum factæ solutionis, condictio autem sine causa tempus præsens propositæ actionis. Nihil ergo prohibet etiam post rem de precio soluendo iudicatam dari actionem fulloni ad condictionem pretij per huiusmodi condictionem sine causa, tanquam quæ nullomodo iudicatum impugnet non magis quàm actio ex conducto, per quam similiter precium repeti posse diximus, aut contrarium iudicium commodati in specie *d. l. rem mihi 21. infr. ill. Tit. commod.* aut exceptiones pleræque, quas dicimus opponi posse etiam post sententiam & in executione iudicati, quando scilicet tales sunt, vt non impugnent iudicatum: cuiusmodi sunt exceptiones solutionis, compensationis, ne quis supra id quod facere potest, conueniatur si sit ex iis personis quæ tale habent priuilegium, & aliæ si quæ sunt similes *l. si cùm militi 16. §. 1. infr. de compensat. l. Nesennius 41. §. vlt. l. & exheredatum 49. infr. de re iudic.* Liberum tamen est cuilibet, vt pro arbitrio dicat in hac specie condemnationem interuenisse aut non interuenisse, cùm vtroque casu perinde futurum sit, vt condictio sine causa locum habeat, condictio autem indebiti denegetur. Vlpiani tamen verba magis suadere videntur, non fuisse aliquam condemnationem secutam: alioqui non prætermisisset ille rationem istam denegandæ condictionis indebiti, quòd res esset iudicata *dict. leg. 1. Cod. de condict. indeb.* Nisi fortè verendum putabat, ne quis ex eo inferret, condictionem igitur sine causa dari posse etiam contra rem iudicatam: quod certè falsum est, nec bona esset collectio, cùm sufficiat differre condictionem sine causa à condictione indebiti, quòd condictio indebiti numquam datur post rem iudicatam, quia non posset eo tempore dari quin iudicatum impugnaret, vt ostendimus: at condictio sine causa dari potest, etiam post rem iudicatam, dum ne contra. Maior tamen dubitandi ratio esse videbatur, propter quam dari non deberet condictio sine causa, nempe quòd sit illa subsidiaria, & ex bono & æquo duntaxat introducta, vt cæteræ condictiones omnes, quæ non ex contractu nascuntur *l. hac condictio 66.* vbi diximus *supr. Tit. prox.* ideóque nec danda sit, quoties competit alia actio ex contractu per quam actor ad suum commodum peruenire possit *l. qui inuicem 30. supr. eod. ill. tit. prox.* Atqui competit hîc fulloni actio ex conducto, vt precium quod dedit restituatur, sicut & in specie *d. l. rem mihi*, contrarium iudicium commodati & actio item ex conducto in specie *d. l. sed addes 19. §. si quis cùm in annum infr. locat.* Respondet Bart. aliud hac parte iuris esse in condictione indebiti, aliud verò in condictione sine causa, nec tamen vllam adfert rationem diuersitatis, ideóque statim subiicit verius esse, vt dicamus actiones istas competere ad diuersa: condictionem enim dari præcisè ad restitutionem soluti precij, actionem verò ex contractu alternatiuè ad hoc, vt vel reddatur res vel æstimatio. *arg. l. in commodato 18. §. vlt. infr. commod.* quod ego satis verè dici arbitror, nec enim certè condictio danda esset ad id ipsum præcisè ad quod posset actio ex contractu competere *l. vlt.* vbi diximus *supr. de condict. ob turp. caus.*

a *Nisi fortè quasi sine causa.* RAT. DVB. Videbatur fullo vestimenta, quæ amiserat, emisse dando eorum æstimationem domino, cùm litis æstimatio facere soleat emptionem *l. 2. infr. pro emptor.* ideóque dandam ei esse actionem, non modò personalem, siue ex contractu, siue condictio illa sit, sed vtilem in rem actionem, & Publicianam, dummodò culpa tantùm non etiam dolo & fraude vestimenta amiserit *l. eius rei 46. l. si culpa 63. l. is qui dolo 69. & seq. supr. de rei vindic.* vbi diximus. aut saltem quasi emptori nominis videbatur dandas esse contra dominum vtiles actiones *dict. leg. si culpa.* Plus enim cautionis est in re, quàm in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Videntúrque vestimenta abesse domino post solutam æstimationem, non tam ex causa prioris contractus, quàm ex noua causa æstimatæ litis & præstitæ æstimationis *l. si seruus 21. §. 1. versic. & ideò in fin. infr. de euict.* DEC. Multum interest, an precium præstetur tanquam precium ipsius rei petitæ, an verò tanquam precium culpæ quæ causam præbeat actioni, vt post Hugonem, & Iacobum Butrigarium, subtiliter distinguit Bartolus: soluta enim æstimatio rei acquirit dominiũ soluenti, sed nõ similiter æstimatio culpæ. Atqui cùm ex cõtractu & ob culpã suam conuenitur à me is qui causam à me habuit, vt fullo in specie huius legis, & cõmodatarius in *d. l. rem mihi 21. infr. commodat.* conueniuntur proculdubio ratione culpæ non ratione rei quã nõ possident, quia eã amiserunt: nõ ergo possunt rei dominium sibi acquirere per solutionẽ æstimationis, sed tãtùm personalem actionem per quã precium quod soluerũt repetant ab eo qui nũc rem ipsam habeat, pro qua-

precium solutum fuerat. Quod longè diuersum est in eo, qui non ex contractu aliquo conuentus, sed tanquam rei possessor æstimationem præstat, vt eximat se à vindicatione, dominúmque à petitione sua summoueat. Summoto enim domino nulla fit ei iniuria, si dominium quod eius fuerat, in possessorem transferatur soluta æstimatione quasi cōtracta emptione: at fieret iniuria domino, & commodatori, si ob acceptam æstimationem culpæ ab eo, qui ex contractu tenebatur, amitteret rei suæ dominium, de quo in illa actione non tractabatur: neque enim agebat tanquam dominus, sed quia fulloni vestimenta lauanda locauerat, aut alij rem commodauerat, perinde acturus etiamsi aliena vestimenta aut lauanda locasset, aut commodasset. Quo tamen casu nemo diceret, acquisitum ei fuisse ex solutione precij dominium rei alienæ, aut dandam illi vtilem Publicianam ob precium ei solutum, qui dominus non fuisset. Simile est quod in depositi, locati, & commodati iudicio, quamquam dolo aduersarij res absit, tamen condemnato succurri solet, vt ei actionibus suis dominus cedat *l. in depositi 12. infr. de rei indic.* quod diuersum est in eo, qui dolo malo rem alienam possidet, aut dolo desiit possidere *d. l. is qui dolo 69. & seq. supr. de rei vindicat.* Is enim ex rapina & improbitate sua actionem sibi acquireret, vt scriptum est in *l. nec quasi 70. eod.* quod esse non debet *l. itaque fullo 12. §. 1. inf. de furt.* at in specie *d. l. in depositi* acquirit sibi actionem beneficio cessionis depositarius, conductor & commodatarius, non ex sua improbitate, sed ex suo contractu, licèt per improbitatem ipsius fiat, vt ex suo contractu cōueniatur. Et ita leges supradictæ quæ alioqui maximè pugnare inuicem videntur, conciliandæ sunt, non quomodo ab interpretibus nostris, quorum plerique id quod scriptum est in *d. l. is qui dolo* referunt ad ius strictum, quod verò in *d. l. in depositi*, ad æquitatem. De lauandis à fullone instrumentis & quo ordine, quóque modo fieri id deberet, præscripsit lex Metella, adeò fuerunt curæ omnia vel minima veteribus Romanis, vt ex Plinio, Cuiacio & Scaligero notat hîc doctissimus & diligentissimus Gothofredus.

3. IVLIANVS libro 8. Digestorum.

QVi sine causa obligantur, incerti condictione [a] consequi possunt, vt liberentur. nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat [b], an maiorem, quàm suscipere eum oportuerit. nisi quòd aliàs condictione id agitur vt omni obligatione liberetur: aliàs, vt exoneretur, veluti qui decem promisit. nam siquidem nullam causam promittendi habuit: incerti condictione consequitur, vt tota stipulatio acceptò fiat. ac si cùm quinque promittere deberet, decem promisit: incerti condictione consequetur, vt in quinque liberetur.

Ad l. Qui sine 3.

RAT. DVB. Obligatio facta sine causa videtur nullius esse momenti ipso iure, vt Bartolus hîc tractat, ex *l. cùm de indebito 25. §. vlt. infr. de probat.* Sunt enim omnes obligationes ad hoc comparatæ, vt sibi vnusquisque acquirat, quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Nihil autem interest eius qui acquirendi causam nullam habet: aut si quis contra Bartolum velit defendere, quod verius est, tenere ipso iure obligationem etiam quæ facta sit sine causa, certum tamen est, posse eum qui ex eiusmodi obligatione & stipulatione agit, doli mali exceptione summoueri, quia licet ab initio nihil dolo malo fecerit, nunc tamen facit cùm perseuerat, ex ea stipulatione petere *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* Quid ergo necesse est ei qui sine causa promisit, dari condictionem incerti sine causa, vt liberetur, cùm possis tutus esse exceptione doli quoties conuenietur, præsertim cùm melius sit rei partes sustinere, quàm actoris *l. fauorabiliores 125. de regul. iur.* Nec simile est si quis obiiciat, eum qui exceptionem habeat non numeratæ pecuniæ, non eo minùs actionem quoque habere, per quam cōqueratur de pecunia non numerata si vltro agere malit, quàm expectare, vt cōueniatur *l. si quasi 7. & seq. leg. in contractibus 14. in princip. C. de non numer. pecun. l. vlt. Cod. hoc tit. de condict. ex leg. & sin. caus.* Ita enim ius constitui in illa specie necesse fuit, quia exceptio non numeratæ pecuniæ semper temporalis fuit, & olim quinquennio concludebatur, hodie biennio *dict. l. in contractibus.* Non est autem in potestate illius cui competit exceptio non numeratæ pecuniæ vt intra quinquennium, vel biennium conueniatur *l. petenda 6. C. de tempor. in integr. restit.* Ergo ne esset in potestate improbi creditoris adimere illi exceptionē, dilata in lōgius tempus actione, æquissimū fuit dari ei actionem æquè temporalē de nō numerata pecunia, vt querelā suā quam iure exceptionis deferre nō poterat, antè quàm cōueniretur, deferret iure actionis. At doli mali exceptio quā in hac specie competere diximus, non similiter temporalis est, sed perpetua *l. purè 5. §. vltim. de doli mal. except.* Nullū ergo erat periculum amittendæ exceptionis propter quod etiā actio dari ei deberet, nā & dici solet, nihil interesse an quis actionē nō habeat ipso iure, an verò eā habeat quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil interest 112. de regul. iur.* DEC. Interest eius qui obligatus est siue cum causa, siue etiam sine causa, vt quā citò fieri potest liberetur, aut soluendo si sit verus debitor, aut citra solutionem si sine causa se obligauerit, nec tātùm vt liberari possit opposita exceptione si conueniatur, sed etiam proposita vltro actione ne conueniri vnquam possit. Nam & cùm exceptio aliqua etiā perpetua cōpetit, periculū adhuc subest ne per errorē & imprudentiā omittatur *l. qui exceptionē 40 supr. tit. prox. l. si fideiussor 29. infr. mādat.* quo casu cōdēnatio sequitur acsi nulla exceptio cōpeteret quia nec diuinare eam iudex potest, nec si sciat nō oppositā supplere, cùm sit facti. *Tit. C. vt quæ desunt aduoc. part. iud. suppl.* & fieri potest, vt exceptione etiam iusta & cōpetēte reus vsus sit, nec eo minùs tamen cōdēnetur siue per iniuriā iudicis, siue quod iniustæ damnationis causā ipse culpa sua præbuerit vt in *l. exceptione 67. infr. de fideiuss.* Tutius ergo est, vt qui debitor dicitur nō tantū exceptionis, sed etiā actionis iure liberationē vrgeat, si consequi eam possit: quod commodè fit per acceptilationem, vt hæc lex docet, & *l. si quis reum 5. infr. de liber. legat. §. 1. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Secuta .n. acceptilatione, atq. ita sublata omni obliga-

obligatione securus est is, qui anteà debitor fuerat, cùm amplius conueniri non possit. Nemo enim sine actione agere potest *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* Qui autem conueniri non potest, nec condemnari potest, quia omnis condemnatio actionem præsupponit *l. 1. infr. de re iudic.* ne quidem per iniuriam iudicis, quia nec sine actione dari quisquam iudex potest, cùm dari actionem à Prætore post litem contestatam & dari formulam, aut iudicem, aut iudicium paria sint *l. 2. C. de pedan. iudic.* Denique tutius est liberari quem ipso iure quàm ope exceptionis, licet in dubio tutius sit, exceptionem sibi competentem obiicere, quàm quasi parta ipso iure liberatione exceptionem omittere *l. qui seruum 34. §. 1. infr. de oblig. & action.* Quod ergo is qui sine causa promisit potest habere doli exceptionem perpetuam si ex ea stipulatione conueniatur, non debet facere quominus etiam actio ei vltro danda sit, id est condictio incerti sine causa, per quam ad hoc agat, vt liberetur. Sic in *l. 3. C. de condict. indeb. l. si indebitam 15. C. de fideiuss.* Nec distinguendum est cum Bartolo, an causa nulla omnino in promissione expressa sit, an verò aliqua quidem, sed quæ in rei veritate, vt ipse loquitur, est nulla. Nam & cùm nulla prorsus expressa causa est in stipulatione, non eo minùs tamen stipulatio tenet ipso iure vt ex eâ conueniri promissor possit, adeóque condemnari, si non sibi prospiciat opposita doli mali exceptione *d. §. circa.* solam enim verborum solemnitatem requirit stipulatio, ad inducendam ipso iure obligationem, non item aliquam obligationis causam. Porrò quo casu doli exceptio prodesse potest promissori si conueniatur, eodem casu etiam actio eidem accommodari potest & debet, vt liberationem vrgere vltrò, & consequi possit: condicere enim quantitatem non potest, quam non dedit, sed tantùm obligationem *l. 1. vers. qui autem supr. hoc tit.* Ex quo loco iuncta hac lege apparet, effectum obligationis condicendæ, non alium esse, quàm vt liberatio sequatur. Et longè aliud esse condici obligationem, si quis propriè ac partitè loqui velit, aliud verò condici liberationem. Tum enim liberatio condicenda est, cùm iam facta est, nec ad alium finem condicitur liberatio, quàm vt is qui verè liberatus est, restituat se in obligationem vt in *l. 4. supr. de condict. caus. dat.* Itaque sunt ista merè opposita, & contradictoria, Condici obligationem & liberationem: in quo plerique errant.

a *Incerti condictione.* Quærit Accursius & post eum Bartolus, an hoc sit nomen actionis alicuius, quæ specialiter dicatur *condictio incerti*, an verò qualitas quædam actionis ex eo nomen habens, quod detur ad rem incertam. Sed iam monui sæpius præsertim ad *l. 1. supr. & ad l sed si me putem 22. §. 1. supr. tit. prox.* esse hanc tantùm qualitatem & differentiam actionis: esse enim omnes condictiones, siue indebiti, siue ob causam dati causa non secuta, siue ob turpem vel iniustam causam, siue hanc de qua agimus, *sine causa* siue furtiuam, aliàs certi, aliàs incerti. Certi quoties certum petitur de quibus in *leg. certi condictio 9. supr. de reb. credit.* Incerti verò quoties incertum petitur, vt puta quanti actoris intersit, aut vt aliquid fiat, puta acceptilatio ad inducendam liberationem, vt in hac lege. Quicquid enim consistit in faciendo per se incertum est *l. vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig.* & obligatio faciendi, si factum non sit, resoluitur in obligationem & præstationem eius quod interest *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic.*

b *Nec refert omnē quis obligationem sine causa suscipiat.* RAT. DVB. Non semper idē de parte ad partē iuris est, quod de toto ad totum, vt in specie *l. quandiu C. de distract. pignor.* vbi dicitur soluto quidem toto debito pignus totū liberari, sed si quid vel minimum solutioni desit aut sortis aut vsurarum, nullomodo liberationem pignoris contingere, ne quidem pro ea parte pro qua solutio debiti facta est, quamuis & pecunia quæ debetur diuidua sit, & fundus qui pignori datus fuit. Quod & scriptum est in *l. 1. & 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. vel credit.* Similiter igitur & in proposita specie dicendum est, si quis maiorem obligationem susceperit, quàm suscipere debuerit, puta si decem promiserit cùm quinque duntaxat promittere deberet, aut in totum aut nulla penitus ex parte condicendam esse obligationem: ne alioqui eueniat, vt vnus idémque contractus diuerso iure censeatur, quod iuris ratio non facilè admittit *vulg. leg. eum qui ædes 23. infr. de vsucap.* DEC. In his quæ omnino diuidua sunt, vt Bartolus hîc loquitur, idem iuris est de parte quod ad partem, quod est de toto quod ad totum *leg. quæ de tota 76. supr. de rei vindic.* In hoc enim rerum genere vna quæque pars efficit suum totum non vniuersale sed particulare. Atqui obligationes omnes, quæ in quantitate consistunt, diuiduæ sunt *l. 2. de verb. oblig.* quia & quantitas ipsa diuidua est, sicut è contrario dicimus stipulationes non diuidi earum rerum quæ indiuiduæ sunt *l. 2. l. 4. leg. stipulationes non diuiduntur 72. leg. in executione 85. § pro parte eod. tit.* Potest enim fieri, vt ex decem promissis quinque promissa sint ex iusta causa, quinque verò sine causa: nec eadem semper causa est debendi decem, quæ debendi tantùm quinque, cùm in maiori quidem summa minor insit, sed non contrà *l. 1. §. si stipulanti eod. tit. l. in eo 110. in princip. de regul. iur. l. cùm furti 9. supr. de in lit. iurand.* Consequens igitur est, vt in proposita specie, si is qui quinque tantùm debebat, decem sine causa promiserit, incerti condictione consequi debeat, vt non in totis decem, sed in quinque tantùm liberetur: cùm tamen si nullam causam promittendi habuisset, incerti condictione consequeretur vt tota stipulatio acceptò fieret. Alia ratio est pignoris de quo in *d. l. quandiu C. de distract. pignor.* & aliis suprà in dubitandi ratione adductis. Est enim pignoris causa indiuisa, vt Papinianus ait in *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* nam nec verisimile est creditorē qui pignus accepit pro centum, vllam partem pecuniæ crediturum fuisse, si non ei pignus datum pro totis centum fuisset *l. heredes 25. §. idem obseruatur supr. famil. ercisc. l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia infr. de pignor. act.* Eadémque causa est cæterorum contractuum quos credibile est non fuisse cōtrahē(n)tes pro parte inituros, vt euenit in emptionibus & dationibus in solutum *l. cùm ex causa 139. inf. de verb. oblig.* nec enim credēdus est venditor partem fundi venditurus fuisse ei cui totum vendidit, neque emptor partem fundi empturus quem totum emit, aut in solutum accepit *l. tutor 47. §. 1. supr. de minor. l. si quis aliam 46. infr. de solut.* ob incommoda nimirum communionis *l. si non sortem 26. §. si centum supr. Tit. prox. iunct. l. in re communi 26. vrban. prædior. l. cùm pater 77. §. dulcissimis de legat. 2.* At non similiter possis dicere, eum qui decem promisit, cùm quinque duntaxat deberet, non æquè promissurum fuisse quinque, si stipulator quinque tantùm non etiam decem stipulari voluisset.

4. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

NIhil refert, vtrúmne ab initio ſine cauſa quid datum ſit, an cauſa, propter quam quid datum eſt, ſecuta non ſit.

Ad l. Nihil refert 4.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem eſt, quæ ad §. *pen. l. 1. ſupr.* vbi eadem omnino ſententia proponitur, niſi quòd hîc Africanus tractat tantùm de cauſa non ſecuta, Vlpianus verò in *d. §. penult.* de cauſa etiam finita, ac proinde ſecuta. Nec enim finiri poſſet, quæ nunquam ſecuta eſſet, nec initium habuiſſet *leg. Titio vſumfructum 96. infr. de condic. & demonſtr.* Miror verò eſſe hunc caſum ab Africano prætermiſſum, cùm magis conueniat condictioni ſine cauſa, quàm caſus ille quo cauſa ſecuta non ſit: admittit enim ille & inducit maiore quodam iure condictionem ſine cauſa, quam non æquè poſſis inducere, ſi cauſa ſecuta ſit & finita. Nomen enim ipſum repugnat condictionis ob cauſam dati cauſa non ſecuta: contrà verò cùm cauſa quæ ab initio aliqua fuit, ex poſtfacto finita eſt, æquè locus eſſe debet condictioni ſine cauſa, atque ſi nulla ab initio fuiſſet: quia verum eſt eo tempore quo agitur, quod in hac condictione maximè ſpectandum eſt, cùm neque ad tempus præteritum reſpiciat neque ad futurum, iam nullam eſſe cauſam licet aliquando fuerit, non enim amplius eſt, quod finem eſſendi, vt ita loquar cum philoſophis, iam accepit, ideo autem datur condictio ſiue cauſa ſecuta non ſit, ſiue finita fuerit, quoniam alioquin vtroque caſu vt ex alieno damno locuples fieret is qui accepiſſet: quæ generalis ratio eſt inducendarum condictionum, & repetitionum omnium *leg. cùm hi 8. §. ſi quis de alimentis verſ. ſanè ſupr. de tranſact.*

5. PAPINIANVS libro 11. Quæſtionum.

AVunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupſit. an eandem repetere poſſit, quæſitum eſt: dixi, cùm ob turpẽ cauſam dantis, & accipientis pecunia numeretur, ceſſare condictionẽ: & in delicto pari potiorẽ eſſe cauſam poſſeſſoris, quam rationem fortaſſis aliquem ſecutum reſpondere, non habituram mulierem condictionem. ſed rectè defendi, non tã turpem cauſam in propoſito, quàm nullam fuiſſe: cùm pecunia, quæ daretur, in dotem conuerti nequiret. non enim ſtupri, ſed matrimonij gratia datam eſſe.

Ad l. Auunculo vlt.

RAT. DVB. Cùm ob turpem cauſam dantis & accipientis pecunia numeratur, ceſſat condictio, quia in pari delicto potior eſt cauſa poſſeſſoris *l. penult. ſupr. de condict. ob turp. cauſ. l. 2. C. eod.* Atqui turpes ſunt & illicitæ nuptiæ inter auunculum & ſororis filiam, adeóq; neptem & proneptem, quia his perſonis auunculus loco parentis eſt *§. fratris autem Inſt. de nupt. l. ſororis 39. infr. de rit. nupt.* Ergo ſi ſororis filia auunculo nuptura dotem ei dederit, quãuis poſteà non nupſerit, dicendum eſt condictionem ceſſare, quia in eo vtriuſque turpitudo verſatur. DEC. Matrimonij & dotis cauſa ſemper honeſta eſt, & fauorabilis ob admixtam vtilitatem reipublicæ *l. 1. infr. ſolut. matr. l. 2. & 3. de iur. dot.* Atqui in propoſita ſpecie ſororis filia auunculo nuptura dotem ei dedit, non ſtupri cauſa, ſed matrimonij. Ergo non ob turpem cauſam, ſed potiùs ob honeſtã: nec quod non niſi turpiter matrimonium inter huiuſmodi perſonas ſequi potuit, ad rem facit, nam præter id quod ponimus ſecutum non fuiſſe, nihil aliud ex eo inferre poſſis, niſi quod vult Papinianus, nullam hîc potiùs quàm turpem fuiſſe cauſam dotis dandæ, cùm ea pecunia in dotem cõuerti nequeat, quia nec matrimonium ſequi vllum poteſt, impoſſibilitate iuris quæ impoſſibilitati facti paſſim æquiparatur *l. filius 15. cum l. præced. infr. de condic. inſtit.* Dicendum igitur eſt, locum eſſe hoc caſu condictioni ſine cauſa: & ita Papinianus noſter ſubtiliſſimè concludit, nam in condictione ob turpem cauſam proxima cauſa inſpicienda eſt, non remota, vt benè hîc Bartolus tractat ex *l. 5. §. ſed quod meretrici ſup. de condict. ob turp. cauſ.* In propoſito autem cauſa proxima fuit dotis dandæ ob matrimonium, quãuis tale matrimonium non niſi turpiter & illicitè contrahi potuerit. Quid ergo ſi matrimonium ſecutum eſſet? Et quidem ſi contrahentes matrimonium, neque vis neque factum ignorarunt, nullam penitus habere poſſunt excuſationem, nec dubitandum eſt, quin hoc caſu non tantũ lucra nuptialia, omnia eis auferenda ſint *l. qui contra 4. C. de inceſt nupt.* ſed etiam dos ipſa fiat caduca *l. ſi quis 6. eod. tit. l. vxori maritus 27. infr. de vſufr. legat. l. inceſta 52. l. dote 61. infr. de rit. nupt.* Nam nec fœminis hoc caſu parcitur etiam quod ad pœnam ex legibus publicorum iudiciorum irrogandam. Quamuis ſi ſola iuris Romani obſeruatio interueniret nec iure gentium inceſſum committeretur, eſſet mulier per iuris ignorantiam à crimine excuſanda *l. ſi adulterium 38. in princip & §. 1. & ſeqq. infr. ad leg. Iul. de adult.* Solus Bartolus tentat an dici poſſit mulierem etiamſi ius & factum ſciat, non eo magis tamen prohibendam condicere dotem quam dedit: & in eam ſententiam procliuior eſt, vt non perdat dotem, quia eam habeat, non vt lucrum, ſed vt quid ſibi proprium, & ex cauſa oneroſa, quaſi neque ratione turpitudinis repelli debeat, vt Papinianus hîc reſpondit, neque ratione indignitatis, quippe quæ non ab alio ei poſſit obiici quàm à fiſco, ſed in hoc tamen fallitur. Nam vt meliùs docet Accurſius, ne quidem ignorantia mulieris eã excuſat ab amiſſione dotis, ſed tantùm à pœna criminis, niſi ſit error facti, & quidem acerrimus, vt loquitur *d. l. qui contrà, iunct. d. l. inceſta & d. l. dote & d. l. ſi quis 6. C. de inceſt. & inutil. nupt.* & quod à

Papi-

Papiniano in hac lege contrà responsum videtur, non ad mulieris ignorantiam, & errorem si ve facti siue iuris referendum est, (cùm tractet Papinianus eum casum quo par delictum fuerit vtriusque contrahentium, quod tamen nullum esset, interueniente facti errore, quia neque consentiunt, neque delinquunt qui errant. Idque ex sequenti specie clariùs apparet,) sed ad id quod non magis de facto, quàm de iure fuerat secutum matrimonium, quo secuto aliud sanè Papinianus respondisset, non tantùm ratione turpitudinis (ea namque ratio mulieri tantùm adimeret condictionem non etiam dotem marito) sed ob id maximè quòd propter contractum illicitè & dolo malo matrimonium dos caduca facta esset, & fisco applicanda *d.l. incesta d.l. dote l. 2. §. 1. d.l. Claudius 13. de his quæ vt indign.* nisi talem proponeres mulierem, quæ non posset videri deliquisse, quòd ab alio puta tutore suo, decepta esset vt in *l. vlt. de leg. 1.* loquimur enim de iis qui communem delinquendi causam habuerunt contrahendo prohibitas nuptias, vt in specie huius legis. Alioqui competeret mulieri quæ aut ius aut factum ignorasset condictio ob causam dati causa non secuta, quoniam ad condictionem illam impediendam non sufficit causam secutam esse de facto, si iure non habuerit effectum *l. 3. §. si liber homo de condict. ob caus.* Sed tamen hoc etiam, nisi fallor, æquè male, quia id intelligi debet, quoties ea causa saltem aliquo casu sequi potest vt in *d. §. si liber homo.* nec enim per se impossibilis est causa manumittendi, sed tantùm in homine iam libero. Cæterùm si absolutè sit impossibile causam sequi, ob quam aliquid datum est, non eo minùs cessat repetitio, vt etiam scriptum est in *l. dictam legem 8. C. de condict. ob caus. dator.* quia imputare sibi debet, qui vltro dedit ob causam aliquam, quam sciebat sequi nullo modo posse quasi & hic donasse videatur ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* eiusmodi autē est si sororis filia quasi auunculo nuptura, ei dotem dederit, cùm matrimonium illud sequi nunquam possit. Impossibiles enim conditiones censentur, non minùs eæ quæ de iure, vt loquuntur, impossibiles sunt, quàm quæ de facto. vt iam diximus ex *d. l. filius 15. & preced. de condic. instit.* quia quod honestè facere non possumus, nec facere nos posse credendum est, vt eleganter Papinianus loquitur in *d. l. filius.* Quòd si de facto impletæ sint, nec pro impletis habendæ sunt ad vtilitatē & commodum eius qui impleuit, sed tantùmmodò in ipsius damnum & pœnam, vt quod turpiter, & contra leges factum est, earūdem legum seueritate vindicetur, & auferantur omnia quæ per occasionem illiciti matrimonij ad alterum ex coniugibus ab altero peruenerunt. Quod etiam iure veteri obtinebat *l. vxori maritus 27. infr. de vsufr. legat.* nec ad rem pertinet, quod in specie huius legis sponsalia quoque prohibita sunt, non minùs quàm nuptiæ *l. oratio 16. infr. de sponsal. l. si quis tutor 60. §. quamuis de rit. nupt.* siue per verba de præsenti facta sint, siue per verba de futuro: quam distinctionem iuri ciuili incognitam ius canonicum primùm induxit, nam neque Papinianus ponit cōtracta fuisse vlla sponsalia: & quamuis contracta essent, omni tamen casu admitterent iure ciuili locum pœnitentiæ, quam ipsæ etiam incestæ nuptiæ interdum admittunt: Scilicet si acerrimo facti errore factæ sint, & coniuges errore comperto statim & sine vlla procrastinatione coniunctionem diremerint *d. l. qui contrà in fin.* Quod intelligo non modò quantum ad lucra nuptialia duntaxat, sed etiam quantum ad dotem, ne cum Bartolo meliorem facias cōditionem dotis, quasi quæ causam habeat, vt ille ait onerosam, quàm lucrorum quæ lucratiuam habent, nam è contrario lex Iulia quæ dotem ob illicitum matrimonium caducam fecit, indistinctè locuta est *d. l. inceste & d. l. dote.* propter quod videri potiùs posset, nō esse adhibendam in dote illam distinctionem, quam adhibuerunt Imperatores, qui pœnam legis Iuliæ ad lucra etiam nuptialia extenderunt in *d. l. qui contra.* nisi absurdum esset, meliorem facere cōditionem lucrorum nuptialium, quàm dotis, & iacturam dotis inducere tum quoque cùm nullum delictum intercessisset, quod per iustum errorem facti semper excluditur *d. l. 38. §. 1. de adult.* Ergo tunc applicari eam fisco & caducam fieri necesse est, cùm illicitum matrimonium contractum est, dolo malo & à delinquentibus, *l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt. d. l. vlt. de leg. 1. d. l. 2. d. l. Claudius 13. de his quæ vt indign.* non etiā si contracta sint tantùm sponsalia, quia lex Iulia de sponsalibus locuta non est, sed tantùm de nuptiis, neque quantum ad pœnam amittendæ dotis ad sponsalia extendi debuit, nōmodò tanquam odiosa (nec enim odiosæ leges adiuuandæ sunt interpretatione *l. cùm quidam 19. de liber. & posthum.*) sed etiam & illa potissimùm ratione, quòd sponsalia non possunt facere dotem, sed solum matrimonium. Vt taceam quod addit Bartolus, quamuis fortasse nimis generaliter, quoties delictum ideo non perficitur, quia is qui delinquere cœperat, non vult perficere, pœnam delicti cessare, quasi suffragio iustæ pœnitentiæ absolutus, vt loquitur Paulus in *leg. qui falsam 19. infr. de leg. Cornel. de fals. l. Papinianus 8. §. meminisse sup. de inoffic. testam. l. qui cùm maior 14. §. accusasse l. in seruitutem 16. §. petiisse infr. de bon. libert.* Planè vt Bartolus monet, potest iusta ignorantia etiam alterutrius coniugum illicitas & prohibitas nuptias contrahentium ei prodesse, non quidem quod ad hoc vt eo minùs illicitæ sint nuptiæ (legum enim authoritatem rusticitatis & imperitiæ velamentis circūueniri non oportet, vt ait *l. 1. C. de interd. matrim.*) sed quantum ad hoc, vt ex parte ignorantis filij legitimi dici possint, & successionis capaces, vt in specie *l. qui in prouincia 57. §. 1. infr. de rit. nupt.* vbi de ea muliere tractatur quæ in matrimonio auunculi sui per multos annos fuerat, & in eo collocata ab auia, & plures in ea matrimonij figura liberos susceperat. Quamquam hæc de re ius Pontificium consulendum potiùs, & sequendum est: item vt si in contrahendo illicito matrimonio nullum delictū admissum sit, puta si mulier libera seruo nupserit cuius statum ignorabat, nihilominùs repetere dotē possit, & quidem cum eodem priuilegio quod veris dotibus dari solet *l. si cùm dotem 22. §. vlt. infr. solut. matrim. l. 3. C. eod.* Idem enim priuilegium etiam condictioni datur, quod fauoris ratione tribui solet actioni de dote inter actiones personales *l. si sponsa 74. infr. de iur. dot. l. quæsitum 17. §. vlt. & legib. seqq. infr. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 1. 3. & 4. de priuileg. credit.* Et ad hos nimirū casus restringi debet, quod scriptum est in *l. 1. C. de condict. ob caus. dat.* non autem ita intelligi, vt quidam putant, quasi iure nouo non fiat dos caduca, propter incestuosum matrimonium, quomodo fiebat olim *d. l. dote & d. l. si quis 6. C. de incest. nupt.* nō enim quodlibet illicitum matrimonium faciebat caducam dotem, sed illud demum quod delicti causam admixtam habebat, vt diximus. nec enim pœna vlla sine delicto esse potuit aut debuit, præsertim per quam amissio dotis

4. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

NIhil refert, vtrúmne ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam quid datum est, secuta non sit.

Ad l. Nihil refert 4.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est, quæ ad §. *pen. l. 1. supr.* vbi eadem omnino sententia proponitur, nisi quòd hîc Africanus tractat tantùm de causa non secuta, Vlpianus verò in *d. §. penult.* de causa etiam finita, ac proinde secuta. Nec enim finiri posset, quæ nunquam secuta esset, nec initium habuisset *leg. Titio vsusfructus 96. infr. de condic. & demonstr.* Miror verò esse hunc casum ab Africano prætermissum, cùm magis conueniat condictioni sine causa, quàm casus ille quo causa secuta non sit: admittit enim ille & inducit maiore quodam iure condictionem sine causa, quam non æquè possis inducere, si causa secuta sit & finita. Nomen enim ipsum repugnat condictionis ob causam data et causa non secuta: contrà verò cùm causa quæ ab initio aliqua fuit, ex postfacto finita est, æquè locus esse debet condictioni sine causa, atque si nulla ab initio fuisset: quia verum est eo tempore quo agitur, quod in hac condictione maximè spectandum est, cùm neque ad tempus præteritum respiciat neque ad futurum, iam nullam esse causam licet aliquando fuerit, non enim amplius est, quod finem essendi, vt ita loquar cum philosophis, iam accepit, ideo autem datur condictio siue causa secuta non sit, siue finita fuerit, quoniam alioquin vtroque casu vt ex alieno damno locuples fieret is qui accepisset: quæ generalis ratio est inducendarum condictionum, & repetitionum omnium *leg. cùm hi 8. §. si quis de alimentis vers. sanè supr. de transact.*

5. PAPINIANVS libro 11. Quæstionum.

AVunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupsit. an eandem repetere possit, quæsitum est? dixi, cùm ob turpẽ causam dantis, & accipientis pecunia numeretur, cessare condictionẽ: & in delicto pari potiorẽ esse causam possessoris, quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem condictionem. sed rectè defendi, non tã turpem causam in proposito, quàm nullam fuisse: cùm pecunia, quæ daretur, in dotem conuerti nequiret. non enim stupri, sed matrimonij gratia datam esse.

Ad l. Auunculo vlt.

RAT. DVB. Cùm ob turpem causam dantis & accipientis pecunia numeratur, cessat condictio, quia in pari delicto potior est causa possessoris *l. penult. supr. de condict. ob turp. caus. l. 2. C. eod.* Atqui turpes sunt & illicitæ nuptiæ inter auunculum & sororis filiam, adeóq; neptem & proneptem, quia his personis auunculus loco parentis est *§. fratris autem Inst. de nupt. l. sororis 39. infr. de rit. nupt.* Ergo si sororis filia auunculo nuptura dotem ei dederit, quãuis posteà non nupserit, dicendum est condictionem cessare, quia in eo vtriusque turpitudo versatur. DEC. Matrimonij & dotis causa semper honesta est, & fauorabilis ob admixtam vtilitatem reipublicæ *l. 1. infr. solut. matr. l. 2. & 3. de iur. dot.* Atqui in proposita specie sororis filia auunculo nuptura dotem ei dedit, non stupri causa, sed matrimonij. Ergo non ob turpem causam, sed potiùs ob honestã: nec quod non nisi turpiter matrimonium inter huiusmodi personas sequi potuit, ad rem facit, nam præter id quod ponimus secutum non fuisse, nihil aliud ex eo inferre possis, nisi quod vult Papinianus, nullam hîc potiùs quàm turpem fuisse causam dotis dandæ, cùm ea pecunia in dotem cõuerti nequeat, quia nec matrimonium sequi vllum potest, impossibilitate iuris quæ impossibilitati facti passim æquiparatur *l. filius 15. cum l. praeced. infr. de condic. instit.* Dicendum igitur est, locum esse hoc casu condictioni sine causa: & ita Papinianus noster subtilissimè concludit, nam in condictione ob turpem causam proxima causa inspicienda est, non remota, vt benè hîc Bartolus tractat ex *l. 3. §. sed quod meretrici sup. de condict. ob turp. caus.* In proposito autem causa proxima fuit dotis dandæ ob matrimonium, quãuis tale matrimonium non nisi turpiter & illicitè contrahi potuerit. Quid ergo si matrimonium secutum esset? Et quidem si contrahentes matrimonium, neque vis neque factum ignorarunt, nullam penitus habere possunt excusationem, nec dubitandum est, quin hoc casu non tantũ lucra nuptialia, omnia eis auferenda sint *l. qui contra 4. C. de incest. nupt.* sed etiam dos ipsa fiat caduca *l. si quis 6. eod. tit. l. vxori maritus 27. infr. de vsufr. legat. l. incesta 52. l. dote 61. infr. de rit. nupt.* Nam nec fœminis hoc casu parcitur etiam quod ad pœnam ex legibus publicorum iudiciorum irrogandam. Quamuis si sola iuris Romani obseruatio interueniret nec iure gentium incestum committeretur, esset mulier per iuris ignorantiam à crimine excusanda *l. si adulterium 38. in princip & §. 1. & seqq. infr. ad leg. Iul. de adult.* Solus Bartolus tentat an dici possit mulierem etiamsi ius & factum sciat, non eo magis tamen prohibendam condicere dotem quam dedit: & in eam sententiam procliuior est, vt non perdat dotem, quia eam habeat, non vt lucrum, sed vt quid sibi proprium, & ex causa onerosa, quasi neque ratione turpitudinis repelli debeat, vt Papinianus hîc respondit, neque ratione indignitatis, quippe quæ non ab alio ei possit obiici quàm à fisco, sed in hoc tamen fallitur. Nam vt meliùs docet Accursius, ne quidem ignorantia mulieris eã excusat ab amissione dotis, sed tantùm à pœna criminis, nisi sit error facti, & quidem accerrimus, vt loquitur *d. l. qui contrà, iunct. d. l. incesta & d. l. dote & d. l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt.* & quod à Papi-

Papiniano in hac lege contrà responsum videtur, non ad mulieris ignorantiam, & errorem siue facti siue iuris referendum est, (cùm tractet Papinianus eum casum quo par delictum fuerit vtriusque contrahentium quod tamen nullum esset, interueniente facti errore, quia neque consentiunt, neque delinquunt qui errant. Idque ex sequenti specie clariùs apparet,) sed ad id quod non magis de facto, quàm de iure fuerat secutum matrimonium, quo secuto aliud fatè Papinianus respondisset, non tantùm ratione turpitudinis (ea namque ratio mulieri tantùm adimeret condictionem non etiam dotem marito) sed ob id maximè quòd propter contractum illicitè & dolo malo matrimonium dos caduca facta esset, & fisco applicanda *d.l. incesta d.l. dote l.2. §.1. d.l. Claudius 13. de his qua vt indign.* nisi talem proponeres mulierem, quæ non posset videri deliquisse, quòd ab alio puta tutore suo, decepta esset vt in *l. vlt. de leg. 1.* loquimur enim de iis qui communem delinquendi causam habuerunt contrahendo prohibitas nuptias, vt in specie huius legis. Alioqui competeret mulieri quæ aut ius aut factum ignorasset condictio ob causam dati causa non secuta, quoniam ad condictionem illam impediendam non sufficit causam secutam esse de facto, si iure non habuerit effectum *l. 3. §. si liber homo de condict. ob caus.* Sed tamen hoc etiam, nisi fallor, æquè male, quia id intelligi debet, quoties ea causa talis est aliquando casu sequi potest vt in *d. §. si liber homo.* nec enim per se impossibilis est causa manumittendi, sed tantùm in homine iam libero. Cæterùm si absolutè sit impossibile causam sequi, ob quam aliquid datum est, non eo minùs cessat repetitio, vt ex se rescriptum est in *l. dictam legem 8. C. de condict. ob caus. dator.* quia imputare sibi debet, qui vltro dedit ob causam aliquam, quam sciebat sequi nullo modo posse quasi & hic donasse videatur ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* eiusmodi autē est si sororis filia quasi auunculo nuptura, ei dotem dederit, cùm matrimonium illud sequi nunquam possit. Impossibiles enim condiciones censentur, non minùs ex quæ de iure, vt loquuntur, impossibiles sunt, quàm quæ de facto. vt iam diximus ex *d. l. filius 15. & preced. de condic. instit.* quia quod honestè facere non possumus, nec facere nos posse credendum est, vt eleganter Papinianus loquitur in *d.l. filius.* Quòd si de facto impletæ sint, nec pro impletis habendæ sunt ad vtilitatē & commodum eius qui impleuit, sed tantùmmodò in ipsius damnum & pœnam, vt quod turpiter, & contra leges factum est, earūdem legum seueritate vindicetur, & auferantur omnia quæ per occasionem illiciti matrimonij ad alterum ex coniugibus ab altero peruenerunt. Quod etiam iure veteri obtinebat *l. vxori maritus 27. infr. de vsufr. legat.* nec ad rem pertinet, quod in specie huius legis sponsalia quoque prohibita sunt, non minùs quàm nuptiæ *l. oratio 16. infr. de sponsal. l. si quis tutor 60. §. quamuis de rit. nupt.* siue per verba de præsenti facta sint, siue per verba de futuro: quam distinctionem iuri ciuili incognitam Ius canonicum primùm induxit, nam neque Papinianus ponit cōtracta fuisse vlla sponsalia: & quamuis contracta essent, omni tamen casu admitterent iure ciuili locum pœnitentiæ, quam ipsæ etiam incestæ nuptiæ interdum admittunt: Scilicet si acerrimo facti errore factæ sint, & coniuges errore comperto statim & sine vlla procrastinatione coniunctionem diremerint *d.l. qui contrà in fin.* Quod intelligo non modò quantum ad lucra nuptialia duntaxat, sed etiam quantum ad dotem, nec cum Bartolo meliorem facias cōdicionem dotis, quasi quæ causam habeat, vt ille ait onerosam, quàm lucrorum quæ lucratiuam habent, nam è contrario lex Iulia quæ dotem ob illicitum matrimonium caducam fecit, indistinctè locuta est *d.l. incesta & d.l. dote.* propter quod videri potiùs posset, nō esse adhibendam in dote illam distinctionem, quam adhibuerunt Imperatores, qui pœnam legis Iuliæ ad lucra etiam nuptialia extenderunt in *d. l. qui contra,* nisi absurdum esset, meliorem facere cōdicionem lucrorum nuptialium, quàm dotis, & iacturam dotis inducere tum quoque cùm nullum delictum intercessisset, quod per iustum errorem facti semper excluditur *d.l. 38. §. 1. de adult.* Ergo tunc applicari eam fisco & caducam fieri necesse est, cùm illicitum matrimonium contractum est, dolo malo & à delinquentibus, *l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt. d.l. vlt. de leg. 1. d. l. 2. d.l. Claudius 13. de his qua vt indign.* non etiā si contracta sint tantùm sponsalia, quia lex Iulia de sponsalibus locuta non est, sed tantùm de nuptiis, neque quantum ad pœnam amittendæ dotis ad sponsalia extendi debuit, nōmodò tanquam odiosa (nec enim odiosæ leges adiuuandæ sunt interpretatione *l. cùm quidam 19. de liber. & posthum.*) sed etiam & illa potissimùm ratione, quòd sponsalia non possunt facere dotem, sed solum matrimonium. Vt taceam quod addit Bartolus, quamuis fortasse nimis generaliter, quoties delictum ideo non perficitur, quia is qui delinquere cœperat, non vult perficere, pœnam delicti cessare, quasi suffragio iustæ pœnitentiæ absolutus, vt loquitur Paulus in *leg. qui falsam 19. infr. de leg. Cornel. de fals. l. Papinianus 8. §. meminisse sup. de inoffic. testam. l. qui cùm maior 14. §. accusasse l. in seruitutem 16. §. petisse infr. de bon. libert.* Planè vt Bartolus monet, potest iusta ignorantia etiam alterutrius coniugum illicitas & prohibitas nuptias contrahentium ei prodesse, non quidem quod ad hoc vt eo minùs illicitæ sint nuptiæ (legum enim authoritatem rusticitatis & imperitiæ velamentis circūueniri non oportet, vt ait *l. 1. C. de interd. matrim.*) sed quantum ad hoc, vt ex parte ignorantis filij legitimi dici possint, & successionis capaces, vt in specie *l. qui in prouincia 57. §. 1. infr. de rit. nupt.* vbi de ea muliere tractatur quæ in matrimonio auunculi sui per multos annos fuerat, & in eo collocata ab auia, & plures in ea matrimonij figura liberos susceperat. Quamquam hæc de re ius Pontificium consulendum potiùs, & sequendum est: item vt si in contrahendo illicito matrimonio nullum delictū admissum sit, puta si mulier libera seruo nupserit cuius statum ignorabat, nihilominùs repetere dotē possit, & quidem cum eodem priuilegio quod veris dotibus dari solet *l. si cùm dotem 22. §. vlt. infr. solut. matrim. l. 3. C. eod.* Idem enim priuilegium etiam condictioni datur, quod fauoris ratione tribui solet actioni de dote inter actiones personales *l. si sponsa 74. infr. de iur. dot. l. quæsitum 17. §. vlt. & legib. seqq. infr. de reb. author. iudic. poss. d. aliàs l. 1. 3. & 4. de priuileg. credit.* Et ad hos nimirū casus restringi debet, quod scriptum est in *l. 1. C. de condict. ob caus. dat.* non autem ita intelligi, vt quidam putant, quasi iure nouo non fiat dos caduca, propter incestuosum matrimonium, quomodo fiebat olim *d.l. dote & d.l. si quis 6. C. de incest. nupt.* nō enim quodlibet illicitum matrimonium faciebat caducam dotem, sed illud demum quod delicti causam admixtam habebat, vt diximus. nec enim pœna vlla sine delicto esse potuit aut debuit, præsertim per quam amissio dotis

4. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

Nihil refert, vtrúmne ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam quid datum est, secuta non sit.

Ad l. Nihil refert 4.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est, quæ ad §. *pen. l. 1. supr.* vbi eadem omnino sententia proponitur, nisi quòd hîc Africanus tractat tantùm de causa non secuta, Vlpianus verò in *d. §. penult.* de causa etiam finita, ac proinde secuta. Nec enim finiri posset, quæ nunquam secuta esset, nec initium habuisset *leg. Titio vsusfructus 96. infr. de condic. & demonstr.* Miror verò esse hunc casum ab Africano prætermissum, cùm magis conueniat condictioni sine causa, quàm casus ille quo causa secuta non sit: admittit enim ille & inducit maiore quodam iure condictionem sine causa, quam non æquè possis inducere, si causa secuta sit & finita. Nomen enim ipsum repugnat condictionis ob causam dati causa non secuta: contrà verò cùm causa quæ ab initio aliqua fuit, ex postfactò finita est, æquè locus esse debet condictioni sine causa, atque si nulla ab initio fuisset: quia verum est eo tempore quo agitur, quod in hac condictione maximè spectandum est, cùm neque ad tempus præteritum respiciat neque ad futurum, iam nullam esse causam licet aliquando fuerit, non enim amplius est, quod finem essendi, vt ita loquar cum philosophis, iam accepit, ideo autem datur condictio siue causa secuta non sit, siue finita fuerit, quoniam alioquin vtroque casu vt ex alieno damno locuples fieret is qui accepisset: quæ generalis ratio est inducendarum condictionum, & repetitionum omnium *leg. cùm hi 8. §. si quis de alimentis vers. sanè supr. de transact.*

5. PAPINIANVS libro 11. Quæstionum.

Avunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupsit. an eandem repetere possit, quæsitum est? dixi, cùm ob turpē causam dantis, & accipientis pecunia numeretur, cessare condictionē: & in delicto pari potiorē esse causam possessoris, quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem condictionem. sed rectè defendi, non tā turpem causam in proposito, quàm nullam fuisse: cùm pecunia, quæ daretur, in dotem conuerti nequiret. non enim stupri, sed matrimonij gratia datam esse.

Ad l. Auunculo vlt.

RAT. DVB. Cùm ob turpem causam dantis & accipientis pecunia numeratur, cessat condictio, quia in pari delicto potior est causa possessoris *l. penult. supr. de condict. ob turp. caus. l. 2. C. eod.* Atqui turpes sunt & illicitæ nuptiæ inter auunculum & sororis filiam, adeóq; neptem & proneptem, quia his personis auunculus loco parentis est *§. fratris autem Inst. de nupt. l. sororis 39. infr. de rit. nupt.* Ergo si sororis filia auunculo nuptura dotem ei dederit, quāuis posteà non nupserit, dicendum est condictionem cessare, quia in eo vtriusque turpitudo versatur. DEC. Matrimonij & dotis causa semper honesta est, & fauorabilis ob admixtam vtilitatem reipublicæ *l. 1. infr. solut. matr. l. 2. & 3. de iur. dot.* Atqui in proposita specie sororis filia auunculo nuptura dotem ei dedit, non stupri causa, sed matrimonij. Ergo non ob turpem causam, sed potiùs ob honestā: nec quod non nisi turpiter matrimonium inter huiusmodi personas sequi potuit, ad rem facit, nam præter id quod ponimus secutum non fuisse, nihil aliud ex eo inferre possis, nisi quod vult Papinianus, nullam hîc potiùs quàm turpem fuisse causam dotis dandæ, cùm ea pecunia in dotem cōuerti nequeat, quia nec matrimonium sequi vllum potest, impossibilitate iuris quæ impossibilitati facti passim æquiparatur *l. filius 15. cum l. praced. infr. de condic. instit.* Dicendum igitur est, locum esse hoc casu condictioni sine causa: & ita Papinianus noster subtilissimè concludit, nam in condictione ob turpem causam proxima causa inspicienda est, non remota, vt benè hîc Bartolus tractat ex *l. 3. §. sed quod meretrici sup. de condict. ob turp. caus.* In proposito autem causa proxima fuit dotis dandæ ob matrimonium, quāuis tale matrimonium non nisi turpiter & illicitè contrahi potuerit. Quid ergo si matrimonium secutum esset? Et quidem si contrahentes matrimonium, neque vis neque factum ignorarunt, nullam penitus habere possunt excusationem, nec dubitandum est, quin hoc casu non tantū lucra nuptialia, omnia eis auferenda sint *l. qui contra 4. C. de incest. nupt.* sed etiam dos ipsa fiat caduca *l. si quis 6. eod. tit. l. vxori maritus 27. infr. de vsufr. legat. l. incesta 52. l. dote 61. infr. de rit. nupt.* Nam nec fœminis hoc casu parcitur etiam quod ad pœnam ex legibus publicorum iudiciorum irrogandam. Quamuis si sola iuris Romani obseruatio interueniret nec iure gentium incestum committeretur, esset mulier per iuris ignorantiam à crimine excusanda *l. si adulterium 38. in princip. & §. 1. & seqq. infr. ad leg. Iul. de adult.* Solus Bartolus tentat an dici possit mulierem etiamsi ius & factum sciat, non eo magis tamen prohibendam condicere dotem quam dedit: & in eam sententiam procliuior est, vt non perdat dotem, quia eam habeat, non vt lucrum, sed vt quid sibi proprium, & ex causa onerosa, quasi neque ratione turpitudinis repelli debeat, vt Papinianus hîc respondit, neque ratione indignitatis, quippe quæ non ab alio ei possit obiici quàm à fisco, sed in hoc tamen fallitur. Nam vt meliùs docet Accursius, ne quidem ignorantia mulieris eā excusat ab amissione dotis, sed tantùm à pœna criminis, nisi sit error facti, & quidem acerrimus, vt loquitur *d. l. qui contrà, iunct. d. l. incesta & d. l. dote & d. l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt.* & quod à Papi-

Papiniano in hac lege contrà responsum videtur, non ad mulieris ignorantiam, & errorem siue facti siue iuris referendum est, (cùm tractet Papinianus eum casum quo par delictum fuerit vtriusque contrahentium, quod tamen nullum esset, interueniente facti errore, quia neque consentiunt, neque delinquunt qui errant. Idque ex sequenti specie clarius apparet,) sed ad id quod non magis de facto, quàm de iure fuerat secutum matrimonium, quo secuto aliud sanè Papinianus respondisset, non tantùm ratione turpitudinis (ea namque ratio mulieri tantùm adimeret condictionem non etiam dotem marito) sed ob id maximè quòd propter contractum illicitè & dolo malo matrimonium dos caduca facta esset, & fisco applicanda *d.l. incesta & d.l. dote l. 2. §. 1. d.l. Claudius 13. de his qua vt indign.* nisi talem proponeres mulierem, quæ non posset videri deliquisse, quòd ab alio puta tutore suo, decepta esset vt in *l. vlt. de leg.* 1. loquimur enim de iis qui communem delinquendi causam habuerunt contrahendo prohibitas nuptias, vt in specie huius legis. Alioqui competeret mulieri quæ aut ius aut factum ignorasset condictio ob causam dati causa non secuta, quoniam ad condictionem illam impediendam non sufficit causam secutam esse de facto, si iure non habuerit effectum *l. 3. §. si liber homo de condict. ob caus.* Sed tamen hoc etiam, nisi fallor, æquè malè, quia id intelligi debet, quoties ea causa saltem aliquo casu sequi potest vt in *d. §. si liber homo.* nec enim per se impossibilis est causa manumittendi, sed tantùm in homine iam libero. Cæterùm si absolutè sit impossibile causam sequi, ob quam aliquid datum est, non eo minùs cessat repetitio, vt ipse rescriptum est in *l. dictam legem 8. C. de condict. ob caus. dator.* quia imputare sibi debet, qui vltro dedit ob causam aliquam, quam sciebat sequi nullo modo posse quasi & hic donasse videatur ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* eiusmodi autè est si sororis filia quasi auunculo nuptura, ei dotem dederit, cùm matrimonium illud sequi nunquam possit. Impossibiles enim conditiones censentur, non minùs eæ quæ de iure, vt loquuntur, impossibiles sunt, quàm quæ de facto. vt iam diximus ex *d. l. filius 15. & praced. de condic. instit.* quia quod honestè facere non possumus, nec facere nos posse credendum est, vt eleganter Papinianus loquitur in *d. l. filius.* Quòd si de facto impletæ sint, nec pro impletis habendæ sunt ad vtilitatè & commodum eius qui impleuit, sed tantùmmodò in ipsius damnum & pœnam, vt quod turpiter, & contra leges factum est, earūdem legum seueritate vindicetur, & auferantur omnia quæ per occasionem illiciti matrimonij ad alterum ex coniugibus ab altero peruenerunt. Quod etiam iure vetere obtinebat *l. vxori maritus 27. infr. de vsufr. legat.* nec ad rem pertinet, quod in specie huius legis sponsalia quoque prohibita sunt, non minùs quàm nuptiæ *l. oratio 16. infr. de sponsal. l. si quis tutor 60. §. quamuis de rit. nupt.* siue per verba de præsenti facta sint, siue per verba de futuro: quam distinctionem iuri ciuili incognitam Ius canonicum primùm induxit, nam neque Papinianus ponit cōtracta fuisse vlla sponsalia: & quamuis contracta essent, omni tamen casu admitterent iure ciuili locum pœnitentiæ, quam ipsæ etiam incestæ nuptiæ interdum admittunt: Scilicet si acerrimo facti errore factæ sint, & coniuges errore comperto statim & sine vlla procrastinatione coniunctionem diremerint *d. l. qui contrà in fin.* Quod intelligo non modò quantum ad lucra nuptialia duntaxat, sed etiam quantum ad dotem, ne cum Bartolo meliorem facias cōditionem dotis, quasi quæ causam habeat, vt ille ait onerosam, quàm lucrorum qui lucratiuam habent, nam è contrario lex Iulia quæ dotem ob illicitum matrimonium caducam fecit, indistinctè locuta est *d. l. incesta & d. l. dote.* propter quod videri potiùs posset, nō esse adhibendam in dote illam distinctionem, quam adhibuerunt Imperatores, qui pœnam legis Iuliæ ad lucra etiam nuptialia extenderunt in *d. l. qui contra.* nisi absurdum esset, meliorem facere cōditionem lucrorum nuptialium, quàm dotis, & iacturam dotis inducere tum quoque cùm nullum delictum intercessisset, quod per iustum errorem facti semper excluditur *d. l. 38. §. 1. de adult.* Ergo tunc applicari eam fisco & caducam fieri necesse est, cùm illicitum matrimonium contractum est, dolo malo & à delinquentibus, *l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt. d. l. vlt. de leg. 1. d. l. 2. d. l. Claudius 13. de his qua vt indign.* non etiā si contracta sint tantùm sponsalia, quia lex Iulia de sponsalibus locuta non est, sed tantùm de nuptiis, neque quantum ad pœnam amittendæ dotis ad sponsalia extendi debuit, nōmodò tanquam odiosa (nec enim odiosæ leges adiuuandæ sunt interpretatione *l. cùm quidam 19. de liber. & posthum.*) sed etiam & illa potissimùm ratione, quòd sponsalia non possunt facere dotem, sed solum matrimonium. Vt taceam quod addit Bartolus, quamuis fortasse nimis generaliter, quoties delictum ideo non perficitur, quia is qui delinquere cœperat, non vult perficere, pœnam delicti cessare, quasi suffragio iustæ pœnitentiæ absolutus, vt loquitur Paulus in *leg. qui falsam 19. infr. de leg. Cornel. de fals. l. Papinianus 8. §. meminisse sup. de inoffic. testam. l. qui cùm maior 14. § accusasse l. in seruitutem 16. §. petusse infr. de bon. libert.* Planè vt Bartolus monet, potest iusta ignorantia etiam alterutrius coniugum illicitas & prohibitas nuptias contrahentium ei prodesse, non quidem quod ad hoc vt eo minùs illicitæ sint nuptiæ (legum enim authoritatem rusticitatis & imperitiæ velamentis circūueniri non oportet, vt ait *l. 1. C. de interd. matrim.*) sed quantum ad hoc, vt ex parte ignorantis filij legitimi dici possint, & successionis capaces, vt in specie *l. qui in prouincia 57. §. 1. infr. de rit. nupt.* vbi de ea muliere tractatur quæ in matrimonio auunculi sui per multos annos fuerat, & in eo collocata ab auia, & plures in ea matrimonij figura liberos susceperat. Quamquam hac de re ius Pontificium consulendum potiùs, & sequendum est: item vt si in contrahendo illicito matrimonio nullum delictū admissum sit, puta si mulier libera seruo nupserit cuius statum ignorabat, nihilominùs repetere dotē possit, & quidem cum eodem priuilegio quod veris dotibus dari solet *l. si cùm dotem 22. §. vlt. infr. solut. matrim l. 3. C. eod.* Idem enim priuilegium etiam condictioni datur, quod fauoris ratione tribui solet actioni de dote inter actiones personales *l. si sponsa 74. infr. de iur. dot. l. quæsitum 17. §. vlt. & legib. seqq. infr. de reb. author. indic. possid. alias l. 1. 3. & 4. de priuileg. credit.* Et ad hos nimirū casus restringi debet, quod scriptum est in *l. 2. C. de condict. ob caus. dat.* non autem ita intelligi, vt quidam putant, quasi iure nouo non fiat dos caduca, propter incestuosum matrimonium, quomodo fiebat olim *d. l. dote & d. l. si quis 6. C. de incest. nupt.* nō enim quodlibet illicitum matrimonium faciebat caducam dotem, sed illud demum quod delicti causam admixtam habebat, vt diximus. nec enim pœna vlla sine delicto esse potuit aut debuit, præsertim per quam amissio dotis

4. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

NIhil refert, vtrúmne ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam quid datum est, secuta non sit.

Ad l. Nihil refert 4.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est, quæ ad §. *pen. l. 1. supr.* vbi eadem omnino sententia proponitur, nisi quòd hîc Africanus tractat tantùm de causa non secuta, Vlpianus verò in *d. §. penult.* de causa etiam finita, ac proinde secuta. Nec enim finiri posset, quæ nunquam secuta esset, nec initium habuisset *leg. Titio vsumfructum 96. infr. de condic. & demonstr.* Miror verò esse hunc casum ab Africano prætermissum, cùm magis conueniat condictioni sine causa, quàm casus ille quo causa secuta non sit: admittit enim ille & inducit maiore quodam iure condictionem sine causa, quam non æquè possis inducere, si causa secuta sit & finita. Nomen enim ipsum repugnat condictionis ob causam dati causa non secuta: contrà verò cùm causa quæ ab initio aliqua fuit, ex postfacto finita est, æquè locus esse debet condictioni sine causa, atque si nulla ab initio fuisset: quia verum est eo tempore quo agitur, quod in hac condictione maximè spectandum est, cùm neque ad tempus præteritum respiciat, neque ad futurum, iam nullam esse causam licet aliquando fuerit, non enim amplius est, quod finem essendi, vt ita loquar cum philosophis, iam accepit, ideo autem datur condictio siue causa secuta non sit, siue finita fuerit, quoniam alioquin vtroque casu vt ex alieno damno locuples fieret is qui accepisset: quæ generalis ratio est inducendarum condictionum, & repetitionum omnium *leg. cùm hi 8. §. si quis de alimentis vers. sanè supr. de transact.*

5. PAPINIANVS libro 11. Quæstionum.

AVunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupsit. an eandem repetere possit, quæsitum est: dixi, cùm ob turpẽ causam dantis, & accipientis pecunia numeretur, cessare condictionẽ: & in delicto pari potiorẽ esse causam possessoris, quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem condictionem. sed rectè defendi, non tã turpem causam in proposito, quàm nullam fuisse: cùm pecunia, quæ daretur, in dotem conuerti nequiret. non enim stupri, sed matrimonij gratia datam esse.

Ad l. Auunculo vlt.

RAT. DVB. Cùm ob turpem causam dantis & accipientis pecunia numeratur, cessat condictio, quia in pari delicto potior est causa possessoris *l. penult. supr. de condict. ob turp. caus. l. 2. C. eod.* Atqui turpes sunt & illicitæ nuptiæ inter auunculum & sororis filiam, adeóq; neptem & proneptem, quia his personis auunculus loco parentis est *§. fratris autem Inst. de nupt. l. sororis 39. infr. de rit. nupt.* Ergo si sororis filia auunculo nuptura dotem ei dederit, quãuis posteà non nupserit, dicendum est condictionem cessare, quia in eo vtriusque turpitudo versatur. DEC. Matrimonij & dotis causa semper honesta est, & fauorabilis ob admixtam vtilitatem reipublicæ *l. 1. infr. solut. matr. l. 2. & 3. de iur. dot.* Atqui in proposita specie sororis filia auunculo nuptura dotem ei dedit, non stupri causa, sed matrimonij. Ergo non ob turpem causam, sed potiùs ob honestã: nec quod non nisi turpiter matrimonium inter huiusmodi personas sequi potuit, ad rem facit, nam præter id quod ponimus secutum non fuisse, nihil aliud ex eo inferre possis, nisi quod vult Papinianus, nullam hîc potiùs quàm turpem fuisse causam dotis dandæ, cùm ea pecunia in dotem cõuerti nequeat, quia nec matrimonium sequi vllum potest, impossibilitate iuris quæ impossibilitati facti passim æquiparatur *l. filius 15. cum l. praeced. infr. de condic. instit.* Dicendum igitur est, locum esse hoc casu condictioni sine causa: & ita Papinianus noster subtilissimè concludit, nam in condictione ob turpem causam proxima causa inspicienda est, non remota, vt benè hîc Bartolus tractat ex *l. 3. §. sed quod meretrici sup. de condict. ob turp. caus.* In proposito autem causa proxima fuit dotis dandæ ob matrimonium, quãuis tale matrimonium non nisi turpiter & illicitè contrahi potuerit. Quid ergo si matrimonium secutum esset? Et quidem si contrahentes matrimonium, neque vis neque factum ignorarant, nullam penitus habere possunt excusationem, nec dubitandum est, quin hoc casu non tantũ lucra nuptialia, omnia eis auferenda sint *l. qui contra 4. C. de incest. nupt.* sed etiam dos ipsa fiat caduca *l. si quis 6. eod. tit. l. vxori maritus 27. infr. de vsufr. legat. l. incesta 52. l. dote 61. infr. de rit. nupt.* Nam nec fœminis hoc casu parcitur etiam quod ad pœnam ex legibus publicorum iudiciorum irrogandam. Quamuis si sola iuris Romani obseruatio interueniret nec iure gentium incessum committeretur, esset mulier per iuris ignorantiam à crimine excusanda *l. si adulterium 38. in princip & §. 1. & seqq. infr. ad leg. Iul. de adult.* Solus Bartolus tentat an dici possit mulierem etiamsi ius & factum sciat, non eo magis tamen prohibendam condicere dotem quam dedit: & in eam sententiam procliuior est, vt non perdat dotem, quia eam habeat, non vt lucrum, sed vt quid sibi proprium, & ex causa onerosa, quasi neque ratione turpitudinis repelli debeat, vt Papinianus hîc respondit, neque ratione indignitatis, quippe quæ non ab alio ei possit obiici quàm à fisco, sed in hoc tamen fallitur. Nam vt meliùs docet Accursius, ne quidem ignorantia mulieris eã excusat ab amissione dotis, sed tantùm à pœna criminis, nisi sit error facti, & quidem acerrimus, vt loquitur *d. l. qui contrà, iunct. d. l. incesta & d. l. dote & d. l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt.* & quod à

Papi-

Papiniano in hac lege contrà responsum videtur, non ad mulieris ignorantiam, & errorem siue facti siue iuris referendum est, (cùm tractet Papinianus eum casum quo par delictum fuerit vtriusque contrahentium, quod tamen nullum esset, interueniente facti errore, quia neque consentiunt, neque delinquunt qui errant. Idque ex sequenti specie clarius apparet,) sed ad id quod non magis de facto, quàm de iure fuerat secutum matrimonium, quo secuto aliud sanè Papinianus respondisset, non tantùm ratione turpitudinis (ea namque ratio mulieri tantùm adimeret condictionem non etiam dotem marito) sed ob id maximè quòd propter contractum illicitè & dolo malo matrimonium dos caduca facta esset, & fisco applicanda *d.l. incesta d.l. dote l.2. §.1. d.l. Claudius 13. de his qua vt indign.* nisi talem proponeres mulierem, quæ non posset videri deliquisse, quòd ab alio puta tutore suo, decepta esset vt in *l. vlt. de leg.* 1. loquimur enim de iis qui communem delinquendi causam habuerunt contrahendo prohibitas nuptias, vt in specie huius legis. Alioqui competeret mulieri quæ aut ius aut factum ignorasset condictio ob causam dati causa non secuta, quoniam ad condictionem illam impediendam non sufficit causam secutam esse de facto, si iure non habuerit effectum *l. 3. §. si liber homo de condict. ob caus.* Sed tamen hoc etiam, nisi fallor, æquè naturalè, quia id intelligi debet, quoties ea causa saltem aliquo casu sequi potest vt in *d. §. si liber homo.* nec enim per se impossibilis est causa manumittendi, sed tantùm in homine iam libero. Cæterùm si absolutè sit impossibile causam sequi, ob quam aliquid datum est, non eo minùs cessat repetitio, vt est rectè scriptum est in *l. dictam legem 8. C. de condict. ob caus. dator.* quia imputare sibi debet, qui vltro dedit ob causam aliquam, quam sciebat sequi nullo modo posse quasi & hic donasse videatur ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* eiusmodi autè est si sororis filia quasi auunculo nuptura, ei dotem dederit, cùm matrimonium illud sequi nunquam possit. Impossibiles enim conditiones censentur, non minùs eæ quæ de iure, vt loquuntur, impossibiles sunt, quàm quæ de facto. vt iam diximus ex *d. l. filius 15. & preced. de condic. instit.* quia quod honestè facere non possumus, nec facere nos posse credendum est, vt eleganter Papinianus loquitur in *d.l. filius.* Quòd si de facto impletæ sint, nec pro impletis habendæ sunt ad vtilitatē & commodum eius qui impleuit, sed tantùmodò in ipsius damnum & pœnam, vt quod turpiter, & contra leges factum est, earūdem legum seueritate vindicetur, & auferantur omnia quæ per occasionem illiciti matrimonij ad alterum ex coniugibus ab altero peruenerunt. Quod etiam iure veteri obtinebat *l. vxori maritus 27. infr. de vsufr. legat.* nec ad rem pertinet, quod in specie huius legis sponsalia quoque prohibita sunt, non minùs quàm nuptiæ *l. oratio 16. infr. de sponsal. l. si quis tutor 60. §. quamuis de rit. nupt.* siue per verba de præsenti facta sint, siue per verba de futuro: quam distinctionem iuri ciuili incognitam ius canonicum primùm induxit, nam neque Papinianus ponit cōtracta fuisse vlla sponsalia: & quamuis contracta essent, omni tamen casu admitterent iure ciuili locum pœnitentiæ, quam ipsæ etiam incestæ nuptiæ interdum admittunt: Scilicet si acerrimo facti errore factæ sint, & coniuges errore comperto statim & sine vlla procrastinatione coniunctionem diremerint *d. l. qui contrà in fin.* Quod intelligo non modò quantum ad lucra nuptialia duntaxat, sed etiam quantum ad dotem, ne cum Bartolo meliorem facias cōditionem dotis, quasi quæ causam habeat, vt ille ait onerosam, quàm lucrorum quæ lucratiuam habent, nam è contrario lex Iulia quæ dotem ob illicitum matrimonium caducam fecit, indistinctè locuta est *d. l. incesta & d. l. dote.* propter quod videri potiùs posset, nō esse adhibendam in dote illam distinctionem, quam adhibuerunt Imperatores, qui pœnam legis Iuliæ ad lucra etiam nuptialia extenderunt in *d. l. qui contra,* nisi absurdum esset, meliorem facere cōditionem lucrorum nuptialium, quàm dotis, & iacturam dotis inducere tum quoque cùm nullum delictum intercessisset, quod per iustum errorem facti semper excluditur *d.l. 38. §. 1. de adult.* Ergo tunc applicari eam fisco & caducam fieri necesse est, cùm illicitum matrimonium contractum est, dolo malo & à delinquentibus, *l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt. d. l. vlt. de leg. 1. d. l. 2. d. l. Claudius 13. de his quæ vt indign.* non etiā si contracta sint tantùm sponsalia, quia lex Iulia de sponsalibus locuta non est, sed tantùm de nuptiis, neque quantum ad pœnam amittendæ dotis ad sponsalia extendi debuit, nōmodò tanquam odiosa (nec enim odiosæ leges adiuuandæ sunt interpretatione *l. cùm quidam 19. de liber. & posthum.*) sed etiam & illa potissimùm ratione, quòd sponsalia non possunt facere dotem, sed solum matrimonium. Vt taceam quod addit Bartolus, quamuis fortasse nimis generaliter, quoties delictum ideo non perficitur, quia is qui delinquere cœperat, non vult perficere, pœnam delicti cessare, quasi suffragio iustæ pœnitentiæ absolutus, vt loquitur Paulus in *leg. qui falsam 19. infr. de leg. Cornel. de fals. l. Papinianus 8. §. meminisse sup. de inoffic. testam. l. qui cùm maior 14. §. accusasse l. in seruitutem 16. §. petisse infr. de bon. libert.* Planè vt Bartolus monet, potest iusta ignorantia etiam alterutrius coniugum illicitas & prohibitas nuptias contrahentium ei prodesse, non quidem quod ad hoc vt eo minùs illicitæ sint nuptiæ (legum enim authoritatem rusticitatis & imperitiæ velamentis circūueniri non oportet, vt ait *l. 1. C. de interd. matrim.*) sed quantum ad hoc, vt ex parte ignorantis filij legitimi dici possint, & successionis capaces, vt in specie *l. qui in prouincia 57. §. 1. infr. de rit. nupt.* vbi de ea muliere tractatur quæ in matrimonio auunculi sui per multos annos fuerat, & in eo collocata ab auia, & plures in ea matrimonij figura liberos susceperat. Quamquam hac de re ius Pontificium consulendum potiùs, & sequendum est: item vt si in contrahendo illicito matrimonio nullum delictū admissum sit, puta si mulier libera seruo nupserit cuius statum ignorabat, nihilominùs repetere dotē possit, & quidem cum eodem priuilegio quod veris dotibus dari solet *l. si cùm dotem 22. §. vlt. infr. solut. matrim. l. 3. C. eod.* Idem enim priuilegium etiam condictioni datur, quod fauoris ratione tribui solet actioni de dote inter actiones personales *l. si sponsa 74. infr. de iur. dot. l. quæsitum 17. §. vlt. & legib. seqq. infr. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 1. 2. 3. & 4. de priuileg. credit.* Et ad hos nimirū casus restringi debet, quod scriptum est in *l. 1. C. de condict. ob caus. dat.* non autem ita intelligi, vt quidam putant, quasi iure nouo non fiat dos caduca, propter incestuosum matrimonium, quomodo fiebat olim *d. l. dote & d. l. si quis 6. C. de incest. nupt.* nō enim quodlibet illicitum matrimonium faciebat caducam dotem, sed illud demum quod delicti causam admixtam habebat, vt diximus. nec enim pœna vlla sine delicto esse potuit aut debuit, præsertim per quam amissio dotis

precium solutum fuerat. Quod longè diuersum est in eo, qui non ex contractu aliquo conuentus, sed tanquam rei possessor æstimationem præstat, vt eximat se à vindicatione, dominúmque à petitione sua summoueat. Summoto enim domino nulla fit ei iniuria, si dominium quod eius fuerat, in possessorem transferatur soluta æstimatione quasi cõtracta emptione: at fieret iniuria domino, & commodatori, si ob acceptam æstimationem culpæ ab eo, qui ex contractu tenebatur, amitteret rei suæ dominium, de quo in illa actione non tractabatur: neque enim agebat tanquam dominus, sed quia fulloni vestimenta lauanda locauerat, aut alij rem commodauerat, perinde acturus etiamsi aliena vestimenta aut lauanda locasset, aut commodasset. Quo tamen casu nemo diceret, acquisitum ei fuisse ex solutione precij dominium rei alienæ, aut dandam illi vtilem Publicianam ob precium ei solutum, qui dominus non fuisset. Simile est quod in depositi, locati, & commodati iudicio, quamquam dolo aduersarij res absit, tamen condemnato succurri solet, vt ei actionibus suis dominus cedat *l. in depositi 12. infr. de re indic.* quod diuersum est in eo, qui dolo malo rem alienam possidet, aut dolo desiit possidere *d. l. is qui dolo 69. & seq. supr. de rei vindicat.* Is enim ex rapina & improbitate sua actionem sibi acquireret, vt scriptum est in *l. nec quasi 70. eod.* quod esse non debet *l. itaque fullo 12. §. 1. inf. de furt.* at in specie *d. l. in depositi* acquirit sibi actionem beneficio cessionis depositarius, conductor & commodatarius, non ex sua improbitate, sed ex suo contractu, licèt per improbitatem ipsius fiat, vt ex suo contractu cõueniatur. Et ita leges supradictæ quæ alioqui maximè pugnare inuicem videntur, conciliandæ sunt, non quomodo ab interpretibus nostris, quorum plerique id quod scriptum est in *d. l. is qui dolo* referunt ad ius strictum, quod verò in *d. l. in depositi*, ad æquitatem. De lauandis à fullone instrumentis & quo ordine, quóque modo fieri id deberet, præscripsit lex Metella, adeò fuerunt curæ omnia vel minima veteribus Romanis, vt ex Plinio, Cuiacio & Scaligero notat hîc doctissimus & diligentissimus Gothofredus.

3. IVLIANVS libro 8. Digestorum.

QVi sine causa obligantur, incerti condictione [a] consequi possunt, vt liberentur. nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat [b], an maiorem, quàm suscipere eum oportuerit. nisi quòd aliàs condictione id agitur vt omni obligatione liberetur: aliàs, vt exoneretur, veluti qui decem promisit. nam siquidem nullam causam promittendi habuit: incerti condictione consequitur, vt tota stipulatio acceptò fiat. ac si cùm quinque promittere deberet, decem promisit: incerti condictione consequetur, vt in quinque liberetur.

Ad l. Qui sine 3.

RAT. DVB. Obligatio facta sine causa videtur nullius esse momenti ipso iure, vt Bartolus hîc tractat, ex *l. cùm de indebito 25. §. vlt. infr. de probat.* Sunt enim omnes obligationes ad hoc comparatæ, vt sibi vnusquisque acquirat, quod sua interest *l. stipulatio ista. 38. §. alteri de verb. oblig.* Nihil autem interest eius qui acquirendi causam nullam habet: aut si quis contra Bartolum velit defendere, quod verius est, tenere ipso iure obligationem etiam quæ facta sit sine causa, certum tamen est, posse eum qui ex eiusmodi obligatione & stipulatione agit, doli mali exceptione summoueri, quia licet ab initio nihil dolo malo fecerit, nunc tamen facit cùm perseuerat, ex ea stipulatione petere *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* Quid ergo necesse est ei qui sine causa promisit, dari condictionem incerti sine causa, vt liberetur, cùm possis tutus esse exceptione doli quoties conuenietur, præsertim cùm melius sit rei partes sustinere, quàm actoris *l. fauorabiliores 125. de regul. iur.* Nec simile est si quis obiiciat, eum qui exceptionem habeat non numeratæ pecuniæ, non eo minùs actionem quoque habere, per quam cõqueratur de pecunia non numerata si vltro agere malit, quàm expectare, vt cõueniatur *l. si quasi 7. & seq. leg. in contractibus 14. in princip. C. de non numer. pecun. l. vlt. Cod. hoc tit. de condict. ex leg. & sin. caus.* Ita enim ius constitui in illa specie necesse fuit, quia exceptio non numeratæ pecuniæ semper temporalis fuit, & olim quinquennio concludebatur, hodie biennio *dict. l. in contractibus.* Non est autem in potestate illius cui competit exceptio non numeratæ pecuniæ vt intra quinquennium, vel biennium conueniatur *l. petenda 6. C. de tempor. in integr. restit.* Ergo ne esset in potestate improbi creditoris adimere illi exceptionẽ, dilata in lõgius tempus actione, æquissimũ fuit dari ei actionem æquè temporalẽ de nõ numerata pecunia, vt querelã suã quam iure exceptionis deferre nõ poterat, antè quàm cõueniretur, deferret iure actionis. At doli mali exceptio quã in hac specie competere diximus, non similiter temporalis est, sed perpetua *l. purè 5. §. vltim. de doli mal. except.* Nullũ ergo erat periculum amittendæ exceptionis propter quod etiã actio dari ei deberet, nã & dici solet, nihil interesse an quis actionẽ nõ habeat ipso iure, an verò eã habeat quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil. interest 112. de regul. iur.* DEC. Interest eius qui obligatus est siue cum causa, siue etiam sine causa, vt quã citò fieri potest liberetur, aut soluendo si sit verus debitor, aut citra solutionem si sine causa se obligauerit, nec tãtùm vt liberari possit opposita exceptione si conueniatur, sed etiam proposita vltro actione ne conueniri vnquam possit. Nam & cùm exceptio aliqua etiã perpetua cõpetit, periculũ adhuc subest ne per errorẽ & imprudentiã omittatur *l. qui exceptionẽ 40 supr. tit prox. l. si fideiussor 29. infr. mãdat.* quo casu cõdẽnatio sequitur acsi nulla exceptio cõpeteret quia nec diuinare eam iudex potest, nec si sciat nõ oppositã supplere, cùm sit facti. *Tit. C. vt quæ desunt aduoc. part. iud. suppl.* & fieri potest, vt exceptione etiam iusta & cõpetẽte reus vsus sit, nec eo minùs tamen cõdẽnetur siue per iniuriã iudicis, siue quod iniustæ damnationis causã ipse culpa sua præbuerit vt in *l. exceptione 67. infr. de fideiuss.* Tutius ergo est, vt qui debitor dicitur nõ tantũ exceptionis, sed etiã actionis iure liberationẽ vrgeat, si consequi eam possit: quod commodè fit per acceptilationem, vt hæc lex docet, & *l. si quis reum 5. infr. de liber. legat. §. 1. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Secuta. n. acceptilatione, atq. ita sublata omni obliga-

obligatione secutus est is, qui anteà debitor fuerat, cùm amplius conueniri non possit. Nemo enim sine actione agere potest *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* Qui autem conueniri non potest, nec condemnari potest, quia omnis condemnatio actionem præsupponit *l. 1. infr. de re iudic.* ne quidem per iniuriam iudicis, quia nec sine actione dari quisquam iudex potest, cùm dari actionem à Prætore post litem contestatam & dari formulam, aut iudicem, aut iudicium patia sint *l. 2. C. de pedan. iudic.* Denique tutius est liberari quem ipso iure quàm ope exceptionis, licet in dubio tutius sit, exceptionem sibi competentem obiicere, quàm quasi parta ipso iure liberatione exceptionem omittere *l. qui seruum 34. §. 1. infr. de oblig. & action.* Quod ergo is qui sine causa promisit potest habere doli exceptionem perpetuam si ex ea stipulatione conueniatur, non debet facere quominus etiam actio ei vltro danda sit, id est condictio incerti sine causa, per quam ad hoc agat, vt liberetur. Sic in *l. 3. C. de condict. indeb. l. si indebitam 15. C. de fideiuss.* Nec distinguendum est cum Bartolo, an causa nulla omnino in promissione expressa sit, an verò aliqua quidem, sed quæ in rei veritate, vt ipse loquitur, erat nulla. Nam & cùm nulla prorsus expressa causa est in stipulatione, non eo minùs tamen stipulatio tenet ipso iure vt ex ea conueniri promissor possit, adeóque condemnari, si non sibi prospiciat opposita doli mali exceptione *d. §. circa.* solam enim verborum solemnitatem requirit stipulatio, ad inducendam ipso iure obligationem, non item aliquam obligationis causam. Porrò quo casu doli exceptio prodesse potest promissori si conueniatur, eodem casu etiam actio eidem accommodari potest & debet, vt liberationem vrgere vltrò, & consequi possit: condicere enim quantitatem non potest, quam non dedit, sed tantùm obligationem *l. 1. vers. qui autem supr. hoc tit.* Ex quo loco iuncta hac lege apparet, effectum obligationis condicendæ, non alium esse, quàm vt liberatio sequatur. Et longè aliud esse condici obligationem, si quis propriè ac pattitè loqui velit, aliud verò condici liberationem. Tum enim liberatio condicenda est, cùm iam facta est, nec ad alium finem condicitur liberatio, quàm vt is qui verè liberatus est, restituat se in obligationem vt in *l. 4. supr. de condict. caus. dat.* Itaque sunt ista merè opposita, & contradictoria, Condici obligationem & liberationem: in quo plerique errant.

a *Incerti condictione.* Quærit Accursius & post eum Bartolus, an hoc sit nomen actionis alicuius, quæ specialiter dicatur *condictio incerti*, an verò qualitas quædam actionis ex eo nomen habens, quod detur ad rem incertam. Sed iam monui sæpius præsertim ad *l. 1. supr. & ad l sed si me putem 22. §. 1. supr. tit. prox.* esse hanc tantùm qualitatem & differentiam actionis: esse enim omnes condictiones, siue indebiti, siue ob causam dati causa non secuta, siue ob turpem vel iniustam causam, siue hanc de qua agimus, *sine causa* siue furtiuam, aliàs certi, aliàs incerti. Certi quoties certum petitur de quibus in *leg. certi condictio 9. supr. de reb. credit.* Incerti verò quoties incertum petitur, vt puta quanti actoris intersit, aut vt aliquid fiat, puta acceptilatio ad inducendam liberationem, vt in hac lege. Quicquid enim consistit in faciendo per se incertum est *l. vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig.* & obligatio faciendi, si factum non sit, resoluitur in obligationem & præstationem eius quod interest *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic.*

b *Nec refert omnē quis obligationem sine causa suscipiat.* RAT. DVB. Non semper idē de parte ad partē iuris est, quod de toto ad totum, vt in specie *l. quandiu C. de distract. pignor.* vbi dicitur soluto quidem toto debito pignus totū liberari, sed si quid vel minimum solutioni desit aut sortis aut vsurarum, nullomodo liberationem pignoris contingere, ne quidem pro ea parte pro qua solutio debiti facta est, quamuis & pecunia quæ debetur diuidua sit, & fundus qui pignori datus fuit. Quod & scriptum est in *l. 1. & 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. vel credit.* Similiter igitur & in proposita specie dicendum est, si quis maiorem obligationem susceperit, quàm suscipere debuerit, puta si decem promiserit cùm quinque duntaxat promittere deberet, aut in totum aut nulla penitus ex parte condicendam esse obligationem: ne alioqui eueniat, vt vnus idémque contractus diuerso iure censeatur, quod iuris ratio non facilè admittit *vulg. leg. eum qui ædes 23. infr. de vsucap.* DEC. In his quæ omnino diuidua sunt, vt Bartolus hîc loquitur, idem iuris est de parte quod ad partem, quod est de toto quod ad totum *leg. quæ de tota 76. supr. de rei vindic.* In hoc enim rerum genere vna quæque pars efficit suum totum non vniuersale sed particulare. Atqui obligationes omnes, quæ in quantitate consistunt, diuiduæ sunt *l. 2. de verb. oblig.* quia & quantitas ipsa diuidua est, sicut è contrario dicimus stipulationes non diuidi earum rerum quæ indiuiduæ sunt *l. 2. l. 4. leg. stipulationes non diuiduntur 72. leg. in executione 85. § pro parte eod. tit.* Potest enim fieri, vt ex decem promissis quinque promissa sint ex iusta causa, quinque verò sine causa: nec eadem semper causa est debendi decem, quæ debendi tantùm quinque, cùm in maiori quidem summa minor insit, sed non contrà *l. 1. §. si stipulanti eod. tit. l. in eo 110. in princip. de regul. iur. l. cùm furti 9. supr. de in lit. iurand.* Consequens igitur est, vt in proposita specie, si is qui quinque tantùm debebat, decem sine causa promiserit, incerti condictione consequi debeat, vt non in totis decem, sed in quinque tantùm liberetur: cùm tamen si nullam causam promittendi habuisset, incerti condictione consequeretur vt tota stipulatio acceptò fieret. Alia ratio est pignoris de quo in *d. l. quandiu C. de distract. pignor.* & aliis suprà in dubitandi ratione adductis. Est enim pignoris causa indiuisa, vt Papinianus ait in *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* nam nec verisimile est creditorē qui pignus accepit pro centum, vllam partem pecuniæ crediturum fuisse, si non ei pignus datum pro totis centum fuisset *l. heredes 25. §. idem obseruatur supr. Famil. ercisc. l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia infr. de pignor. act.* Eadémque causa est cæterorum contractuum quos credibile est non fuisse cōtrahētes pro parte inituros, vt euenit in emptionibus & dationibus in solutum *l. cùm ex causa 139. inf. de verb. oblig.* nec enim credēdus est venditor partem fundi vendidisse ei cui totum vendidit, neque emptor partem fundi empturus quem totum emit, aut in solutum accepit *l. tutor 47. §. 1. supr. de minor. l. si quis aliam 46. infr. de solut.* ob incommoda nimirum communionis *l. si non sortem 26. §. si centum supr. Tit. prox. iunct. l. in re communi 26. vrban. prædior. l. cùm pater 77. § dulcissimis delegat. 2.* At non similiter possis dicere, eum qui decem promisit, cùm quinque duntaxat deberet, non æquè promissurum fuisse quinque, si stipulator quinque tantùm non etiam decem stipulari voluisset.

Papiniano in hac lege contrà responsum videtur, non ad mulieris ignorantiam, & errorem siue facti siue iuris referendum est, (cùm tractet Papinianus eum casum quo par delictum fuerit vtriusque contrahentium, quod tamen nullum esset, interueniente facti errore, quia neque consentiunt, neque delinquunt qui errant. Idque ex sequenti specie clarius apparet,) sed ad id quod non magis de facto, quàm de iure fuerat secutum matrimonium, quo secuto aliud sanè Papinianus respondisset, non tantùm ratione turpitudinis (ea namque ratio mulieri tantùm adimeret condictionem non etiam dotem marito) sed ob id maximè quòd propter contractum illicitè & dolo malo matrimonium dos caduca facta esset, & fisco applicanda *d.l. incesta d.l. dote l. 2. §. 1. d.l. Claudius 13. de his quæ vt indign.* nisi talem proponeres mulierem, quæ non posset videri deliquisse, quòd ab alio puta tutore suo, decepta esset vt in *l. vlt. de leg.* 1. loquimur enim de iis qui communem delinquendi causam habuerunt contrahendo prohibitas nuptias, vt in specie huius legis. Alioqui competeret mulieri quæ aut ius aut factum ignorasset condictio ob causam dati causa non secuta, quoniam ad condictionem illam impediendam non sufficit causam secutam esse de facto, si iure non habuerit effectum *l. 3. §. si liber homo de condict. ob caus.* Sed tamen hoc etiam, nisi fallor, æquè male, quia id intelligi debet, quoties ea causa falsem aliquo casu sequi potest vt in *d. §. si liber homo.* nec enim per se impossibilis est causa manumittendi, sed tantùm in homine iam libero. Cæterùm si absolutè sit impossibile causam sequi, ob quam aliquid datum est, non eo minùs cessat repetitio, vt eleganter scriptum est in *l. dictam legem 8. C. de condict. ob caus. dator.* quia imputare sibi debet, qui vltro dedit ob causam aliquam, quam sciebat sequi nullo modo posse quasi & hic donasse videatur ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* eiusmodi autẽ est si sororis filia quasi auunculo nuptura, ei dotem dederit, cùm matrimonium illud sequi nunquam possit. Impossibiles enim conditiones censentur, non minùs eæ quæ de iure, vt loquuntur, impossibiles sunt, quàm quæ de facto. vt iam diximus ex *d. l. filius 15. & praeced. de condic. instit.* quia quod honestè facere non possumus, nec facere nos posse credendum est, vt eleganter Papinianus loquitur in *d. l. filius.* Quòd si de facto impletæ sint, nec pro impletis habendæ sunt ad vtilitatẽ & commodum eius qui impleuit, sed tantùmmodò in ipsius damnum & pœnam, vt quod turpiter, & contra leges factum est, earũdem legum seueritate vindicetur, & auferantur omnia quæ per occasionem illiciti matrimonij ad alterum ex coniugibus ab altero peruenerunt. Quod etiam iure veteri obtinebat *l. vxori maritus 27. inf. de vsufr. legat.* nec ad rem pertinet, quod in specie huius legis sponsalia quoque prohibita sunt, non minùs quàm nuptiæ *l. oratio 16. infr. de sponsal. l. si quis tutor 60. §. quamuis de rit. nupt.* siue per verba de præsenti facta sint, siue per verba de futuro: quam distinctionem iuri ciuili incognitam Ius canonicum primùm induxit, nam neque Papinianus ponit cõtracta fuisse vlla sponsalia: & quamuis contracta essent, omni tamen casu admitterent iure ciuili locum pœnitentiæ, quam ipsæ etiam incestæ nuptiæ interdum admittunt: Scilicet si acerrimo facti errore factæ sint, & coniuges errore comperto statim & sine vlla procrastinatione coniunctionem diremerint *d. l. qui contrà in fin.* Quod intelligo non modò quantum ad lucra nuptialia duntaxat, sed etiam quantum ad dotem, ne cum Bartolo meliorem facias cõditionem dotis, quasi quæ causam habeat, vt ille ait onerosam, quàm lucrorum quæ lucratiuam habent, nam è contrario lex Iulia quæ dotem ob illicitum matrimonium caducam fecit, indistinctè locuta est *d. l. incestæ & d. l. dote.* propter quod videri potiùs posset, nõ esse adhibendam in dote illam distinctionem, quam adhibuerunt Imperatores, qui pœnam legis Iuliæ ad lucra etiam nuptialia extenderunt in *d. l. qui contra.* nisi absurdum esset, meliorem facere cõditionem lucrorum nuptialium, quàm dotis, & iacturam dotis inducere tum quoque cùm nullum delictum intercessisset, quod per iustum errorem facti semper excluditur *d. l. 38. §. 1. de adult.* Ergo tunc applicari eam fisco & caducam fieri necesse est, cùm illicitum matrimonium contractum est, dolo malo & à delinquentibus, *l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt. d. l. vlt. de leg. 1. d. l. 2. d. l. Claudius 13. de his quæ vt indign.* non etiã si contracta sint tantùm sponsalia, quia lex Iulia de sponsalibus locuta non est, sed tantùm de nuptiis, neque quantum ad pœnam amittendæ dotis ad sponsalia extendi debuit, nõ modò tanquam odiosa (nec enim odiosæ leges adiuuandæ sunt interpretatione *l. cùm quidam 19. de liber. & posthum.*) sed etiam & illa potissimùm ratione, quòd sponsalia non possunt facere dotem, sed solum matrimonium. Vt taceam quod addit Bartolus, quamuis fortasse nimis generaliter, quoties delictum ideo non perficitur, quia is qui delinquere cœperat, non vult perficere, pœnam delicti cessare, quasi suffragio iustæ pœnitentiæ absolutus, vt loquitur Paulus in *leg. qui falsam 19. infr. de leg. Cornel. de fals. l. Papinianus 8. §. meminisse sup. de inoffic. testam. l. qui cùm maior 14. §. accusasse l. in seruitutem 16. §. petisse infr. de bon. libert.* Planè vt Bartolus monet, potest iusta ignorantia etiam alterutrius coniugum illicitas & prohibitas nuptias contrahentium ei prodesse, non quidem quod ad hoc vt eo minùs illicitæ sint nuptiæ (legum enim authoritatem rusticitatis & imperitiæ velamentis circũueniri non oportet, vt ait *l. 1. C. de interd. matrim.*) sed quantum ad hoc, vt ex parte ignorantis filij legitimi dici possint, & successionis capaces, vt in specie *l. qui in prouincia 57. §. 1. infr. de rit. nupt.* vbi de ea muliere tractatur quæ in matrimonio auunculi sui per multos annos fuerat, & in eo collocata ab auia, & plures in ea matrimonij figura liberos susceperat. Quamquam hac de re ius Pontificium consulendum potiùs, & sequendum est: item vt si in contrahendo illicito matrimonio nullum delictũ admissum sit, puta si mulier libera seruo nupserit cuius statum ignorabat, nihilominùs repetere dotẽ possit, & quidem cum eodem priuilegio quod veris dotibus dari solet *l. si cùm dotem 22. §. vlt. infr. solut. matrim. l. 3. C. eod.* Idem enim priuilegium etiam condictioni datur, quod fauoris ratione tribui solet actioni de dote inter actiones personales *l. si sponsa 74. infr. de iur. dot. l. quæsitum 17. §. vlt. & legib. seqq. infr. de reb. author. indic. possid. al. l. 1. 3. & 4. de priuileg. credit.* Et ad hos nimirũ casus restringi debet, quod scriptum est in *l. 1. C. de condict. ob caus. dat.* non autem ita intelligi, vt quidam putant, quasi iure nouo non fiat dos caduca, propter incestuosum matrimonium, quomodo fiebat olim *d. l. dote & d. l. si quis 6. C. de incest. nupt.* nõ enim quodlibet illicitum matrimonium faciebat caducam dotem, sed illud demum quod delicti causam admixtam habebat, vt diximus. nec enim pœna vlla sine delicto esse potuit aut debuit, præsertim per quam amissio dotis

infligeretur: quia multùm intereſt, an errore matrimonium illicitè contrahatur, an verò contumacia iuris & ſanguinis contumelia concurrant *d.l.ſi adulterium 38.§.1.de adult.*

1 ¶ Nouerca priuigno, nurus ſocero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupſit. ceſſare condictio prima facie videtur: quoniam iure gentium inceſtum committitur. atquin magis in ea ſpecie, nulla cauſa dotis dandæ fuit. condictio igitur competit.

Ad §.1. *Nouerca*

Eſt hæc ſpecies ſimillima ſuperiori, eaſdémque ferè rationes recipit dubitandi, & decidendi, niſi quod maior hic ratio ſubeſſe videbatur, propter quam dicendum eſſet condictionem ceſſare, quoniam cùm nouerca priuigno, aut nurus ſocero nubit, inceſtum iure gentium committitur, quemadmodum & quoties ex gradu aſcendentium vel deſcendentium quis vxorem ducit *l.vlt.infr.de rit.nupt.* vbi additur hoc crimen, quia ignorari non poteſt, cùm ſit contra ius gentium, quod gentibus & perſonis omnibus pateт, excuſari non poſſe, neque adhibendam eſſe hoc caſu diſtinctionem illam, quæ adhiberi aliàs ſolet, cùm non niſi ex iuris Romani obſeruatione contrahitur, vt cùm quis ex latere eam ducit, quam vetatur aut adfinem, quam impeditur. An palàm & publicè, an verò clam contractum ſit matrimonium, vt palam delinquentes tanquam errantes pœna maiore excuſentur, clam verò committentes, vt contumaces plectantur: Etſi namque inter nouercam & priuignum, ſocerum & nurum non niſi adfinitatis præteritæ veneratione prohibitæ ſunt nuptiæ *§. adfinitatis Inſtit. de nupt.* (vnde Accurſius & Ioannes occaſionem ſumpſerunt exiſtimandi perperam, matrimonium hoc iure tantùm ciuili eſſe illicitum, & interdictum, illud verò de quo in principio huius legis etiam iure naturali vtrúmq; aduerſus expreſſa illa Papiniani verba *quoniam iure gentium inceſtum committitur*) ſunt tamen hæ perſonæ ex gradu aſcendentium & deſcendentium, cùm ſocer patris loco ſit, & nurus loco filiæ *l. quia parentis 14.infr. ſolut. matr.* itémque nouerca loco matris, & priuignus loco filij *d. §. adfinitatis.* quod nemo dixerit de ſororis filia nupta auunculo. Sunt enim iſti ex latere, licet auunculus quoque parentis loco eſſe dicatur in *l.ſororis 39.infr.de rit.nupt.* ratione ſcilicet officij & proximæ coniunctionis, non gradus: Ideóq; excuſari aliquomodo poteſt mulier, quæ auunculo nupſit etiam quem eſſe auunculum ſciuit *d. l. vlt. & l.qui in prouincia 57.§.1.eod.l. ſi adulterium cum inceſtu 38. §.1.verſ.quare mulier infr.ad leg.Iul.de adult.* non etiam nouerca quæ priuigno, aut nurus quæ ſocero. Sic in *l.ne cum filiofamilias 16.infr.de furt.* Paulus ſcribit non tantùm iuris ciuilis conſtitutionem, ſed etiam naturam ipſam impedimento eſſe, ne cum filiofamilias agere pater poſſit, non magis quàm cum ſeipſo, tametſi tota eius iuris ratio pendeat à patria poteſtate quæ facit, vt eadem patris & filij perſona eſſe exiſtimetur: & quæ ipſa tamen patria poteſtas tota iuris ciuilis eſt non naturalis *Inſtit. de patr. poteſt in princip. Iunct.l.imperator 50.ad S.C.Trebell.* Idque proculdubio eſt, quod Papinianus noſter ſignificare voluit ſupradictis illis verbis, *quoniam iure gentium inceſtum committitur*, quod ſequentia illa oſtendunt *atquin vel magis in ea ſpecie.* Vt intelligamus, quanto magis prohibitú eſt matrimonium, inter ſocerum & nurum, nouercam & priuignum, quàm inter ſororis filiam & auunculum. Tanto minùs quidem excuſari poſſe eas perſonas, quæ inceſtum iure gentium committerunt, quàm ſi iure tantùm ciuili id commiſiſſent, quia ius gentium, hac parte ius naturale eſt, quod natura ipſa & naturalis ratio atq; honeſtas omnes homines docuit, ſed tamen tanto magis verum eſſe nullam dandæ dotis cauſam fuiſſe, eo caſu quo matrimonium ſine inceſtu contrahi non potuit, ideóq; non minùs in hac ſpecie, quàm in ſuperiore, imò longè magis dandam eſſe mulieri condictionem eius pecuniæ, quæ non propter inceſtum, ſed propter futurum matrimonium data eſſet, condictionem, inquam, ſine cauſa, dummodò non ſint ſecutæ nuptiæ. Hoc enim omnimodo addendum eſt, quod nec Papinianus prætermiſit: alioqui omnino dos caduca fieret, nec allegatio vlla erroris admitti poſſet contra inceſtum, quod iure gentium admiſſum probaretur, ſiue error iuris eſſet *d.l. vlt.de rit.nupt. & dict.l.ſi adulterium 38.verſ.quare ſi mulier*, ſiue error facti in ea perſona, quæ vel nouerca, vel nurus fuit, neque enim condicionem ſuam ignorare potuit, vt nec priuigni vel ſoceri cuius aut nouerca, aut nurus fuit, nec ad hunc caſum aptari poteſt exceptio poſita in fine *l. qui contra 4.C.de inceſt. nupt.* Dicendum igitur eſt contrà quàm Ioannes, & Accurſius ſenſerint, in ſuperiore ſpecie admiſſum fuiſſe inceſtum iure duntaxat ciuili: in hac verò poſteriore etiam iure naturali & gentium, vtriuſque tamen caſus, quod ad hanc condictionem ſine cauſa pertinet, eandem prorſus eſſe rationem nullis ſecutis nuptiis, quæ tamen diuerſa eſſe poſſet, ſi nuptiæ ſecutæ eſſent, nec niſi de delicto excuſando, & grauioribus aut leuioribus pœnis coercendo quæreretur.

ANTO-

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS Primarij

RATIONALIA IN LIBRVM TERTIVM DECIMVM PANDECTARVM Ad TIT. I.

De condictione furtiua.

VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

IN furtiua re soli domino condictio competit.

Ad l. 1. In furt.

RAT. DVB. Condicere nihil aliud est, quàm intendere dari sibi ab aduersario aliquid oportere *§. appellamus 16. Instit. de act.* Dare autẽ nihil nisi dominium transferre *l. vbi autem 75. § vlt. infr. de verb. oblig. l. non videntur data 167. de regul. iur.* Atqui quod iam meum est, non magis fieri meum potest *l. in bello 12. §. si quis seruum 7. infr. de capt. & postlim.* adeò que nec meum esse ex pluribus causis, sed ex vna tantùm, quamuis ex pluribus causis deberi quid nobis possit *l. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* Ergo fieri nequit vt condictio furtiua, de qua in hac lege agitur & in toto hoc Tit. detur domino, ne quidem contra furem. Præsertim cùm domino possit dari contra furem vindicatio, vt & aduersus aliũ possessorem quemlibet, sicuti actio quoque ad exhibendum *l. ancillæ 12. C. de furt. §. sic itaque 14. Instit. de action.* Est enim condictio non modò contraria, sed etiàm contradictoriè opposita vindicationi, quandoquidẽ vindicatio soli domino competit *l. id rem 23. & pass. de rei vindicat. l. quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. leg.* Condictio autem soli non domino, vt diximus. Sunt autem hæc contradictoria, esse quem eiusdem rei dominum, & non esse: allegans porrò contraria non est audiendus, maximè si actiones contrarias cumulare velit, multo minùs si contradictorias *l. 1. C. de furt.* nec ad rem facere videtur, si quis respondeat cum Iustiniano in *d. §. sic itaque*, odio furum ita comparatum esse aduersus stricti iuris rationem, quò pluribus actionibus teneantur: non enim potest odium furis facere vt res furtiua quæ iam est actoris magis fieri eius possit, aut vt fur condictione furtiua conuentus dominium rei furtiuæ, quod ipse non habet, transferat in actorem, contra regulam *l. nemo plus iuris 54. de regul. iur.* cùm furtum non sit legitimus modus acquirendi, aut amittendi dominij. Frustra igitur, & nulla iuris aut necessitatis ratione condictionem furtiuam comparatam esse fatendum est, sed & certum est, condictionem hanc dari etiam tutori pro re furtiua pupilli *l. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt.* cùm tamen cõstet tutorem non esse dominum rei pupillaris, sed tuitorem duntaxat & defensorem; ergo nec illud verum est, quod Vlpianus hîc scribit, in re furtiua soli domino condictionem competere. Sed neque illud etiam verum est, dari eam contra solum furem, cùm detur etiam contra prædonem fundi & rei immobilis *l. 2. inf. de cond. tritic.* cuius tamen certum est furtum fieri nõ posse *§. quod autem Instit. de vsucap. l. quam rem 38. inf. eod. ill. tit.* DEC. Qui rem alienam furatur, id agit quantum potest, vt eius dominium sibi acquirat: & verò sibi acquireret proculdubio, si furtum esset legitimus modus dominij acquirendi. quod enim dicitur furtum nihil aliud esse, quàm interuersionem possessionis *leg. 1. §. vlt. infr. de furt.* eam rationem habet quòd possessio quæ facti magis, quàm iuris est, interuerti facilè potest, inuito etiam & inscio possessore ac domino, dominiũ verò non item, quia iuris est *l. id quod nostrum 11. de regul. iur. l. si ego 9. §. si res inf. de iur. dot.* Ergo quamuis fur non ideò fiat dominus rei furtiuæ, nullam tamen querelæ occasionem habet si ea actione conueniatur, qua conueniri iure posset, si voluntas eius effectum habuisset; id est, si per furtum factus dominus fuisset. Atqui eo casu nemo dubitat, quin condictione posset conueniri, quia ex turpi & iniusta causa nec sine scelere alienæ rei dominium habere cœpisset. Ex generali regula *l. perpetuò 6. supr. de condict. ob turp. vel iniust. caus. l. 1. §. vlt. supr. tit. prox. l. rerum*

25.infr.rer.amot. Meritò igitur condictione tenetur, non illa quidem quæ datur ob turpem, vel iniustam causam, quia ex turpi & iniusta illa causa dominus factus non est, sed speciali condictione in eam rem comparata, quæ furtiua dicitur, ob hoc solùm, quia fieri dominus voluit. Ideò autem vindicatione tenetur, quia possessor tantùm non etiam dominus est, quòd si non magis possessor sit, quàm dominus puta si res furtiua perempta sit, vindicatione conueniri vtiq; non potest, quæ non datur nisi cōtra possessorem l.officium 9.l.ú qui destinauit 24.& pass. supr. de rei vindic. cùm nascatur ex præsenti possessione l.non aliàs 24.§.sed si postulatur sup.de iudic. neq; rursus actione ad exhibendū, quæ similiter nō datur nisi contra possidētem, aut eum qui dolo malo desiit possidere l.3.§.vlt.l.si ad exhibendum 8.l.de eo 12.§.vlt.& pass supr. ad exhib. Est igitur hoc saltem casu non solùm vtilis, sed etiam necessaria condictio furtiua ad rem ipsam persequendam, quæ extare desiit, ne alioqui fur impunè rem furtiuam domino abstulerit, nec eius recuperandæ ratio vlla supersit, quamuis si pœnam persequi dominus velit, paratam habeat in eam rem furti actionem l.si pro fure 7.§.1.& vlt.infr.hoc tit. nec ad rem pertinet, si quis dicat, perempta re furtiua non magis cōdictionem eius posse cōpetere, quàm vindicationem, cùm non magis fieri possit, vt rei peremptæ dominium detur, quàm vt possessio eius restituatur leg. vtique 16. supr. de rei vindic. differentia namque condictionis & vindicationis hac parte in eo est, quòd per vindicationem non potest peti nisi res præsens, & quæ demonstrari digito possit per vulgarem hanc vindicationis formulam, Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio l.1.eod.tit. Per cōdictionem verò quæ actio personalis est, peti res debita potest etiam quæ perempta sit, si modò aliqua mora præcesserit, quæ facere possit, vt ea ipsa res quæ periit, adhuc extare, & debita esse videatur l.si seruum 91.§.sequitur & § vlt.infr.de verbor.obligat. Atqui semper in fure id euenit, vt non modò sit debitor rei furtiuæ quousque illam restituerit, sed etiam perpetuam moram in ea restituenda facere intelligatur leg.in re furtiua 8.§.1.infr. hoc tit. quia nec eam auferre ab initio debuit l.vlt.eod. Ergo quod furtiua res perempta sit etiam casu fortuito, & citra vllam ipsius culpam, non debet eum liberare, quominùs perinde cōdictione teneatur, acsi res adhuc extaret. Nec furtiuam condictionem impedire illud debet, quòd furti actionem saluam habeat contra furem, aut in duplum si furtum nec manifestū fuerit, aut in quadruplum si manifestum: nam cùm furti actio pœnam petat legitimam, condictio autem furtiua rem ipsam, neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumi potest dict.l.si pro fure 7.§.1.infr.l.si pignore 54.§.cùm furti infr. de furt. non enim esset pœna quadrupli vel dupli mera pœna, si furem à rei furtiuæ etiam peremptæ restituendæ necessitate liberaret, ea verò restituendæ rei furtiuæ etiam peremptæ necessitas, non nisi per condictionem furtiuam induci potest. Condictio igitur furtiua merè rei persecutoria est, & quidem sui natura, & in prima sua intentione, non vt aliæ pleræque actiones arbitrio tantùm iudicis l.4.§.vlt. supr. de alienat.iudic.mut.caus.fact.l.si cùm dos 8.§.1.infr.rer. amot. pœnalis nullomodo est, quia licet odio furis comparata sit, vt diximus d.§.sic itaque Instit.de action. non tamen vt pœnam aliquam persequatur, sed vt rem ipsam solam, tota pœna in furti actionem collata, neque igitur famosa est cùm sit condictio. Cessat enim ignominia in condictionibus omnibus, licèt ex turpi & famosa causa pendeant l.cessat 36 inf. de obligat.& act. cuius nec accommodatius nec certius exemplum adferri potest, quàm in hac condictione furtiua quæ haud dubiè pendet ex delicto, id est ex furto l.si duo 13.§.idem Iulianus supr. de iureiur. l.si ambo 10.§.quoties infr.de compensat.l.sed si damnū 9. aliàs l.peculium §.siue autem infr. de pecul.l.si mulier 21.§.hac actio infr.rer.amot. Furti enim causam famosam esse nemo ambigit l.1.l.furti 6.& pass.sup.de his qui notant. infam.l.infamem 7.infr. de publ. iudic. negari tamen non potest, quin actio turpis sit, quia furti mentionem & exprobrationē quandam continet l.nec quicquam 56.iunct.l.praeced.infr.pro socio. ideóq; non datur coniugi in coniugem ob reuerentiam præteriti matrimonij, nisi à Triboniano perperam in l.3.§.sed & cum vxore rer.amot. fuitque ob eam causam inducendum singulare iudicium Rerum amotarum l.1.& 2.l.pen.& pass.eod.tit. In quo grauiter meo iudicio errauit Iacobus Cuiacius, & qui eum secuti cōtra nos scripserunt, condictionē hanc & pœnalem esse, & famosam: vt inferant, quod absurdius est, non dari eam in solidum aduersus heredem, contrà quàm ab Vlp. disertè scriptum est in l.in condictione 9. vbi dicemus infr. Etsi autem verissimum est quod in hac lege Vlp. ait condictionem furtiuam soli domino dari, datur tamen etiā tutori pro pupillo, quia tutor dominus quidem non est, sed tamen domini loco est d.l.interdum 56.§.qui tutelam de furt.l.si qui in puteum 11.§.an ignoscitur inf quod vi aut clam. Scilicet quandiu ex bona fide administrat, nec pupillum spoliat l.qui fundum 7.§.si tutor inf.pro emptor. datur autem non solùm contra furem, sed etiam contra furis heredem l.prox.l.ex furtiua 5.infr.hoc tit. Itémque contra raptorem, qui etiam fur est, sed improbior l.item si cùm 14. § qui vim intulit supr.quod met.caus.l.1.l.2.§.caterùm & § vlt.infr.vi bonor.raptor. Item contra prædonem d.l.2. infr.de condict.tritic. Cur enim melior causa sit prædonis quàm furis: Nam & prædo fur esset, si rei immobilis furtum fieri posset. Illud certè nō probo, quod Iacobus Cuiacius in Paratitlis scripsit, posse hanc actionem dari etiam contra mulierem, quæ mariti res amouit. Tenetur enim actione rerū amotarum, non condictione furtiua, nisi si tanquam heres furis conueniatur, aut ex furto quod ei fecerit, cui heredes sumus aut etiam nobis priusquàm nuberet d.l.3. §.sed & cum vxore. rer.amot. Non enim actio rerum amotarum condictio est, vt docui pluribus in postrema parte Chiliadis de error. pragmat. Planè quin heredi mulieris condici possit etiam condictione furtiua, si malit maritus contra eū agere condictione, quàm actione rerum amotarum, non ambigitur l.contra 6.§.item heres & seq. eod.tit. non tamen datur condictio hæc cuilibet domino, sed ei demùm cui subrepta res est, vel heredi eius, ideóque non datur legatario rei subreptæ, siue ante siue post mortē defuncti subrepta sit, quāuis dominiū rei legatæ transeat recta via in legatariū, ratísq; ei esse debet, quod habeat vindicationē l.sed nec legatarius 11.infr. hoc tit. iunct.l.legatum 80.de leg.2.l.à Titio 64.infr de furt. Cùm autem duæ sint species condictionis furtiuæ, vt & aliarum cōdictionum omniū, vna certi per quā res ipsa furtiua petitur, quæ semper certa est, alia incerti per quā agitur ad id q̄ interest, (tametsi Accurs. hāc posteriorē furtiuā esse malè neget) sola ea quæ certi est, datur domino soli cōtra furem heredémve eius. Et ita intelligi hæc lex debet. Itémque leg.vlt.supr. vsufruct. quemadmod. cau. Quæ verò incerti est, datur

etiam

etiam non domino, si modò eius intersit ex honesta causa, puta creditori pignoratitio *l. & ideo 12. §. vltim. infr. l. si pignore 22. in princip. infr. De pignor. action.* Et hoc bene Cuiacius in Paratitlis ad hunc titulum.

2. POMPONIVS libro 16. ad Sabinum.

Condictione ex causa furtiua & furiosi, & infantes obligantur, cùm heredes necessarij extiterunt: quamuis cum eis agi non possit.

Ad l. Condictione 2.

RAT. DVB. Condictione ex causa furtiua non alius teneri potest, quàm qui ipse furtum fecit, aut heres eius *l. ex causa 5. infr. hoc titul.* Atqui neque furiosi neque infantes possunt ipsi furtum facere, cùm furtum sine affectu furandi non fiat *§. placuit Institut. De oblig. quæ ex delict. nasc.* huiusmodi autem personæ omni affectu careant, quæ nec animum nec sensum ferè vllum habere intelliguntur *l. si tibi 8. §. vnius D. de opt. legat. l. Fulcinius 7. §. planè interdum 11. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* neque rursus hereditatem suis sibi acquirere, ne quidem tutore vel curatore authore, cùm hereditas sine animo acquiri non possit, nec per tutoris aut curatoris personam *l. pupillus 9 l. gerit 88. & pass. infr. de acquir. hered. l. potuit 5. C. de iur delib.* Ideòque necessaria olim erat decretalis bonorum possessio quæ tutori dabatur nomine infantis, & curatori nomine furiosi, cùm neque hereditas, neque bonorum possessio edictalis acquiri aliter eis posset, *l. 1. infr. de bonor. possess. infant.* Ergo nullo modo fieri potest vt furiosi & infantes condictione ex causa furtiua teneantur. DEC. Etiam furiosi & infantes sui & necessarij heredes sunt patri, cùm æquè ac cæteri sint in potestate patris mortis tempore, primùmque in ea gradum teneant in causa succedendi, quæ suorum & necessariorum heredum descriptio est *l. scripto 7. infr. vnd. liber.* Nec minùs quàm alij liberi sunt domini rerum paternarum, etiam viuo adhuc patre *l. in suis 11. infr. de liber. & post.* Ideòque nulla indigent aut aditione aut immixtione *l. in suis 14. infr. de suis & legit.* cùm ipso iure existant & appareant heredes *l. vlt. §. sin verò perpetuò C. de cur. furios. l. 1 § qui sunt in potest. infr. si quis omiss. caus. test.* Nec quod se possint abstinere quidquam facit, vt inquit Vlpian. ibid. & rectè. Abstentio enim tum quoque cùm iam est secuta, nihil aliud efficere potest, nisi vt suus heres in iis omnibus, quæ ad commodum vel incommodum pertinent, heredis loco non habeatur apud Prætorem *l. necessariis 57. infr. De acq. hered. l. si filius 12.* vbi diximus *supr. De interrog. in iur. faciend.* Cæterùm etiam post abstentionem remanet hæres, qui semel heres fuit, & verè dicitur non esse sine herede eum qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem *l. cùm quasi 30. §. sed & si suus infr. De fideicomm. libert.* Tantum abest vt verum sit, quod Bart. docere solet, post introductum à Prætore beneficium abstinendi, non aliter habendum suum heredem pro herede siue iure ciuili siue prætorio, quàm si probetur se immiscuisse, & hîc locutum esse Pomponium secundùm rigorem iuris ciuilis non considerato beneficio abstinendi: quæ omnia certè falsa sunt. Nam si quo casu necessaria posset esse immixtio ad hoc, vt suus heres posset tanquam heres conueniri, vtique maximè in casu huius legis probanda esset, ne tam facilè furiosi & infantes turpi actione ex persona furis conueniren͏tur cùm tamen è contrario tanto magis conueniri possint, quod abstinendi licet ius habeant, facultatem non habent. Est enim abstentio etiam animi & consilij, non minùs quàm immixtio *d. l. necessariis l. impuberibus 11. & seq. l. eum bonis 87. & pass. eod. titul. De acquir. hered.* quamuis possit tutor vel curator eos abstinere perinde ac immiscere, *l. pen. infr. De author. tutor. l. tutores 61. supr. De condict. indeb. l. ex contractu 44. infr. De re iud.* Nam licet cùm furiosis ipsis & infantibus agi non possit, vt sequitur in hac lege, quia legitimam personam standi in iudicio non habent ne quidem authore tutore vel curatore, cùm ipsorum tamen tutoribus vel curatoribus agi potest *l. 1. §. sufficit de admin. tutor. l. Licinnius 48. §. 1. De leg. 2.* Nec à Bartoli errore longè distat noster Accursius, cùm ad hanc legem aduersatiuè notat *sed hodie posse suos heredes abstinere.* Quasi verò iam temporibus Pomponij cuius est hæc lex, non potuerint, aut quasi sufficiat, quòd possint abstinere, ne conueniantur condictione furtiua, quod vtrumque falsum est. Planè vbi tutor infantem abstinuit, aut curator furiosum, constat non posse illis teneri condictione furtiua, vt nec alia actione hereditaria, quantum ad hoc vt conueniantur ipsi vel eorum tutores, vel curatores, tametsi adhuc ipso iure teneantur *d. l. necessariis.* Ergo si furiosi & infantes non sui heredes sint, sed extranei, id est ab alio quàm à patre instituti non possunt teneri condictione furtiua, quia nec heredes esse possunt nisi nouo iure ex *l. si infanti 18. C. de iur. delib. & d. l. vlt.* sin autem ex alia & *§. penult. C. de curat. furios.*

3. PAVLVS libro 9. ad Sabinum.

Si condicatur seruus ex causa furtiua, id venire in condictionem certum est, quòd intersit agentis, veluti si heres sit institutus, & periculum subeat dominus hereditatis perdendæ, quod & Iulianus scribit. Item si mortuum hominem condicat, consecuturum ait pretium hereditatis.

Ad l. si condicatur 3.

RAT. DVB. Non potest eadem condictio siue furtiua siue alia esse certi simul & incerti, sunt enim hæ qualitates & denominationes non modò contrariæ, sed etiam contradictoriæ. Atqui cùm seruus condicitur ex causa furtiua, condictio furtiua certi est, quia seruus certus est *l. certum* 7. *supr. De rebus credit.* Cùm verò petitur id quod interest agentis, puta si seruus ille sit heres institutus, & dominus periculum subeat perdendæ hereditatis, quia iam non possit imperare seruo subrepto vt hereditatem adeat, condictio incerti est, quandoquidem id quod interest, semper incertum est *leg. vltim. supr. de præst. stipulation.* Ergo si condicatur seruus ex causa furtiua, dicendum est in condictionem non posse venire id quod interest agentis, præsertim cùm furtiua condictio sit stricti iuris, vt & cæteræ condictiones omnes, quarum nulla est quæ numeretur in §. *actionum Institut. de action.* In quo actionum genere certum est, non venire id quod interest, sed tantùm in bonæ fidei iudiciis in quibus condemnatio fit ex bono & æquo §. *In bonæ fidei eodem titul. l. exempto* 11. *§. vltim infr. De action. empt. leg. si in venditione* 60. *& pass. infr. De euiction.* DEC. Id quod interest æstimatur ex eo quod actori abest, aut quod is lucrari potuit *leg. si commissa* 11. *infr. rat. rem haber.* ideoque in ipsa rei persecutione continetur *§. rei persequendæ Institut. de action. l. in honorariis trigesima quinta infr. De obligation. & action.* Atqui condictio furtiua rem persequitur, & est sui natura rei persecutoria *leg. si pro fure septim paragraph. prim. infr. hoc titulo.* Nec minùs plenam quàm meram rei persecutionem continet, non tantùm quod ad fructuum restitutionem, sed etiam quod ad æstimationem quanti plurimi res fuit, *leg. in re furtiua octaua. paragraph. prim. & vltim. infr.* Non autem contineret plenam rei persecutionem, nisi in eam veniret etiam id omne, quod agentis interesset, tanquam hæc etiam causa ipsi corpori cohæreat, vt Paulus loquitur in *leg. proinde paragraph. prim. iunct. leg. sequent. in princip. & leg. sequen. paragraph. Iulianus supra ad leg. Aquil.* Tanti enim seruus subreptus fuisse intelligitur, quantum lucri afferre Domino suo potuisset, si subreptus non fuisset, quia hereditatem adeundo iussu Domini heredem eum fecisset. Idque adeò verum est, vt quamuis in actione furti, non id quod interest, dupletur, vel quadrupletur, sed tantummodo verum rei pretium *leg. in furti actione quinquagesim. infr. De furt.* Nec detur actio furti ad rem, sed ad pœnam, vt diximus ex *leg. si pignore quinquagesim. quart. paragraph. cùm furti eodem titul.* tamen etiam furti iudicio actor hereditatem consequatur, si modò mortuus sit seruus antequam iussu Domini adierit *leg. si quis vxori quinquagesim. secund. paragraph. penultim. eodem titul.* Itaque præstatur hoc casu id quod interest, iure & vi ipsius actionis, nec tanquam quid diuersum à seruo, sed tanquam causa cohærens corpori & æstimationi serui. Nec proinde mutatur qualitas & denominatio actionis. Semper enim est condictio certi, quia seruus ipse condicitur, nec fit incerti ob id quod etiam id quod interest præstetur. Denique serui furtiui æstimatio potest ex postfacto crescere, sed decrescere nunquam potest *dict. leg. in furti actione in princip. eodem.* Quare nec est, quod quis obiiciat, condictionem hanc furtiuam esse stricti iuris, cùm id quod interest, petatur hoc casu, non tanquam accessio, vt in iudiciis bonæ fidei, nec tanquam quod per se solum & separatim debeatur, vt in actione ex stipulatu interdum euenit *leg. quoties* 81. *leg. cùm stipulatus centesim. decima tertia, paragraph. vltim. & l. sequent. infr. De verbor. obligationib.* sed tanquam pars quædam ipsius rei furtiuæ ac debitæ, eique cohærens, vt ex eo apparet, quòd actiones furti & legis Aquiliæ perinde sunt stricti iuris, in quibus tamen idem obseruari ostendimus. Notandum autem est, quod in hac lege Paulus scribit, multum referre, an seruus ex causa furtiua condicatur viuus, an mortuus. Nam si viuus, non venit omnimodo in actionem pretium hereditatis, in qua fuerat ille institutus, sed quanti æstimabitur periculum quod subibit dominus hereditatis perdendæ, si forte contingat mori seruum ante aditam iussu domini hereditatem. Nam nec pluris interest agentis, cùm quandiu seruus viuit, fieri possit vt restituatur, & adeat hereditatem: quo casu nihil poterit videri interesse actoris ratione hereditatis, quæ amissa non erit, nam nec locupletior factus intelligitur dominus ob hoc solùm quòd seruus eius institutus sit, cùm multis de causis accidere possit, ne iussu domini adeat *leg. pretia rerum sexagesim. tert. paragraph. eadem causa est infr. ad leg Falcid.* Itaque periculum duntaxat hoc casu æstimandum est, quod dominus subit hereditatis perdendæ, vt Paulus loquitur, non autem hereditatis perditæ, vt malè Accursius interpretatur, quasi Paulus hîc tempus sumpserit pro tempore. At cùm mortuus homo condicitur, qui neque restitui amplius domino, neque hereditatem adire potest, pretium hereditatis omnimodo venire debet in æstimationem, quia certum est tanti agentis interesse *leg. inde Neratius paragraph. idem Iulianus, ad leg. Aquil. paragraph. illud Institut. eod. dict. leg. si quis vxori* 52. *paragraph. penultim. De furt.* Venit autem eo casu pretium hereditatis simul cum pretio serui mortui, quod necessariò præstandum est, cùm corpus ipsum præstari non possit *dict. leg. si pro fure* 7. *paragraph. condictio & dict. leg. in re furtiua* 8. *infr. hoc titul.* Quamquam ipsum etiam corpus mortuum condici potest, quasi adhuc viuum propter moram quam fur in re furtiua restituenda semper facere intelligitur *dict. leg. in re furtiua & leg. vltim. hoc titul.* vt dixi ad *leg. prim. supr. ex leg. si seruum* 91. *paragraph. vltim. De verbor. obligation. leg. penultim. supr. de condict. ob caus.* In eòque errat Bartol. ad hanc legem & ad *dict. leg. in re furtiua*, distinguens obligationem rei dandæ ab obligatione rei restituendæ, quasi in hac tantùm non illa peti possit æstimatio, quasi verò condictio furtiua competat ad rem restituendam, non etiam ad dandam. Quod vtique falsum est, quia in condictione furtiua, vt & in alia qualibet actor, quamuis dominus intendit aduersarium dare sibi oportere *paragraph. sic itaque Institut. de actionib.* verum tamen est, eum qui condictione furtiua conuenitur, non dare rem sed restituere, quia dominium quod non habet, trans-

transferre in alium non potest, præsertim verò cùm iam sit dominus, & dare nihil aliud sit quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vltim. infrà de verborum obligationibus.*

4. VLPIANVS libro 41. ad Sabinum.

SI seruus, vel filiusfamilias furtum commiserit: condicendum est domino id, quod ad eum peruenerit. In residuum autem, noxæ seruum dominus dedere potest.

Ad l. Si seruus 4.

RAT. DVB. Nunquam alius condictione furtiua tenetur, quàm fur ipse, aut heres eius, vt scriptum est in *l. proxim. sequent.* Atqui dominus furis neque fur ipse est, neque furis heres, nisi eo sensu quo veteres heredem dicebant pro domino *§. vltim. Institut. de hered. qualitat. & different.* Ergo quod seruus subripuit, condici domino non potest.

DEC. Cum seruo nulla actio esse potest *leg. cum seruo 107. de regulis iuris*, quia cùm iure ciuili pro nullo habeatur *leg. quod attinet 32. de regulis iuris*, legitimam personam standi in iudicio habere non potest *leg. serui decimaquarta de obligationibus & actionibus* Necessitas ergo iuris facit, vt is cui furtum factum est, non alij possit condicere quàm domino, cui nec vlla in eo fit iniuria, cùm ex delicto serui quolibet teneatur hactenus, vt vel damnum decidat vel seruum noxæ dedat *leg. prima & paß. suprà de noxal. action.* Ergo ita res temperanda est, vt quod ad dominum peruenit, condici ei possit. Pro residuo verò quod non peruenit, noxæ seruum dedere dominus possit, si non indemnitatem plenissimam actori præstare dominus malit, vt in *leg. quoties 29. infrà de contrah. emptor. leg. seruum quem 30. de action. emptor. leg. si heredis seruus 48. de legat. 1.* ne grauiore damno seruus delinquendo afficiat dominum, quàm quanti seruus ipse est. Quæ ratio sola fuit inducendarum actionum noxalium *paragraph summa autem ratione Institut. eodem.* Alia igitur causa est filiifamilias, qui furtum fecit, quoniam ei ipsi condici potest, non etiam patri, vt scriptum est in *leg. proxim. seq.* In quo Accursius, Bartolus & alij interpretes passim decipiuntur, existimantes eandem hac parte rationem esse filiifamilias & serui, itémque patris & domini scilicet, quia vident primis verbis huius legis proponi quæstionem de seruo vel filiofamilias promiscuè, nec animaduertunt ex coniunctione huius legis cum seq. aliter tamen responderi in seruo hac in lege, aliter verò in filiofamilias in *l. seq.* vbi dicemus. Quanquam illud etiam probabile est, verba illa huius legis *vel filiusfamilias* irrepsisse ex glossa imperiti alicuius interpretis, vt docuimus in *Error. 2. Decad. 78. de error. pragmat. & in Error. 9. decad. 79.*

5. PAVLVS libro 9. ad Sabinum.

EX furtiua causa filiofamilias condici potest. nunquam enim ea condictione alius, quàm qui fecit, tenetur, aut heres eius.

Ad l. Ex causa 5.

RAT. DVB. Solet eadem esse causa patris & domini, sicut filiifamilias & serui, præsertim verò in iis quæ ex facto filiifamilias, vel serui, ad patrem aut dominum peruenerunt, & peculium auxerunt, vt saltem quatenus peculium locupletius factum est, teneantur: nec enim magis æquum est locupletari patrem ex delicto filij, quàm dominum ex facto & delicto serui *l. 3. §. ex furtiua infrà de pecul.* Atqui cùm seruus furtum fecit, condicendum est à domino id quod ex furto illo peruenit, vt scriptum est in *leg. proxim. præced.* Ergo & cùm filiusfamilias furtum fecit, etiam patri condici potest, quod ad eum peruenit ex furto filij: atque ita Accursius & Bartolus ad *dict. l. proxim. præced.* sentiunt quasi hac parte nulla sit differentia inter patrem & dominum, filiumfamilias & seruum.

DEC. Filiusfamilias cùm sit ciuis Romanus, & caput habeat in ciuitate, non minùs quàm paterfamilias *l. nam ciuium 4. suprà de stat. hom.* ex omnibus causis siue ex contractibus siue ex delictis conuenire & condemnari potest *leg. filiusfamilias 39. de obligationibus & actionibus l. tam ex contractibus 57. suprà de iudic.* In quo differt à seruo, qui neque caput neque statum habet quandiu seruus manet *leg. 3. §. vltim. & leg. 4. supra de cap. min.* Ideoque nec agere nec conueniri potest *l. vix certis ex causis 53. suprà de iudic. l. cum seruo 107. de regulis iuris.* Ergo quamuis cùm seruus furtum fecit, condicendum sit domino id quod ad eum peruenit ex mera iuris necessitate, quia ipsi seruo condici non potest, si tamen filiusfamilias idem admiserit, condicendum ipsi est, non etiam patri, quia ille ipse est, qui furtum fecit, non pater. Nunquam enim hac condictione furtiua tenetur alius, quàm qui ipse qui furtum fecit, aut heres eius: pater autem furis adhuc viuentis neque ipse fur est neque heres furis, & ita hæc lex intelligi debet & coniungi aduersatiuè legi præcedenti, ad indicandam differentiam, quam tollunt interpretes, inter patrem & dominum, filiumfamilias & seruum, ac, si scriptum hîc esset, *Ex causa verò furtiua*

ua &c. Nam cùm in superiore lege proposita esset quæstio filiofamilias & seruo promiscuè [si tamen adiectio illa *vel filiumfamilias* non est interpretis, vt ad superiorem legem monuimus] nihil tamen ibi respondetur de filiofamilias & patre, sed tantùm de seruo & domino: hîc verò è contrario de solo filiofamilias & patre, nihil verò de seruo & domino. Illa namque ratio Pauli *nunquam enim ea condictione alius quàm qui furtum fecit tenetur, aut heres eius.* Non tantùm probat filiofamilias condici posse, sed etiam & hoc maximè, patri verò ipsi condici non posse, quia cùm negatiua sit ratio, conclusio quoque, quæ ex ea infertur, negatiua esse debet, iunge *l. quòd si minor 24. §. si seruus suprà de minor.* Nec obstat quod contrà scriptum putant in *l. Iulianus penult. infrà hoc tit.* Non enim ibi agitur de condictione furtiua, sed de actione rerum amotarum, quæ nec condictio nec furtiua est, vt dicemus ad illum locum. At neque de directa actione rerum amotarum lex illa loquitur, sed de vtili tantùm, vt constat ex *l. viua quoque filia 5. infrà rerum amotarum.* Denique de actione de peculio, quæ contra patrem, & dominum perinde datur, non de condictione furtiua quæ nullo casu contra patrem dari potest: in summa quantum hac parte intersit inter filiumfamilias & seruum: iterùmque inter patrem & dominum vel ex eo maximè apparet, quòd ex delicto serui dominus teneatur sua tem noxali actione, pater verò ex delicto filiifamilias nullo modo, sed tantùm ex contractu de peculio *l. 1. §. si filiusfamilias suprà de his qui effud. vel deiecer.* Nisi hactenus ne ex delicto filiifamilias vel serui peculium locupletetur *d. §. ex causa.* Iunge quæ scripsimus *lib. 4. coniect. cap. 1.*

6. VLPIANVS libro 38. ad Edictum.

PRoinde, & si ope, & consilio alicuius furtum factum sit, condictione non tenebitur: & si furti teneatur.

Ad l. Proinde 6.

RAT. DVB. Is cuius ope & consilio furtum factum est, licèt ab initio fur non sit, facilè tamen postea fur esse incipit, scilicet si rem subreptam vel minimum contrectet, cùm id faciat inuito domino, & eo affectu, vt furtum committatur: opem enim ferre is demum dicitur, qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res præbet. Hoc verò sine earum contrectatione fieri vix potest: quod in eo qui duntaxat consilium dat, id est, qui persuadet & impellit atque instruit consilio aliquem ad furtum faciendum, diuersum est *leg. in furti actione 50. §. 1. & seqq. iunct. leg. qui seruo 36. §. vlt. inf. de furt.* Ob eamque nimirum causam furti semper tenetur is cuius ope & consilio furtum factum est, vt in hac lege scriptum est & suprà dictis locis. Furti inquam nec manifesti. Nam manifesti teneri nunquam potest *l. is qui opem 34. infrà de furt.* Ergo & condictione furtiua teneri potest, vt scriptum videtur in *leg. sæpe 53. §. vlt. infrà de verborum significationibus.* Et verò cùm grauior sit actio furti, quæ pœnam legitimam petit, quàm condictio furtiua, quæ rem ipsam tantùm persequitur *leg proxim. paragrapho primo infrà leg. si pignore 54. paragrapho tertio infrà de furt.* Absurdum sanè videtur condictione furtiua non posse eum conueniri, qui etiam furti actione teneatur, nimirum si rem ipsam furtiuam possideat, qua de causa etiam vindicatione conueniri posset.

DEC. Nunquam alius furtiua condictione tenetur, quàm qui ipse furtum fecit, aut heres eius vt in superiore lege scriptum est. Nam cùm furtiua condictio non nisi odio furis aduersus communes iuris regulas comparata sit, vt diximus ad *leg. primam suprà ex §. sic itaque Institut. de actionibus.* Consequens est, vt non aduersus alium dari debeat, quàm contra furem ipsum, adeò vt neque contra heredem furis dari deberet, nisi meram rei persecutionem sui natura contineret *l. proxim. §. condictio infrà.* Atquin is cuius ope & consilio furtum factum est, licèt furti actione teneatur, perinde acsi furtum fecisset, nisi consilium duntaxat non etiam opem præbuerit, ita constituto iure per leg. duodecim tabularum fur tamen non est *paragraph. interdum Institut. de obligationibus, quæ ex delicto nascuntur*, nisi præterea rem furtiuam contrectauerit *dict. leg. qui seruo 36. §. vltim. de furt.* Ergo nec condictione furtiua teneri potest, nisi in eo ipso casu, in quo fur esse probaretur: ad quem casum puto restringi debere quod scriptum est in *dict. l. sæpe in fine* si duo sint, quorum vnus opem, alius consilium præbuerit ad faciendum furtum, posse interdum alij condici, alij non posse: posse scilicet condici ei qui etiam fur fuerit. Idque est quod ait *leg. in duobus 28. §. penult. suprà de iureiur.* eum qui iurauit furtum sibi factum esse, non statim etiam condictionis causam nancisci, quamuis furti actionem ex eo ipso iureiurando sine dubio nanciscatur. Scio ab interpretibus nostris alias afferri responsiones ad *dict. l. sæpe* vt videre est apud Accursium & Bartolum: sed nobis nostra magis placet. Quod verò idem Accursius obiicit ex *l. peculium 4. §. si opem infra de pecul.* ad rem non facit. Ibi enim tractatur duntaxat de deductione ex peculio facienda contra dominum, cuius seruus furi opem tulit, non autem de condictione furtiua aduersus dominum serui, qui opem tulit, concedenda.

7. IDEM libro 42. ad Sabinum.

SI pro fure damnum decisum sit: cōdictionem non impediri certissimum est.

Decisione

Decisione enim furti quidem actio, non autem condictio tollitur.

Ad l. Si pro fure 7.

Rat. dvb. In condictione furtiua venit omne id quod interest agentis, ita vt non tantùm emergens damni ratio habeatur, sed etiamsi lucri cessantis *l. 3.* vbi diximus *sup. hoc tit.* Ergo si damnum pro fure decisum sit, id est, si indemnitas actori sit præstita, non minus condictio furtiua tollitur, quàm actio furti, imò, tãto magis, quòd furti actio pœnam petit legitimam, condictio verò furtiua rem ipsam persequitur *§. prox. infr.* vt proinde improbus videatur actor, qui bis eiusdem damni æstimationem consequi velit *l. si quis dolo 51. in fine infrà de re iudic. l. bona fides 57. de regulis iuris.* Quod non magis odio furis permittendum est, quàm in alia qualibet causa: alioquin dicendum esset ne quidem per condictionem furtiuam tolli vindicationem, vel contrà quod tamen falsum est *l. si pignore 54. §. cùm furti infrà de furt.* Dec. furti decisio, id est, conuentio per quam æstimatur damnum quod à fure datum est, proficiscitur ex lege duodecim tabularum verbis illis *Duplione damnum decidito.* Ideóque dicitur legitima conuentio *l. legitima 6. & l. si tibi 17. §. 1.* Vbi diximus *l. si vnus 17. §. pacta quæ turpem suprà de pact.* Cuius conuentionis ea potestas est vt tollat ipso iure actionem ex eadem lege competentem, & quidem ipso iure *l. post decisionem 13. & Cod. de furt. dict. l. si tibi* §. 1. vbi duo exempla proponuntur de pacto furti & iniuriarum. Nec enim alia de causa huiusmodi pacta comparata sunt, quàm ne alioqui nulla superesset ratio euitandæ actionis furti aut iniuriarum, atque ita sedandarum litium & discordiarum, quarum materiam hæ actiones præbent. Atqui lex duodecim tabularum furti tantùm actionem pœnalem in duplum induxit pro furto nec manifesto, ad cuius exemplum postea prætor actionem furti manifesti in quadruplum comparauit *§. 1. Institut. de perpet. & temp. action.* At de condictione furtiua nihil in lege duodecim tabularum expressum est, quam postea induxit media Iurisprudentia per interpretationem ad legem duodecim tabularum odio scilicet furum, vt eorum audaciam magis ac magis coerceret: *§ sic itaque Institut. de action.* Ergo verum est quod in hac lege Vlpianus scribit, si pro fure damnum decisum sit, lege duodecim tabularum ita permittente, furti quidem actionem, quæ ex eadem lege est, tolli ipso iure, condictionem verò furtiuam non impediri, quippe quam certum est dari ad rem ipsam furtiuam, quæ in furti actionem pœnalem nunquam venit *l. qui vas 48. in princip. infrà de furt.* quamuis etiam in furti actionem damni & eius quod interest ratio habeatur *l. in furti 50. in princip. l. si quis vxori 52. §. penult. eodem titul.* Nec est contrarium quod idem Vlpianus dixit in *leg. si duo 11. §. Idem Iulianus supr. de iureiur.* eum qui iurauit se furtum non fecisse, de toto iurasse videri, & ideò non magis condictitia, quàm furti actione teneri. Nam cùm furtiua condictio, perinde ac ipsa furti actio, ex furto nascatur, & iusiurandum pro veritate habeatur, fieri certè nequit, vt qui iurauit se furtum non fecisse, non liberetur à condictione furtiua, perinde atque à furti actione, vt diximus. At ex furti decisione confessio non negatio furti inducitur. Condictionem igitur furtiuam nihilominus manere fatendum est.

1 ¶ Furti actio pœnam petit legitimam, condictio rem ipsam. ea res facit, vt neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumatur. is itaque, cui furtum factum est [a], habet actionem furti, & condictionem, & vindicationem: habet & ad exhibendum actionem.

Ad §. 1. furti.

Rat. dvb. In furti actione etiam ratio damni habetur, adeóque lucri cessantis, vt proximè diximus ex *leg. si quis vxori 52. paragraph. penult. infrà de furt.* Quamuis id quod interest neque dupletur neque quadrupletur, sed verum duntaxat rei pretium *leg. in furti 50. in princip. eodem.* Ergo furti actio non tantùm pœnam petit legitimam, sed etiam rei persecutionem continet, sicut & condictio furtiua, & consequenter dicendum est vna actione proposita tolli alteram: ne alioqui actor bis idem consequatur, quod ne quidem contra furem quantocunque flagret odio recipiendum esse docuimus proximè ad initium huius legis.

Dec. Furti actio siue manifesti siue nec manifesti merè pœnalis est: quia nihil nisi pœnam persequitur: actio quidem furti nec manifesti pœnam legitimam quam lex duodecim tabularum in duplum inflixit, furti verò nec manifesti pœnam honorariam, quam prætores in quadruplum introduxerunt *§. ex maleficiis. Institut. de action. & §. 1. de perpet. & temp. action.* Rem verò ipsam quæ subrepta est, furti actio nunquam persequitur *l. qui vas 48. in princip. infrà de furt.* E contrario autem condictio furtiua sui natura est merè rei persecutoria, nec nisi rem ipsam ex se persequitur, & id quod interest tanquam quid rei furtiuæ cohærens, vt diximus ad *l. 3. suprà ex leg. proinde 22. suprà ad leg. Aquil.* Pœnam verò nullo modo, tanquam quæ nec pœnalis, nec famosa actio sit, vt manifestè probatur ex hoc §. *& seq. iunct. l. cessat 36. infrà de obligationibus & actionibus.* Consequens igitur est, vt neque furti actio per condictionem consumatur, nec condictio per furti actionem, cùm nihil commune habeat pœna cum rei persecutione *leg. si pignore 54. paragraph. cùm furti infrà de furt.* pœna, inquam, legalis, vt Accursius loquitur, aut honoraria. Nam si sit conuentionalis, siue iussu prætoris, aut Iudicis interposita conuentio sit, siue nuda voluntate contrahentium, non tam pro pœna habetur, quàm pro rei persecutione, tanquam

interposita in vicem & taxationem eius quod interest vt in *dict. l. vltim. de prætor. stip.* Ideoque si is qui iam rem habet eiusmodi pœnam adhuc petat, doli mali actione repellendus est *l. apud Celsum 4. §. Labeo ait 7. infr. de doli mali except.* Ex hac autem differentia quæ in hac lege ponitur inter actionem furti & condictionem furtiuam, illa etiam nascitur, quod quamuis heredes furis actione furti conueniri non possint, rectè tamen conueniuntur condictione furtiua *§ prox. infr. & l. 1. infr. de priuat. delict.* quia rei persecutio extra pœnam est, inquit *l. ancilla 12. C. de furt.*

a *Is itaque cui furtum factum est.* RAT. DVB. Vindicatio & condictio non possunt in eandem personam pro eadem re & regulis iuris cōcurrere. Vindicās enim dicit se dominum, qui autem condicit fatetur dominum esse aduersarium: ergo is cui furtum factum est, licèt habeat actionem furti contra furem, condictionem tamen & vindicatio em habere non potest: nunquam enim audiendus est qui allegat contraria, multo minus contradictoria etiam contra furem *l. 1. C. de furt.* DEC. Speciale est in fure, & singulari eius odio inductum, vt non tantùm vindicatione, sed etiam condictione furtiua conueniri possit *§. sic itaque Instit. de act. & l. vlt suprà vsufruct. quem. cau.* Sed aliter vindicatione, aliter condictione. Nam vindicatione non aliter tenetur quàm si rem furtiuam possideat, adeò vt si dolo fecerit, quo minus possideat, prius agendum sit contra eum ad exhibendum, vt res ab eo exhibita vindicari demum possit *l. 1. inf. de priuat. delict.* At condictione furtiua tenetur omnimodo, etiamsi rem furtiuam neque possideat neque exhibeat *dict. l. 1. & §. prox. infr.* Verumtamen est, si actor alterutra actione siue condictione, siue vindicatione rem suam recuperauerit, alteram actionem tolli, quia cùm vtraque detur ad rei recuperationem, vt scriptum est in *d. l. si pignore §. Cùm furti*, non potest eadem res bis recuperari. Eligere igitur actor debet, an vindicatione agere malit, an condictione *d. l. ancilla & l. vlt. Cod. de noxal. act. §. vltim. Instit. de act. quæ ex deb. nascunt.* ex quibus probatur actiones istas electiuè & alternatiuè non cumulatiuè competere, quomodo & actio furti competit cum actione mandati in specie *l. 1. C. de furt.* variis enim actionibus contra furem agere permissum est, vt in omnibus condemnetur, sed vt arbitrium eligendi relinquatur, vt in *l. cùm filius 76. §. variis de leg. 2. l. quod in herede 9. §. eligere de tribut. act.* Quod autem pertinet ad actionem ad exhibendum, certum est eam quoque competere contra furem, siue possideat siue dolo malo desierit possidere: itémque contra heredem furis, sed tanquam præparatoriam vindicationis non condictionis, scripsi latiùs ad *l. 1. supr.*

2 ¶ Condictio rei furtiuæ, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat: nec tantùm, si viuat seruus furtiuus: sed etiam, si decesserit [a], sed & si apud furis heredem diem suum obiit seruus furtiuus, vel non apud ipsum, post mortem tamen furis: dicendum est, condictionem aduersus heredem durare. Quæ in herede [b] diximus, eadem erunt & in cæteris successoribus.

Ad § 2. Condictio.

RAT. DVB. Solus fur condictione furtiua tenetur *l. si duo 12. §. Idem Iulianus supr. de iureiur.* Atqui heres furis fur tamen non est nisi rem furtiuam de nuo contrectet inuito domino, & animo furandi: quo casu persona possessoris mutata, nascitur noua furti actio, itémque condictio, priore tamen manente *l. interdum fur 56. in princ infr de furt.* Imò verò fieri non potest, vt heres furis rem furtiuam contrectet, séque eo nomine & propria persona obliget, aut actione furti aut condictione furtiua, cùm res periit viuo adhuc fure. Et tamen hoc etiam casu apertè scribit hîc Iulianus condictione furtiua teneri heredem: non ergo tanquam furem, sed tanquam heredem furis, neque ex proprio, sed ex alieno delicto. Ergo pugnat hæc Vlpiani sententia cum iuris ratione, sed multo magis cum ea propositione quam habent plerique pro certissima iuris regula, actiones quæ ex delicto proficiscuntur, etiamsi sint merè rei persecutoriæ, nunquam tamen dari contra heredem, nisi de eo quod peruenit. In eóque conuenire cum pœnalibus mixtis, differre autem à merè pœnalibus, quæ ... idem negant dari vllo modo debere contra heredem, nec si locupletior ex defuncti scelere factus sit. In quo probando mirum est quantopere se torserit non ita pridem vir quidam magni inter suos nominis pereruditus sanè nec insubtilis, qui ex professo contra nos scripsit Benedictorum per Antiphrasim libros quatuor, vt probaret non quod prius pro Cuiacio contra Vlpianum verius quàm contra nos, tam pertinaciter defenderat, condictionem furtiuam, quia sit ex delicto, non posse dari in solidum contra heredem, sed inuersa iam sententia, planéque peruersa iurisprudentia, condictionem furtiuam quam fateri vel inuitus cogitur, dari in solidum cōtra heredem, non nasci ex delicto, sed ex sua, inquit, suæ causæ figura, quasi fieri nequeat vt nascatur ex delicto & detur nihilominus in solidum contra heredem. In quo non tantùm nos habet aduersarios, & omnes quotquot vnquam prudentes aut prudentum interpretes de condictione furtiua scripserunt, si vnum Accursium excipias ad hunc §. sed ipsum etiam Doctorem suū Cuiacium, qui maluit aduersus expressam Vlpiani sententiam in hoc §. *& in l. 9. inf.* negare condictionem furtiuam dari in solidum contra heredem quàm in tam absurdum errorem incidere, vt diceret condictionem furtiuam non nasci ex delicto, contrà quàm apertissimè scriptum est in *l. si ambo 10. § quoties infr. de compensat. l. si mulier 71. §. hac actio infr rer. amot. d. l. si duo 12. §. idem Iulianus supr. de iureiur. l. sed si damnum alias l. peculium §. siue autem de pecul. infr. & l. si seruus 4. supr. tit.* vbi dicitur ex hac causa condictionis furtiuę dari noxalem actionem in dominum, quæ tamen non datur nisi cùm actio ex maleficio nascitur *l. 1. §. cùm seruus supr. de his qui deiecer. vel eff. & tot. ti. de noxal. act.* Sed decidēdi ratio quam adfert Vlpian. in hoc §. errores istos omnes aut potius inepti as euidenter profligat. Ait enim Vlpianus dare condictionem furtiuam etiam aduersus

aduersus heredem filiis, quia, inquit, rei habet persecutionem, vt intelligamus nihil hac in re fieri iure singulari, quod tametsi etiam Bartolus & alij malè crediderunt, sed ex iuris communis regula, quæ si aliunde non probaretur, vel ex hoc vno tamen loco confirmaretur, actiones omnes ciuiles quę sui natura sunt merè rei persecutoriæ, licèt nascantur ex delicto, dari tamen in solidum contra heredem. Non enim dantur quatenus ex delicto sunt nec sub illa præcisè formalitate, sed quatenus rei persecutionem sui natura continent. In quo actionum genere nihil habet heres quod causari possit, cur ex iis conueniri non debeat, cùm defuncti personam repræsentet. Probatúrque hæc nostra sententia aut potius ratio ab Vlpiano hîc allata, ex pluribus aliis locis ad quos dum respondere vult aduersarius, nihil nisi aerem verberat, aliísque mille se inuoluit erroribus. Ac primùm probatur ex §. *his verbis Instit. de leg. Aquil.* vbi scriptum est actionem legis Aquiliæ non dari contra heredem, ideò quòd sit pœnalis, quòd in ea fiat æstimatio supra quam damnum datum sit: tum subiicitur *Quæ actio transitura fuisset* scilicet in heredem, & in solidum, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur, nec enim aliter is locus intelligi potest, quàm vt eo casu transitura fuerit actio in solidum contra heredem, quandoquidem tum quoque cùm pœnalis est transit nihilominus in heredem de eo quod ad ipsum peruenit quamuis pœnalis sit *l. Inde Neratius 23. §. hanc actionem suprà ad leg. Aquil.* Cur verò transiret in solidum contra heredem, si lis in ea nunquam supra damnum æstimaretur, nisi quia esset merè rei persecutoria, ex parte tam actoris quàm rei? Et tamen an eo minus obsecro esset ex delicto? An verò etiam dicerent aduersarij fore illam eo casu ex quasi contractu aut ex sua suæ causæ figura, vt illi de condictione furtiua somniant? Daretur ergo in solidum contra heredem ex mera ratione iuris: nec tamen ex alia regula, quàm ex ea quæ ponitur hîc ab Vlpiano, quòd actiones ciuiles quæ sunt sui natura merè rei persecutoriæ ex parte tam actoris quàm rei, dandæ sint in solidum contra heredem, id est, etiamsi aut nihil aut minus ad eum peruenerit. In quarum numero esset vtique actio legis Aquiliæ si in ea lis nunquam vltra damnum æstimaretur, nec sanè ad textum illum responderi potest quicquid aduersarij cauillentur. Nam quod aiunt ex vno & altero loco tam obscuro & controuerso non debere sumi generalem iuris regulam, ridiculum certè est: quid enim est *in dict. §. his autem verbis*, quod tam obscurum vel per inscitiam & imprudentiam interpretis videri aut fieri possit? Tolerabilius est quod vulgares interpretes iactare solent, quoties textu aliquo vrgentur ad quem non habent quid respondeant non esse faciendum fundamentum super textu qui recipiat varios intellectus. Quamquam ne id quidem aduersariis nostris effugium præbere aliquod possit: quem enim alium intellectum supradicta Iustiniani verba possent admittere? Nisi fortè illum quem iidem aduersarij subtiliter si diis placet inuexerunt, existimantes actionem quidem legis Aquiliæ transituram fuisse in heredem in solidum, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur: at non quòd actiones ex delicto merè rei persecutoriæ in solidum competant aduersus heredem, vt nos cum Vlpiano defendimus, multo minus quòd actio merè rei persecutoria tunc esset, sed quòd eo casu quo nunquam vltra damnum lis æstimaretur, ea æstimatio, inquiunt, similis foret venditioni, in quam quasi venditionem succedere heres toleraretur iustiùs, quàm in delictum vtut procreans actionem merè rei persecutoriam *arg. l. sed & si 7. §. 1. suprà de Public. in rem act. l. si propter 22. infrà rerum amotarum l. 3. infr. pro emptor.* Quasi verò iam occisus homo & mortuus possit vendi, quod certè ridiculum est dicere, cùm in hominum commercio non sit, qui nec in rerum natura est, nec spe quidem *l. nec emptio 8. l. & si consensum 15. infr. de contrab empt. l. si homo mortuus 69. infr. de verborum obligationibus, l. 4. supr. qui satisdar. cog.* Quamuis interdum æstimari hominem mortuum necesse sit, vt actori satisfiat, vt in hac ipsa actione legis Aquiliæ, de qua tractamus, & in condictione furtiua si furtiuus homo perierit *l prox. infr. hoc tit.* Et in specie *l. in actionibus 5. vers. plane suprà demonst. lit. iur. l. si seruum 91. §. vlt. de verborum obligationibus infrà.* Non enim omnis æstimatio facit venditionem, sed eius tantùm rei quę extat & vendi adhuc potest, vt in *dict. l. si propter* & aliis contra nos adductis, quibus possis iungere *l. eius rei 46. cum seq. supr. de rei vind.* Nimirum id agunt aduersarij subdolè quantum possunt, vt actionem quoque legis Aquiliæ comminiscantur ex contractu vel quasi contractu descendere potius quàm ex delicto, perinde atque condictionem furtiuam: ita variantes pro arbitrio contractum, vel quasi contractum in delictum, & delictum in contractu vel quasi contractum, quod nec quidem eos pudet tàdem adfirmare: quàm tamen mirabilem metamorphosim iidem ipsi nec immeritò alibi vocant. Alia enim contrahendi causa est, alia delinquendi inquit Vlpian. in *l. 1. § sed sicum quolibet infr. de exercit. action.* Rideamus ergo ista & contemnamus, non refutemus, quamquam non possumus prætermittere nimis absurdum esse, si quis dicat transituram fuisse actionem legis Aquiliæ contra heredem si nunquam vltra damnum lis æstimaretur tanquam succedente hoc casu herede in quasi venditionem potius quàm in delictum: nec enim illa quasi venditio vlla esse posset ante præstitam æstimationem, quam tamen præstari omnimodo necesse esset propter delictum. Obligaretur ergo heres in solidum quatenus heres delinquentis, non quatenus heres emptoris, nam qui seruum occidisset, nec eius æstimationem adhuc præstitisset, delinquens tantùm nunquam verò emptor fuisset, inciperet siquidem emptio ab herede qui primus & solus litis æstimationem præstitisset, non à defuncto, quamuis præstandæ æstimationis necessitatem ex delicti sui causa heredi reliquisset. Neque rursum posset ea quasi venditio impediri eo quoque casu, quo supra damnum lis æstimaretur Nam & cùm in rei vindicatione actor in infinitum, & sine vlla taxatione iurauit vt in *l. qui restituere 68 supr. de rei vind.* Præstita litis æstimatio à possessore nolente per contumaciam rem restituere, non eo minus facit emptionem & venditionem, adeóque transfert dominium rei æstimatæ in possessorem si res sit præsens *dict. l. eius rei & seq eodem tit.* Nihil ergo facit ad inducendum in actione legis Aquiliæ commentum hoc quasi venditionis, an vltra damnum lis æstimetur, an non. Itaque prudenter faciunt aduersarij qui hanc suam interpretationem ita concludunt *saltem ita nobis videtur donec explicatio suggeratur non melior*, nisi quod fecissent prudentius si meliorem à Deo mentem precati fuissent, meliorem enim explicationem frustra expectant, quamuis peiorem

certè afferre non potuerint.

Tertia probatio nostra est ex *l. Gaius Seius infrà de Senatusconsulto Syllaniano*, vbi tractans Paulus de sorore herede instituta à fratre, qui cùm languesceret questus fuerat occidi se veneno à seruo suo, & quę neglecta vltione decesserat. Quęrit, an, si extiterit aliquis qui bona defuncti nunciaret fisco, morte sororis extinctum sit crimen? Et respondet causam de qua quæritur, cùm sit pecuniaria, morte ingratæ heredis extinctam non videri. Sensus enim est, actionem quam Senatusconsultum Syllanianum induxit contra heredem, qui defuncti necem vltus non est, quamuis descendat ex crimine heredis, qui necem defuncti omnimodo vlcisci debuit, ne ingratus videretur *l. cùm fisco 9. eod. tit.* quia tamen merè pecuniaria & rei persecutoria est, quæ scilicet non ad irrogandam heredi pœnam aliquam datur, sed ad hoc tantùm vt ei tanquam indigno bona auferantur *l. 1. inf. de iur. fisc. l. 1. & 3. Cod. de his quibus vt indign.* morte heredis non extingui, licèt crimen ipsum extinctum sit: sed perinde contra heredis heredem quamuis innocentem competere. Atque contra primum heredem competeret qui ingratus fuisset. Est igitur hoc tertium exemplum actionis ciuilis (introducta enim est S.C. Syllaniano) ex delicto, id est, heredis ingratitudine proficiscentis, & quæ tamen quia ex sui natura merè rei persecutoria est ex parte tam actoris quàm rei, datur contra heredem heredis in solidum, etiamsi minus ex occisi bonis ad eum peruenerit quàm ad primum heredem peruenisset, ne quis fortè cùm aduersariis respondeat, teneri hoc casu heredis heredem quasi possessorem quemlibet non tanquam heredem. Nam cùm bona defuncti auferenda sint heredi, tanquam indigno, & post aditam ab ipso hereditatem *l. necessarios 5. §. non aliàs & l. Senatusconsulto 8. §. 1. de S.C. Syllan. l. cùm fratrem 9. Cod. eod.* Nec is cui tanquam indigno bona auferuntur ideò desinat heres esse *l. ex facto 43. §. vltim. infr. de vulg. & pupill. subst.* Omnino consequens est vt causa persecutionis bonorum ob inultam mortem defuncti non alio iure contra heredis heredem tractari possit, quàm quasi contra heredem, & eo prorsus modo, quo contra heredem ipsum primum tractaretur, quasi bonis illis per primum heredem scelere acquisitis, ac proinde heredi secundo extorquendis, vt solent cætera lucra turpia *l. in heredem 5. supr. de calumniat.* Quæ licèt non extorqueantur heredibus, quatenus ad eos peruenerunt, extorquentur tamen tanquam heredibus non tanquam possessoribus quibuslibet, quoniam & ad eos pertinet defunctorum famam & innocentiam, si qua sit, defendere, ne quid scelere quæsisse videantur. Eaque sententia est *l. Lucius 9. infr. de iur. fisc.* vbi dicitur extincto crimine non ideo persecutionem eorum quæ scelere quęsita sunt esse denegandam. Et quod aduersarij obiiciunt, fisco vindicationem bonorum competere, verum quidem est post causam bonorum publicationis peractam, si in ea fiscus obtinuerit, quem tamen plerunque contingit succumbere, sed causam publicationis præcedere & ante peragi necesse est, quod neque cum possessore quolibet, neque cum alio quàm cum heredis herede fieri certè potest. Et verò teneri heredis heredem hoc casu non quasi possessorem sed quasi heredem & supra etiam quem ad eum ex scelere defuncti peruenerit, ex eo apparet, quod cùm heres ipse qui defuncti necem vltus non est, ex eo manifestè apparet, quòd quemadmodũ heres indignus omnes fructus quos percepit & consumpsit, adeóque fructuum in hereditate inuentorum & exinde perceptorum vsuras cogitur reddere *d. l. 1. C. de his quib. vt indign.* Ita & heres heredis, ne meliore condicione sit, quàm defunctus: cùm tamen neque ex fructibus à primo herede consumptis, neque ex vsuris fructuum aut exactarum pecuniarum, quarum vsuras nullas fortasse primus heres perceperat, ad secundum heredem peruenisse videri possit. Item ex eo quod fideicommissum, quod ex bonis fisco restituendis heres indignus deducere alioqui potuisset, sicut heres ipse indignus non potest deducere *l. propter 21. §. 1. infr. de S.C. Syllan.* quia dolus eius punitus est, vt inquit ibi Papinianus: ita neque heredis heres deducit. Atque ea ratione plus certè restituit fisco quàm ex scelere hæredis ad eum peruenerit ex bonis occisi. Nec enim antiquius illud fideicommissum, quod deduci poterat, de bonis occisi fuerat, sed de bonis alterius qui occisum grauauerat *l. coheredi § cùm filia de vulg. & pupill. subst. l. sequens quæstio 68. l. cùm pater 77. §. Titio fratri ampen. de leg. 2. l. in suponenda 6. & l. irritum 8. Cod. ad leg. falc.* Nec proinde ex scelere primi heredis fideicommissum illud ei quæsitum fuerat, sed ex liberalitate primi testatoris. Absurdum namque esset deductionem, quam primus heres ex bonis fisco restituendis facere non potuit, permitti secundo heredi facere, qui tanquam heres conuentus non plus iuris habere potest quàm is à quo causam habeat.

Quarta probatio est ex *l. fraudati 8. in princ. infr. de public. & vectigal.* vbi scriptum est fraudati vectigalis crimen ad heredem eius qui fraudem contraxit transmitti, id est, persecutionem rei quæ ob fraudatum vectigal in commissum incidit licet descendat ex crimine fraudati scilicet vectigalis, dari tamen in heredem, & quidem in solidum, quia quod ad commissum attinet, merè rei persecutoria est actio. Nec dissimiliter in *l. cotem 11. §. illicitarum eod. tit.* Paulus scribit, illicitarum mercium persecutionem heredem quoque affligere. Vbi notandum est quòd persecutionem dicit non vindicationem. De hoc ipso enim semper & ante omnia cognoscendum & agendum est, an illicitæ merces fuerint, quisquàm sciri possit, an commisso locus sit. In eámque rem necessaria est actio & facti cognitio & pronunciatio, cùm ex plerisque causis fieri possit, vt vel in cõmissum merces non ceciderint, vel excusandus sit ille qui vectigal fraudasse dicitur, vt in *l. vlt. § si propter necessitatem 8. & seqq. vsque ad fin. eod. tit.* Dicitur autem hæc actio persecutio, quia in personam est, nec tamen iuris ordinarij habet executionem, vt in *l. pecuniæ 178. §. actionis de verbor. signif.* solus enim Procurator Cæsaris de commissis cognoscit, vt de aliis causis ad fiscum pertinentibus quamuis non de crimine *l. 1. & 2. l. cùm aliquid. Cod. vbi caus. fiscal. l. 3. Cod de his quib. vt indign.* sicut nec alius, quàm Cæsar ipse legem facere potest, quę commissi pœnam irroget aut quę vectigalia imponat *l. vectigalia 10. l. Cæsar 15. eod. tit.* Vlpianus denique in *l. commissa 14. eod. tit. de public. & vectig.* disertè scribit commissa vectigalium nomine etiam ad heredem, id est, contra heredem transmitti, & commissi persecutionem sicut aduersus quęlibet possessorem, ita & aduersus heredem competere, quod proculdubio non aliter accipi potest quàm vt competat contra heredem etiamsi non sit possessor. Alioqui nihil adderet Vlpianus, cùm addit dari etiam contra heredem, si, vt putant aduersarij, non

alia

alia de causa, quàm quia possessor esset, teneretur, nam & illa inter possessorem commissi & heredem fraudatoris differentia admittenda est, quòd possessor sicuti non aliam ob causam tenetur quàm quia possessor est, ita nec in plus quàm quod possidet, quandoquidem nec nisi vindicatione conueniri potest, quæ datur contra possidentem & quatenus possidet. At heres fraudatoris, quia personali quoque actione & persecutione tenetur *dict. §. illicitarum*, vt scilicet defuncti qui fraudasse dicitur, innocentiam possit defendere, probando nihil in fraudem legis commissum esse, tenetur proculdubio in solidum probata fraude defuncti, etiamsi nihil ad eum ex commissis rebus peruenerit, quia scilicet mera rei persecutione tenetur ex sententia nimirum & ratione huius nostri §. alioqui nihil differret ab herede publicani, qui contra edictum prætoris illicitè aliquid exegisset, nam & in eum heredem quatenus factus esset locupletior, actio danda esset *l. 4. in princ. eodem tit. de public.* Denique si non teneretur heres fraudatoris, nisi quatenus possessor esset, vt volunt aduersarij, vtique suo nomine non quasi heres teneretur, & inepta esset quæstio, an in heredem dari deberet, quæ non datetur nisi contrà possidentem *l. de eo 12. § vlt.* vbi est tex. eleg. *ins supra ad exhib.* Et mala est aduersariorum ratiocinatio, cùm inferunt hæredem fraudatoris personali actione teneri non posse ex eo, quod in *dict. l. commissa 14.* dictum est commissum statim desinere eius esse qui crimen contraxit, dominiúmque rei vestigali acquiri, id enim tacitam condicionem necessariò recipit, si modò crimen admissum esse probetur, de quo ante omnia cognosci & prenunciari oportet. Deinde & fraudatorem & rem commissam tradi ad pœnam, vt Marcianus loquitur in *l vlt. §. 1. in fine eod. tit.* Ne aliter posito iure accideret, vt fisco crimen obiicienti omnimodo credi oporteret, & ad criminis probationem sufficeret accusatio, quod tamen nec in crimine læsæ Maiestatis receptum est, quod etiam ab heredibus purgari potest antequam hereditas fisco vindicetur *l. vlt. infrà ad leg. Iul. maiest. l. ex iudiciorum 20. infrà de accus.* vbi à generali regula quæ habet, ex delictis etiam publicis pœnam incipere ab herede non aliter posse, quàm si viuo reo accusatio mota sit. Excipit Modestinus crimina repetundarum, & maiestatis, quæ etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, placuit tamen exerceri posse contra heredes vt nisi defunctorum innocentiam probauerint, & crimen purgauerint, bona fisco vindicentur, nec quod interim reus nihil ex bonis suis alienare possit, nec seruum vllum manumittere, vt in *ead. l sequitur* facere potest, vt iam pro condemnato haberi debeat, sed vt fisci commodis consulatur, si condemnationem tandem sequi contingat, quam præcedere semper oportet, vt fiscus vindicationem habere possit, quomodo eadem lex probat: itémque *lex post contractum 15. infrà de donat. l. quæsitum 15. infr. qui & à quib. manumiss. liber. non fiant l. eius qui 29. infr. de iur. fisc.* Quisquis enim accusat, crimen deferat, delatum adprobet, cùm probauerit, & victoriam reportaturus & gloriam, vt Impp. loquuntur in *l. iubemus 4. C. ad leg. Iul. repetund.* Iunge duas postremas leges, quæ ex Paulo & Marciano additæ sunt in *tit. C. ad leg. Iul. maiest.* Hinc verò quintam sumimus conclusionis nostræ probationem, nam si qua actio est, quæ ex delicto fit, & quidem atrocissimo, & quæ idcirco secundum aduersariorum sententiam dari non deberet in heredem nisi quatenus ad eum peruenisset, hæ maximè actiones essent, quæ ex criminibus læsæ maiestatis, peculatus, & repetundarum proficiscuntur, & tamen quia sunt rei persecutoriæ, & quatenus meram rei persecutionem continent, dantur in heredem & quidem in solidum, etiamsi aut nihil aut minus ex defuncti scelere ad eum peruenerit: alioquin nihil haberent singulare huiusmodi actiones, cùm ex cæteris quoque publicis iudiciis omnibus sicut & ex priuatis quæ à delicto trahunt originem semper, & omni casu turpia lucra heredibus extorquentur *d. l. in heredem suprà de calumniat. l. sicuti 38. de regulis iuris l vnic. Cod. ex delict. defunct.* Sed & cùm ex quo quis aliquod ex supradictis causis crimen contraxit neque ex bonis suis alienare quidquam neque manumittere possit *dict. l. ex iudiciorum & dict. l. quæsitum 15. qui & à quib. man.* Apparet si quid reus malè alienauerit quod postea perierit, ita vt neque res neque pretium in hereditate inueniatur, condemnandum nihilominus heredem, vt conuicto reo æstimationem fisco præstet, ergo etiam id quod ad eum non peruenit, ac proinde fatendum est, teneri hoc casu heredem non quatenus possessor est, vt volunt aduersarij, sed quatenus heres est, nec sola rei vindicatione, vti iidem existimant, sed actione ipsa ex crimine, quatenus tamē meram rei persecutionem non pœnam corporalem continent. Id enim est quod Papinianus scribit in *l. donationes 31. §. vlt. infrà de donat.* Ratas esse donationes non posse quæ post crimen perduellionis contractum factæ sunt *cùm* inquit, *crimen illud heredem quoque teneat etsi nondum postulatus vita decesserat.* Quamquam meo iudicio separandum est crimen læsæ Maiestatis à cæteris repetundarum, peculatus & de residuis, quia in crimine læsæ Maiestatis bonorum ademptio siue ipsi reo siue heredi eius infligatur, mera pœna est non rei persecutio, nec enim bona eius qui Maiestatem læsisse dicitur, fuerunt vnquā fisci aut reipublicæ aut Cæsaris nisi fortè eo sensu quo Seneca scripsit omnia esse Cæsaris, sed imperio scilicet, non dominio. At in criminibus repetundarum, peculatus & de residuis nulla quæstio est, nisi de ablata & subrepta pecunia publica, vt ea nimirum restituatur *l. vlt. infr. ad leg. Iul. pecul.* Vbi ratio hæc redditur cur tria illa iudicia similiter in heredem, vt in defunctum exerceeantur, quia inquit Papinianus, in his tribus iudiciis quæstio principalis pecuniæ ablatæ moueatur. Etsi enim cùm repetundarum vel peculatus pecuniari agitur, pœna est quadrupli *l. 1. Cod. ad leg. Iul. repet. l. sacrilegij 6. in fine l. pen. inf. ad leg. Iul. pecul.* & lege de residuis damnatus amplius tertia parte, quàm debeat, punitur *l. 4. §. qua lege eod. tit.* quæ pœna quadrupli etiam in heredem datur (alioquin non similiter exerceretur in heredem, vt in defunctum *d. l. vlt.* nisi quod contra heredem duntaxat datur in heredes intra annum ex verbis ipsis legis Iuliæ repetundarum *l. 2. infr. ad leg. Iul. repet.*) Ea tamen pœna nō venit nisi in consequentiam principalis quæstionis cuius respectu actio est merè rei persecutoria, ideóque ex ipsa iuris ciuilis regula transiret in solidum aduersus heredem. Et quidem etiam post annum & in perpetuum, ni verbis legis Iuliæ contra cautum fuisset, ex quo magis intelligimus dari actionem repetundarum contra heredem quatenus heredem & in solidum non vt aduersarij volunt quatenus contra possessorem quelibet, & de eo tantùm quod ad eum peruenerit, nam si daretur tanquam contra possessorem & de eo tantùm quod ad eum

peruenisset, vtique daretur post annum & perpetuò ex regula *legis 4. infrà de interdict. l. 1. in princip. l. 3. §. 1. infrà de vi & vi arm.* Cessante enim post annum lege Iulia repetundarum attamen quod scelere defuncti quæsitum esset, heredi semper auferre oportet *l. cùm falsi 12. infrà ad leg. Cornel. de fals.* Nunquam enim permittendum est vt heres ex defuncti scelere ditetur *dict. l. 5. supr. de calum. dict. l. sicut 38. de reg. iur. dict. l. vnic. Cod. ex delict. defunct.* & aliis sexcentis. nam quod aduersarij suo ingenio contrariam regulam astruunt, ex maleficiis merè pœnales actiones in heredem rei prorsus non competere etiamsi aliquid ad eum peruenerit, apertissimè falsum est, & repugnans legibus omnibus, quæ dicunt turpia lucra heredibus esse extorquenda sine vlla actionum distinctione, imò verò, quo magis actio pœnalis est, eo minus æquum est turpe lucrum defuncti apud heredem remanere, licèt pœna in heredem non transeat *dict. l. cùm falsi dict. l. in heredem 5. de calumn.* Actionem enim de calumniatoribus quæ in quadruplum datur, merè pœnalem esse non mixtam apparet euidenter ex *l. si quis 7. in princ. & §. 1. eodem tit.* Vbi is qui pecuniam dedit ne calumnia mihi fieret, pecuniam quam dedit, repetit, & ego nihilominus ago in quadruplum quod proinde hoc casu totum pœna est. Et falsi accusationem criminalem ex lege Cornelia de falsis descendentem totam merè pœnalem esse nemo dubitat, & tamen finita accusatione & extincto crimine morte rei, constat heredem teneri, vt turpe lucrum omne restituat *d. l. cùm falsi.* Neque verò in tot legibus quas aduersarij aduersus nos congerunt, & quibus integras onerant paginas, ex quibus probari non negamus actiones merè pœnales in heredem non transire, vlla tamen lex est quæ adiiciat quod illi comminiscuntur, *etsi aliquid ad heredem peruenerit.* Qua de re si vel vnam legem proferant, libéter cedimus, & victos nos agnoscimus. Nec mouemur ex *dict. l. 2. ad leg Iul. repet.* quæ actionem repetundarum quamuis rei persecutoriam, vt suprà diximus, anno tamen finiri vult aduersus heredem. Id enim speciali quodam iure verbis ipsis legis Iuliæ ita constitutum est, miseratione heredis contra quem iudicium similiter, vt contra defunctum exerceri solet, *dict. l. vlt.* id est, vt interpretati sumus, etiam cum pœna quadrupli [vt tantùm possit in his iudiciis priuilegium criminis & accusationis, quantum in aliis potest litis contestatio *dict. l. ex iudiciorum*] qua tamen in perpetuum teneri heredem eo prætextu, quòd principalis quæstio sit de rei persecutione, duriusculum sanè esset: sed illud tamen multo durius, vt heres de eo quod ad ipsum ex scelere defuncti peruenisset, post annum non teneretur, cùm in eo nullus heredis fauor esse possit & debeat, cur in minus teneatur, quàm defunctus. Quod tamen Accursius cæterique interpretes ad *dict. l. 2.* non videntur percepisse, existimantes non teneri heredem actione illa repetundarum, ne quidem de eo quod peruenit nisi intra annum. Sed longè imperitius faciunt aduersarij, qui quod scriptum est in *dict. l. vlt. ad leg. Iul. pecul.* heredem similiter teneri in tribus illis iudiciis peculatus, repetundarum, & de residuis, sic intelligunt, vt non teneatur nisi tanquam possessor, quasi verò nec defunctus teneretur, nisi quatenus possessor, non autem quia deliquisset. Vnde & tandem eò amentiæ deueniunt, vt bonorum defuncti vindicationem, quæ fisco datur post condemnatam defuncti memoriam, dicant procedere ex lege ipsa Iulia magis quàm ex delicto, quasi accusationes & actiones quę ex legibus publicorum iudiciorum descendunt, non sint ex delicto, nisi fortè putant crimina ipsa publica non esse crimina nec delicta. Confirmatur ergo nostra regula optimè ex *dict. l. vltim. pecul.* quæ vult tria supradicta iudicia similiter dari in solidum contra heredem, propterea quòd in principali quæstione quæ est de ablata pecunia, meram rei persecutionem contineant, licet persecutionem illam pœna quadrupli concomitetur intra annum: quasi in omni actione non tam accessorium spectandum sit, quàm principale prædominans, cuius naturam sequitur semper accessorium. Quod si tota quæstio esset de ablata pecunia non etiam de pœna, darentur proculdubio tria illa iudicia contra heredem, etiam post annum tanquam merè rei persecutoria, quamuis non eo minus futura essent ex delicto.

VI. conclusionis nostræ PROBATIO est ex *l. pupillum 111. §. 1. de regulis iuris.* Vbi Caius scribit in heredem non solere transire actiones pœnales ex maleficio, veluti furti, damni iniuriæ, vi bonorum raptorum, & iniuriarum. Ex quibus exemplis apparet sic intelligi Caium, vt actiones illæ pœnales non transeant in solidum aduersus heredem, nam de eo quod ad heredem peruenit, transire in eum actionem damni iniuriæ, id est, legis Aquiliæ iam suprà diximus ad *l. Inde Neratius §. hanc actionem suprà ad leg. Aquil.* Ita ergo scripsit Caius de actionibus ex maleficio pœnalibus, vt comprehenderet omnes quidem actiones pœnales siue merè pœnales, qualis est actio furti, siue mixtas, quales sunt damni iniuriæ & vi bonorũ raptorũ *§. vi autem 19. & precedenti Inst. de act.* Nam & mixtæ ex pœnalib. dicuntur absolutè pœnales & pœnalium naturam habent, vt non magis dentur contra heredem quàm merè pœnales *dict. §. hanc actionem*) Sed ad exclusionem actionum ex maleficio, quæ non sunt pœnales, ac proinde quæ sunt merè rei persecutoriæ, vt scilicet dentur contra heredem, ergo in solidum licet sint ex maleficio. Alioqui si non darentur nisi de eo quod ad heredem peruenit, nulla esset prorsus hac parte differentia inter actiones ex maleficio pœnales saltem mixtas (ne de merè pœnalibus iterum cum aduersariis disputemus) & merè rei persecutorias. Atque ita debuisset Caius regulam concipere de actionibus omnibus ex maleficio explicitè & indistinctè, non de actionibus ex maleficio pœnalibus. Item ad exclusionem & differentiam actionum ex contractu pœnalium, quæ non dantur nisi dolo interueniente, & ad puniendum dolum quæ licet sint pœnales, dantur tamen aduersus heredem in solidum, quia ex contractu reique persecutione descendunt *l. si hominem 7. §. datur*, vbi dicemus latius *infrà depos. l. ex deposito 12. l. ex contractibus 49. de obligationibus & actionibus, l. ad ea 157. §. In contractibus de regulis iuris.* licet aliter Tribonianus scripserit in *§. aliquando Instit. de perpet & temp. act.* Quod si actiones ex contractu pœnales transeunt in solidum aduersus heredem, multo facilius admittendum est, actiones ex maleficio quę non sunt pœnales, sed meram rei persecutionem continent in solidum quoque aduersus heredem competere, in quo numero certè est condictio furtiua si qua vsquam alia *dict. l. in condictione 9. infrà hoc tit.* Septima eiusdem nostræ conclusionis probatio sumi potest ex *leg. liberum 9. de reliq. & sumptibus funer.* vbi tractans Caius de actione in factum quæ datur contra

contra eum, qui prohibuit mortuum eò inferre quò inferendi ius fuit, aut mirari se cur constare videatur eam neque heredi, neque in heredem dari, nec dubitat quin & heredi & in heredem danda sit: quod & scriptum est ab Vlpian. in *l. si filiusfamilias 31. §. 1. eod. tit.* scilicet in solidum non de eo tantùm quod peruenit, vt malè aduersarij nostri interpretantur. rationem enim Caius adfert, quia sola pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducitur, nulla prorsus pœna, adeò vt nec pœnæ nomine concepta sit ad puniendum dolum aut factum eius qui prohibuit, non magis quàm interdictum quo prohibetur vis fieri, & quod ex eadem causa competere lex ait. In quo valde singulare ius est huius actionis, vt quamuis sit & ex delicto & prætoria & valde similis actioni iniuriarum [quæ ad eum locum erat ratio dubitandi] nullomodo tamen sit pœnalis ne quidem ex parte rei, sed meram rei persecutionem ex vtraque parte contineat. Vnde fit, vt vel ex ipsa iuris prætorij non minus quàm iuris ciuilis ratione etiam post annum dari debeat & in solidum contra heredem, ex regula *l. in honorariis 35. de oblig. & action.*

a *Nec tantum si viuat seruus furtiuus, sed etiam si decesserit.* Rectè Vlpian. hunc versiculum adiecit, vt ostenderet præcipuam differentiam, quæ est inter vindicationem & condictionem furtiuam, quia vindicatio non datur nisi quandiu viuit seruus, cuius scilicet morte dominium amissum & extinctum est, quia vindicatio nascitur ex præsenti possessione *l. non alias 24. §. sed si postulatur supr. de iudic.* Possessio autem nulla esse potest hominis mortui qui iã nullus est. At condictio furtiua serui furtiui durat etiam seruo mortuo *§. vltim. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Quia licèt rem persequatur, in personam tamen non in rem actio est: actiones autem in personam non exstinguuntur peremptione rei debitæ quoties periit res post moram, quia præcipuus moræ effectus ille est, vt perpetuet obligationem & actionem *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. de verb. oblig.* fur autem moram semper facere intelligitur vt iam sæpius monuimus ex *l. prox. §. 1. & l. vlt. inf. hoc tit.* Apparet autem ex versiculo sequenti horum verborum sententiam illam esse, vt condictio furtiua duret etiamsi viuo adhuc fure seruus furtiuus decesserit, ac proinde etiamsi ex furto illo nihil ad furis heredem peruenerit, neque enim peruenisse quicquam potest, cùm seruus furtiuus viuo fure decessit, subiungit enim Vlpianus, *sed etsi apud furis heredem diem suum obierit seruus furtiuus*, vt intelligamus esse casum illum diuersum à superiore. Et cùm quæritur, an condictione furtiua heres furis teneatur nihil penitus interesse, an viuat seruus furtiuus an decesserit, nec rursus cùm decessit, an viuo fure, an post mortem furis decesserit, nec denique cùm post mortem furis decessit, quicquam referre, an apud heredem an apud alium decesserit, vt sequitur in hoc textu. Id enim agit Vlpianus, vt omnes casus exprimat qui possunt incidere, quemadmodum benè Bartolus vidit. Itaque parum subtiles sunt aduersarij qui hæc verba, *sed etiam si decesserit* restringunt ad eum casum quo seruus furtiuus decesserit post furis mortem non eo viuo ob id solùm quòd præcedentia illa, *nec tantum si viuat seruus furtiuus* intelligi debeant de seruo furtiuo qui viuat post mortem furis, quasi verò sint duo illi casus oppositi & sibi aduersantes, *Si post mortem furis seruus viuat aut decesserit*, cùm tamen non possit seruus decedere post mortem furis quin post eiusdem mortem vixerit, ita vt secundum hanc interpretationem casus mortis includat casum vitæ. At erunt omnino casus oppositi & pugnantes illi, *si seruus adhuc post mortem furis viuat, aut viuo adhuc fure decesserit.* Quod perinde est acsi Vlpianus scripsisset, *siue post mortem furis viuus adhuc seruus furtiuus siue iam viuo fure mortuus proponatur*, proinde qui contra Vlpianum potius quàm contra nos disputant, condictionem furtiuam non dari nisi de eo quod ad ipsum peruenit, textum hunc effugere non possunt. In quo tam apertè Vlpianus scribit furis heredem teneri condictione furtiua etiam eo casu quo constet nihil ad eum peruenire ex furto potuisse. Ratiò igitur dvb. ad hunc versiculum ex ipsorum aduersariorum argumento petenda est, si generaliter verum esset quod illi volunt, actiones omnes ex delicto esse pœnales, actiones autem pœnales contra heredem in solidum non dari, ac ne quidem de eo quod peruenit si actiones merè pœnales sint, sed tantùm si mixtæ ex *d. l. pupillum 111. §. 1. de reg. iur.* Atqui condictio furtiua datur ex delicto, vt toties probauimus, & inculcauimus. Ergo non debuit dari in heredem eo casu quo res furtiua viuo adhuc fure perierit, atque ita nec peruenerit nec peruenire potuerit. Sed Dec. rat. est, quòd imò verò actiones omnes quæ sunt sui natura merè rei persecutoriæ, licèt sint ex delicto, dantur nihilominus in solidum aduersus heredem, qualis est condictio furtiua & aliæ de quibus suprà diximus. Falsum enim est quod aduersarij pro vero supponunt, nec vllo iuris loco probare vnquã possint actiones oẽs ex delicto esse pœnales, sicuti nec actiones omnes pœnales sunt ex delicto, cùm ex iis plurimæ sint ex contractu, aliquo tamen dolo, & consequenter delicto rei interueniente *d. l. si hominem §. 1. infr. depos.* & aliis suprà citatis, nam & actio rerum amotarum ex delicto est *l. si mulier 21. §. hac actio inf. rer. amot.* Quod nec aduersarij negant, & tamen non est pœnalis, quia non pœnam, sed meram rei persecutionem continet, vt ibidem scriptum est, licèt non nisi arbitrio iudicis tanquam quæ sit arbitraria, vt & illa de qua in *l. 4. alias l. non solum §. 1. supr. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* Idque nos probauimus pluribus in *vlt. parte Chiliadis de error. prag.* vbi totam hanc quæstionem fusius tractauimus & melius quàm antè à nobis factum esset *lib. 4. coniect. cap. 1.* Sed neque possint aduersarij vllam actionem proferre quæ sui naturâ sit rei persecutoria, cuiusmodi est condictio furtiua, & quæ tamen non detur in solidum aduersus heredem: vt neque vllam merè pœnalem quę non detur contra heredẽ de eo quod peruenit, excepta actione furti, quæ ita datur ad meram pœnam, vt contra heredem danda non sit, nec de eo quod ad eum peruenit: nimirum iure singulari, quia contra furem non tantùm actio furti comparata est, sed condictio furtiua, quæ longè durior est in heredem quàm de eo quod peruenit, cùm detur in solidum. an non enim stultus esset legislator siue ciuilis, siue honorarius, si actionem furti daret in heredem de eo quod peruenit, cùm possit & debeat ille teneri in solidum ex condictione furtiua? Nam & eadem ratio facit, vt actio vi bonorum raptorum, quamuis non sit merè pœnalis, sed mixta, & cæteræ mixtæ omnes, vel fatentibus aduersariis dentur in heredem de eo quod peruenit, hæc tamen nullo modo detur in heredem ne in id quidem quo locupletior factus est *l. 2. §. vlt. inf. vi bonor. raptor.* Vbi rationem Vlpianus reddit. Quia putauit prætor sufficere cõdictio-

nem furtiuam, quæ scilicet datur contra eum quoque qui vi bonorum raptorum tenetur *l. siue manifestus 10.§.1.infrà hoc tit.* Ergo debuerunt aduersarij vel negare eâdem audacia actiones mixtas dari in heredem de eo quod peruenit, propter actionem hanc solam vi bonorum raptorum, vel desinere argumentari ex sola actione furti, vt probent actiones merè pœnales omnino non dari in heredem, id est, ne de eo quidem quod ad ipsum peruenit.

b *Quæ in herede.* RAT.DVB.& DEC. Eadem est in honorarijs successorib. quam attulimus in herede: est enim hic versiculus intelligendus nō de successorib. quibuslibet, puta qui titulo aliquo singulari, vt emptionis succedant in rem furtiuam (neque enim isti condictione furtiua tenentur *l.ex causa 5.sup.* vt nec alia vlla personali actione *l. æris alieni 15.C.de donat.l.vlt.§.1.de contr.empt.l.1.§.si heres ad Senatusconsultum Trebellianum l.vltim. Cod. de heredit. action.*) sed de successoribus iuris siue ciuiles sint, siue honorarij, vt benè Ioannes & Azo iam olim interpretati sunt ex *l.nec legatarius 11.hoc tit.l. quædam sunt 8.§. nihil interest supr.de edend.* At honorarij successores iuris, & cæteri, qui heredum loco sunt, licèt non sint verè heredes, eodem tamen iure censentur in qualibet ferè iuris parte *l.1.2.& 3.infr.de bonor. possess.* cum similibus.

8. IDEM libro 27. ad Edictum.

IN re furtiua condictio ipsorum corporum competit. sed vtrum tamdiu, quamdiu exstent: an verò & si desierint esse in rebus humanis? & si quidem obtulit fur: sine dubio nulla erit condictio. si non obtulit: durat condictio æstimationis eius [a]. corpus enim ipsum præstari non potest.

Ad l. In re furtiua 8.

RAT. DVB. Condictio furtiua datur ad ipsius rei furtiuæ persecutionem *l.prox.§.1.supr.* Ergo si res furtiua perempta sit, non potest durare condictio neque corporis furtiui, quod iam nullum est, neque æstimationis, quia non fuit æstimatio subrepta, aliud enim est res ipsa, aliud æstimatio *l. si alij 42. §. 1. supr. de ventr.*

DEC. Res debita si post moram debitoris perierit, vtique perit debitori, in cuius pœnam & odium habetur pro adhuc extante, *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vltim. de verborum obligationibus l. in actionibus 5. versic.planè supr.de in lit.iur. l.pen. supr. de cond. caus. dat.* Atqui fur quatenus debitor rei furtiuæ semper moram facere intelligitur in ea restituenda, quam nec ab initio auferre debuit *§. prox.infr. & l.vltim.hoc tit.* Ergo vel purgare moram illam debet per oblationem realem, nullaque cōditione vel dilatione suspensam *l. qui decem in princ.& §.1.infr. de solut. l.parui refert 17.infr.hoc tit.l.vltim. Cod.hoc tit.l.interdum 73.§. vlt.de verborum obligationibus*, vel si fur non obtulerit, necesse est durare condictionem furtiuam hactenus scilicet, vt ipsa quoque corpora furtiua peti adhuc possint *dict. l. si seruum §. sequitur & §. vltim. de verborum obligationibus*, sed tamen vt præstari debeat æstimatio, quia corpus ipsum quod periit præstari amplius non potest, vt hîc Vlpian. scribit. Corpus enim ipsum proculdubio in petitione est, æstimatio autem in solutione tantùm, vt benè hîc Accursius notat ex *l. eum qui 56. §.vlt.& dict.l.si seruum 91. §.vlt.de verb.oblig.iunct.l.si seruus 14.§. boue infr. hoc tit.* Quamuis Bartolus etiam æstimationem condici posse putet re furtiua perempta, quasi obligatus sit fur rem restituere non rem dari, quod tamen iam refutauimus ad *l.3.supr.* Ex eo autem quod hîc scriptum est durare condictionem, etiamsi res furtiua in rebus humanis esse desierit, non adhibita distinctione an contra furem detur, aut contra furis heredem, nec rursus an viuo fure an post ipsius mortem res furtiua perierit, apparet verum esse quod supra docuimus, generaliter & indistinctè condictionem durare aut contra furem aut contra furis heredem, quamuis seruus furtiuus viuo fure perierit, atque ita nihil ad eum ex furto peruenerit. Et sanè cùm heres teneatur condictione furtiua, etiamsi rem non possideat, vt Iustinianus scribit in *§.vlt.Instit.de oblig. quæ ex delict. nasc.* quid potest interesse, an ideo heres non possideat rem furtiuam, quòd ea iam viuo adhuc fure perierit, an quia post mortem furis? Quod autem in hac lege scriptum est, si quidem fur rem furtiuam obtulerit, nullam esse condictionem, constat ita debere accipi, vt idem tamen iuris sit, si in aliud nomen aliúmque statum obligationis nouandi animo res furtiua transferatur *dict. l parui refert 17.infr.* Itémque, si citra nouationem & delegationem res furtiua per stipulationem simplicem promittatur domino, vt in *dict. l. qui decem 72. §. Item responsum est infrà de solut.* sed hoc posteriore casu præsentem rem esse oportet, non etiam superiore *dict. l parui & dict §.Item responsum est.* Obserua tamen, quod Accursius bene notat, oblatione rei furtiuæ tolli quidem condictionem furtiuam, sed non pœnalem actionem furti *l. qui ea mente 65.inf.de furt.l.si pignore 14. §. cùm furti eod.*

a *Durat condictio æstimationis eius.* RAT.DVB. Res quæ extare desiit, etiam post moram non potest à Iudice æstimari sine delatione iurisiurandi *l. in actionibus 5.verss. plane supr. de iureiur.* Atqui nusquam scriptum est in condictione furtiua iurari posse in litem, quamuis idipsum scriptum sit in actione furti in *l.cùm furti 9.eod.illo tit.* Ergo post peremptam rem furtiuam non potest durare condictio æstimationis eius.

DEC. Tunc necessarium est iusiurandum in litem ad æstimandam rem peremptam in actionibus stricti iuris, cuiusmodi sunt condictiones omnes cùm eius temporis æstimatio præcisè ineunda est, quo agitur pro re iam perempta, vt in *d.vers.planè & l. seq.* vbi diximus, at in condictione furtiua, cùm res perempta æstimatur, nullius certi temporis ratio habetur, sed eius quanti plurimi vnquam res fuerit *§. prox. inf.* ita tamen vt æstimatio nunquam egrediatur retrorsum iudicij accipiendi & litis contestatæ tempus *l.2.§. quæsitum infr. de priuat.delict.* Quæ æstimatio quanti plurimi facilè sciri potest, etiam nullo delato iureiurando, non minus quàm in actione legis Aquiliæ, in qua certum est nunquam iurari *l. ait lex 21.& pass.sup.ad leg. Aquil.* Ergo nihil vetat etiam in condictione furtiua durare condictionē æstimationis etiam post rem furtiuam peremptam: alioquin rei furtiuæ interitu etiam contingente post moram, quam fur semper facere intelligitur, liberatio

liberatio furis contingeret contra omnes iuris regulas *d.l.si seruum 91.§.vlt.de verb.oblig l.pen.supr.de cōdict.caus.dat.caus.non secut.* Atque ita melior esset cōdicio furis, quàm alterius debitoris cuiuslibet in mora constituti, quæ tamen debet esse deterior, vt reuera est in eo, quod fur præstat æstimationem quanti plurimi quam cæteri debitores nunquam præstant vt dicemus in *d.§.prox.seq.*

1 ¶ Si ex causa furtiua res condicatur: cuius temporis æstimatio fiat, quæritur placet tamen id tempus spectandum, quo res vnquam plurimi fuit: maximè cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur [a]: semper enim moram fur facere videtur.

Ad §.1. *Si ex causa.*

RATIO DVB. In æstimatione ineunda rei debitæ ex iudicio stricti iuris, inspiciendum est præcisè tempus litis contestatæ *l. vinum 21. supr. de reb. cred.l.vlti.infr.de condict. tritic.l.hominem 37.inf.mand.* In quo differunt iudicia stricti iuris à iudiciis bonæ fidei, in quibus spectatur vtro tempore res pluris fuit an moræ an rei iudicatæ *l. 3.§.in hac inf commod.l.3.§.si per venditorem infr.de act.empt.* at æstimari rem quanti plurimi vnquam fuerit, siue in bonæ fidei iudiciis siue in strictis, nusquam scriptum est. Atqui condictio furtiua est stricti iuris, vt cæteræ omnes condictiones *§.actionum 25.Instit.de act.* Ergo nec in condictione furtiua spectandum est id tempus, quo res vnquam plurimi fuerit. DEC. Odium furis, vt alia pleraque induxit, ita & hoc inter cætera, vt res furtiua æstimari debeat quanti plurimi vnquam fuerit, Non quidem à die furti admissi, sed à tempore litis contestatæ in tempus vsque sententiæ, ne alioqui eueniret, vt per continuationem furti melior fieret condicio furis *l. inficiando 67. §. infans infr.de furt.* Quo exemplo etiam mulier quę maritires amouit, tenetur actione rerum amotarum quanti plurimi res amotæ fuerint: crescit enim æstimatio in illa etiam actione, vt in condictione furtiuæ rei, quia veritate furtum facit mulier, licèt leniùs coerceatur *leg. pen.infr.rer. amot.* Melior tamen est condicio furis itémque mulieris, quæ res amouit, quàm eius qui contra legem Aquiliam vulnerauit hominem vel occidit. Hic enim tenetur quanti plurimi vnquam fuit homo ex die admissi delicti, in actione autem rerum amotarum & condictione furtiua æstimatio quanti plurimi non egreditur retrorsum iudicij accipiendi tempus *dict. leg. 2. §. quæsitum est infr. de priuat. delict.* Nascitur autem differentia tum ex verbis legis Aquiliæ, quæ sic habent, *Quanti id in eo anno plurimi fuit leg. 2. leg. ait lex 21. supr. ad leg. Aquil.* tum ex natura condictionis furtiuæ, itémque actionum stricti iuris omnium, in quibus nulla haberi potest ratio æstimationis, quæ præcessit litis contestationem: siue quia quale quid est cùm petitur, tale dari debet vt ait Papin. in *leg. 2. infr. de vsur.* siue quòd imputare sibi actor debeat, cur non citiùs egerit. Iura enim diligentibus subueniunt non negligentibus *leg. non enim supr. ex quib. caus. maior. leg quod autem 6. §. sciendum leg. pupillus 24. infr. quæ in fraud. cred.* Nec ad rem facit quod fur ex die furti admissi semper moram facere intelligatur vt scriptum est in *hoc §. & in leg.vltim. infr.* Ea namque ratio est condictionum, & iudiciorum omniū stricti iuris, vt in illis nulla penitus moræ ratio habeatur, quantum ad augendam obligationē, sed duntaxat quantum ad eam perpetuandam *leg. si seruum 91. §. sequitur & §. vltim. infr. de verb. oblig.* Ex quo apparet, quàm ridiculum sit monstrum illud æstimationis quanti plurimi, quod interpretes nostri inuexerunt, in omnibus bonæ fidei iudiciis à die moræ vsque ad condemnationem quod illi docent ad *dict. leg. vinum 22. supr. de reb. cred. & ad dict. leg. 3. §. in hac infr. commod.* Nam si quo casu odium moræ posset inducere æstimationem quanti plurimi ex die moræ, proculdubio mora & odium furis, hoc maximè induceret contra furem in condictione furtiua. Nec maior esset ratio spectandi præcisè temporis litis contestatæ ad excludendam maiorem temporis præcedentis æstimationem, quàm ad excludendam sequentis: cùm in vtroque violetur natura cæterarum condictionum & actionum stricti iuris, vt fur grauius coerceatur.

a *Maximè cùm deteriorem rem factam fur dando non liberatur.* RATIO DVB. Potest res furtiua fieri deterior solo cursu temporis, aut aliquo casu fortuito, citra culpam vllam debitoris, quo casu videtur spectare periculum ad creditorem, cùm nihil possit imputari debitori, nec quisquam casus fortuitos præstare debeat *leg. contractus 23 in fin.infr.de reg.iur.* Maximè verò si is qui creditor est idem dominus proponatur. Tritum enim est casus omnes fortuitos ad dominum pertinere *leg. quæ fortuitis 6.leg. pignus in bonis 9. Cod.de pignor.act.* Atqui in condictione furtiua hoc euenit, vt quisquis creditor & actor est, eundem esse dominum necesse sit *leg. 1.supr. h. tit. l. vltim. supr. vsufr. quem. cau. §. sic itaque Instit. de act.* Ergo fur dando rem furtiuam licet deteriorem factam dummodo sine culpa sua liberari debet. Præsertim cū nec alia res sit, quàm quæ subrepta fuerat, quæ hodie deterior redditur. Adeò vt nec audiendus fur esset, si pro re furtiua deteriore facta meliorem aliam neque furtiuam vellet inuito domino reddere. Neque enim aliam rem persequitur condictio furtiua, quàm illam ipsam, quæ furto subrepta est, vt ex initio huius legis apparet. Et ex *§.1.leg.prox.præced.* DEC. Non videtur reddi ea res quæ deterior redditur *dict. leg. 3. §. 1.infr. commod.* Nam qua parte facta est deterior, non tantùm vilior quoque facta fuit, sed etiam periisse quodammodo intelligitur, *leg. 3. infr. de cond. tritic.* Quid enim aliud est rem fieri deteriorem quàm ex parte perire? Ergo non est permittendum furi, vt rem furtiuam deteriorem factam reddendo liberetur, maximè cùm non possit res facta esse deterior apud furem, quin post moram furis id contigerit, quandoquidem ex eo instanti, quo furtum admisit moram contraxisse intelligitur, eámque continuasse, quo vsque rem restituat, vt sequitur in hoc *§. & in leg.qui furtum 16. & leg.vltim.infr. hoc tit.leg. vltim. C.de cond.ob turp.caus.* vbi dicitur hoc casu moram in re ipsa fieri, id est citra vllam interpellationem vt in *l.3.C.in quib.caus.in integr.rest.* Certum autem est quicquid contingit rei debitæ post morā debitoris, id periculo debitoris cedere *l.si ex legati 13.& seq.inf.de verb. oblig.* Neque vero facilè potest fieri, vt mora contrahatur sine culpa *l.sciendum 21. & seqq. l.mora 32. infr.de vsur.* vbi latiùs Deo fauente dicemus.

2 ¶ Nouissimè dicendum est, etiam fructus in hanc actionem venire.

Ad §. vltim.

ERAT. DVB. In cæteris condictionibus fructus non veniunt nisi qui post acceptum iudicium percepti sunt, idque ex æquitate, vt ex Cassio Paulus scribit in *leg. videamus 38. §. si actionem infr. de vsur.* Ergo in condictione furtiua non possunt venire fructus quos à die furti admissi fur perceperit, de quibus tamen sine dubio loquitur hîc Vlpianus, cùm ait, fructus quoque in hanc actionem venire. DEC. Cæteræ constitutiones dantur non domino, qui tamen dominus fuit, & aduersus dominum: hæc autem domino aduersus non dominum, & quod magis est, aduersus furem, & consequenter malæ fidei possessorem, qui proinde lucrum facere fructuum ex re aliena non debet, cùm fructus acquirantur iure soli & dominij *leg. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vind. leg. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* præterquàm si à bonæ fidei possessore percepti sint *dict. leg. qui scit §. vltim. & leg. bonæ fidei 41. infr. de acq. rer. dom.* Mirum igitur non est fructus omnes à fure perceptos siue extent, siue consumpti sint, venire in condictionem furtiuam, extantes quidem tanquam proprios actoris, & eodem iure quo res ipsa, quæ actoris est, quasi qui ex nouo furto nouáque contrectatione ad furem peruenerint *leg. si seruus 14. §. boue subrepto infr. hoc tit. leg. si seruus 61. §. locaui infr. de furt.* Consumptos verò, quia actoris esse desierunt iure proprio condictionis. Nam etsi vindicatione ageret dominus aduersus furem aliúmve quemlibet possessorem, extantes quidem vindicare posset, consumptos verò condicere *leg. certum est 22. C. de rei vind.* Et apud Iustin. *Instit. de off. iudic.* Porrò quicquid à fure poterat dominus vindicare, potest etiam iure singulari, id est, per condictionem furtiuam condicere, quod verò vindicare non posset, id quia nec condicere iure singulari potest, cùm non sit dominus, necesse est vt condicat iure communi: & ita hîc locus intelligi meo iudicio debet. Ex quo prætereà notari volo, longè differre fructus ab æstimatione quanti plurimi contra plerosque ex pragmaticis nostris existimantes eum, cui præstatur æstimatio quanti plurimi, nihil prætereà siue fructuum siue aliarum accessionum nomine consequi debere, quasi & ipsa æstimatio quanti plurimi accessio quædam sit cuius aliam accessionem dari non oporteat, nam & imò verò æstimatio quanti plurimi res ipsa est quę debetur, fructus autem siue principaliter siue accessoriè debeantur, aliud quiddam sunt à re ipsa separatum, vt pluribus à nobis tractatum est *Def. 9. Cod. Fabr. de vsur. & mor.* Iunge tamen quæ dicemus ad *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem infr. de act. empt.*

9. IDEM libro 30. ad Edictum.

IN condictione ex causa furtiua non pro parte, quæ peruenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus. pro parte autem heres[a], pro ea parte, pro qua heres est, tenetur.

Ad l. In condictione 9.

Hæc lex est quæ amplissimum à nobis tractatum exigeret si ad ea omnia respondere vellemus, quæ nobis obiecta sunt ab iis qui pro tuenda Iacobi Culacij sententia contra nos ex professo scripserunt ad inpugnandam Vlpiani, quam nos hîc defendimus, sententiam: existimantes condictionem furtiuam, quia sit ex delicto, non posse dari in solidum contra heredem, sed de eo quod ad ipsum peruenit nisi lis contestata sit cum defuncto, aut nisi heres furis rem furtiuam cõtrectauerit: aut, quod illi addunt de suo, si datur in solidum contra heredem non esse illam ex delicto, sed vel ex quasi contractu vel ex variis causarum figuris, & vt ipsi loquuntur, ex sua suæ causæ figura. Etsi autem errorem hunc satis sæpèque refutauimus in postrema parte Chiliadis nostræ de *errorib. pragmat. & ad l. si pro fure 7. §. vlt. supr.* quia tamen video tantopere sibi eos placere, & blandiri in hac sua opinione comprobanda, quasi nihil verius & ad iuris nostri principia accommodatius excogitari à quoquam potuerit, conquisitis vndequaque rationibus ad quatuor vsque & viginti. Erit fortasse consultius respondere hoc loco ex ordine ad singulas, ne aut ipsi aut studiosi iuris plerique quos audio expectare auidè vt ad quatuor illos Benedictorum libros respondeamus, silentium nostrum sic accipiant quasi non tam victos nos, quod parum esset, quàm Vlpianum & prudentes cæteros, quorum nemini in mentem vnquam venit vt contra Vlpianum sentiret, desipuisse hac in re fateamur. Cúmque nobis ad quatuor illos libros respondẽdi nec animus nec otiũ nobis sit, quibus nec ferè fuit nisi cursim legendi, ne Rationalium nostrorum institutum aut deseramus, aut interpolemus: hoc tamen assequemur, vt ex his quę nunc dicemus, facile sit cuique intelligere, quàm subtilia & elegantia sint cætera, quæ illi in carpendis & lãbendis passim scriptis nostris quasi inepta & reprehensibiliora cumularunt, de quibus tamen etiam singulis dicemus aliquid, sed suis locis, & cùm in eos textus inciderimus, quibus illi contra nos abutuntur, vt cuilibet appareat nec istis remoris posse nos detineri, quin nauigationem institutam peragamus, nec tamen pati velle, vt quæ ipsi tam audacter pro veris & Benedictis venditant, pro talibus habere quisquam possit, nisi qui malit cum iis omnino desipere quàm cum prudentibus benè sentire.

I. Obiiciunt in sola furis persona cerni odium illud legislatoris, quo effectum est, vt extra pœnam dupli, vel quadrupli, quæ per actionem furti manifesti vel nec manifesti petitur, etiam condictione furtiua teneatur *§. sic itaque 14. Instit. de action.* Id autem quod taliter odiosum & personale est, non deberę personam furis egredi, nec ad innocentem heredem transire *arg. l. vsus aqua 21. supr. de vsu & habit. l. in omnibus 68. de reg. iur. l. vitia 11. Cod de acq. poss.* Præsertim, inquiunt, cùm quod isto modo odiosũ est, suo modo aliquã pœnæ speciẽ præ se ferat *arg. l. qui exceptionẽ 40. sup. de cõdict. indeb. l. sed si paterfamilias 9. §. pen. infr. de SC. Maced.* Respondemus, odio quidem furis inductam esse condictionem furtiuam, quæ ex iuris ratione neque domino dari vnquam posset, neque cum vindicatione concurrere,

fere,sed non illud etiam,vt fur actione rei persecutoria in solidum teneatur, etiamsi res furtiua extare desierit. Est enim hoc ex ratione iuris communis, cùm ex die admissi furti moram semper facere videatur in restituenda re furtiua, quam nec auferre ab initio debuit *l.vlt.infr.hoc tit.* Eadem ergo furis ratio facit, non furis odium, vt eius heres in solidum quoque eâdem actione merè rei persecutoria teneatur, non quia fur sit aut aliquo dignus odio, sed quia furis heres *d. l.si pro fure 7. §.vlt.supr.* nec in speciem pœnæ alicuius, vt isti cauillantur, cùm furtiua condictio nulla ex parte sit pœnalis, sed in consequentiam aditę hereditatis,quam adire non debuerat,si eodem iure quo defunctus censeri hac parte nolebat. Furis enim hereditatem adeundo quasi contraxit cum domino cui furtum factum est, vt iisdem actionibus merè rei persecutoriis teneatur quibus defunctus tenebatur. Id est & condictione,& vindicatione, & actione ad exhibendum *d.l.7.§.1.supr. l.3.§.vltim.& l.seq.infr.quib.ex caus.in possess.eat.* Non tamen actione furti,quæ quoniam merè pœnalis est, nihil nisi criminis pœnam persequitur. Crimen verò simúlque pœna criminis morte furis extinguitur, in quo sicut heredi prodest innocentem esse, ita eidem nocet furis nocentis heredem eum esse.

II. Obiectio huic non valde dissimilis est. Aiunt enim in sola furis non etiam in heredis eius persona cerni odium facti,id est delicti, ex quo cōdictio furtiua nascitur & competit *l.si ambo 10.§. quoties de compensat.* Delictum autem omne morte eius qui fecit extingui *leg.5.de calumniat. leg.quod diximus 16. §.vltim.quod met.caus.l.Lucius 9.de iur.fisc.l. cùm falsi 12.ad leg.Cornel. de fals.* Ergo ad heredem non transeunte causa hoc est delicto, neque effectum transire posse,id est actionem ex delicto procreatam ad eius coercitionem *argum. leg.2. de legib.* Respondemus furtum quidem morte furis extingui,& consequenter actionem furti quæ merè pœnalis est, sed non æquè condictionem furtiuam, quia licèt descendat ex delicto, meram tamen persecutionem rei continet *dict. leg.si pro fure 7. §.vlt. supr.* nec vllomodo pœnalis est.Et stultam esse consecutionem, vt quia delictum omne delinquentis morte extinguitur, ipsa etiam rei persecutio extinguatur: quæ nec in pœnalibus actionibus extinguitur, quominùs heres in id saltem quod ad eum ex defuncti scelere peruenit,teneatur,vt ex iis ipsis supradictis legibus apparet,quibus illi contra nos nituntur. Denique falsum est, quod isti pro vero supponunt comparatam esse condictionem furtiuam ad furti coercitionem. Coercitio enim furti sine pœna esse non potest. Condictio autem solam rem petit non pœnam *d. l.7.§.1.supr. l. qui vas 48.in princip.l.si pignore 53.§.cùm furti infr.de furt.*

III. Argumentum est, ante litis contestationem eo qui aliquid deliquit defuncto, successores eius in quantum ad eos peruenerit,conueniri debere,non in solidum *leg. vnic. Cod.ex delict. defunct.* Furem autem qui rem alienam inuito domino contrectauit,non aliquid deliquisse,sed multùm. Eo igitur ante contestatam litem defuncto heredem ipsius non in solidum, sed in quantum ad ipsum peruenerit conueniendum esse. Dicimus propositionem generaliter veram esse in actionibus omnibus pœnalibus, nec tantùm mixtis,vt aduersarij putant, sed etiam meris, vt suprà probauimus ex *l. in heredem 5.supr.de calumniat. leg. cùm falsi 12. infr.ad leg. Cornel. de fals.l.sicuti 38. de regul.iur.* Nulla enim lex est quæ actiones merè pœnales à mixtis hac parte separet,excipienda tantùm est actio furti ex actionibus merè pœnalibus, & actio Vi bonorum raptorum ex mixtis, quia putauit prætor sufficere condictionem furtiuam *leg. 2. §. vltim. vi bonor.rapt.* tanquam quæ detur in heredem, non de eo tantùm quod peruenit, sed in solidum *dict.leg.7. §. vltim. supr. & hac lege*: Sicut & ex publicis iudiciis excipienda sunt crimina læsæ maiestatis, repetundarum,peculatus, & de residuis,quæ defuncto etiam reo ante litem contestatam perinde contra eius heredem exerceri possunt, acsi lis cum defuncto contestata fuisset *leg.ex iudiciorum 20. infr. de accusat. leg. vltim. ad leg. Iul pec.* Sed negamus supradictam propositionem pertinere ad actiones ciuiles merè rei persecutorias sui natura licèt ex delicto descendentes, cuiusmodi est condictio furtiua *d. l. 7. §. vltim. supr.* Esset & actio legis Aquiliæ, si in ea numquam lis vltra damnum æstimaretur *§. his autem verbis 9. Instit. de leg. Aquil. leg. inde Neratius 23.§.hanc actionem supr.eod.ill.tit.* Sunt & aliæ pleræque actiones,de quibus suprà diximus ex *leg. Caius Seius 22.infr.de SC. Silan. leg. fraudati 8.l.eotem 11. §. illicitarum leg. commissa 14. infr. de public.& vectigal. leg. donationes 31. §. vltim. de donat. dict. leg. vltim. ad. leg. Iul. peculat.* Ex quibus locis omnibus petendæ sunt exceptiones ad supradictam regulam, ne quis eam à nobis ingenio nostro euerti calumnietur, aut fingi à nobis regulam ex vnico exemplo condictionis furtiuæ, & ex hoc vnico iuris loco desumptam. Quamquam nemo nescit regulā æstimandam esse ex iure, id est,ex vera rectâq. iuris ratione, non ex exemplorum multitudine, præsertim si vt in proposito exempla in contrarium nulla proferantur. Quodnam enim exemplum proferunt aduersarij, aut quem etiam iuris locum, vt probent falsissimam illam suam conclusionem, quam vocant regulam, in actionibus ex delicto ciuilibus, & merè rei persecutoriis defuncto ante cōtestationem reo successores eius in solidum non teneri, sed de eo tantùm quod ad ipsos peruenerit? Ego certè ex tot legibus quibus illi paginas integras in hanc rem onerant, nullam video quæ de huiusmodi actionibus loquatur, aut ad vllam earum aptari possit. Ideóque cautè illi & astutè, sed non satis ex bona fide, vt gloriantur, regulam suam confusè, mixtim & in folle conceperunt de actionibus ex delicto tam mixtis quàm merè rei persecutoriis vt rudioribus imponerent faciliùs, allatis promiscuè, & confusè quoque tot legibus: quæ omnes loquantur de actionibus criminalibus publicorum iudiciorum, quæ sunt merè pœnales aut de prætoriis, quę licèt ex parte actoris sint, vt plurimùm rei persecutoriæ, attamen ex parte rei sunt pœnales; tanquam à prætore conceptæ ad puniendum factum & dolum eius qui conuenitur, vnde & pœnales passim appellantur, quoties scilicet ex delicto & dolo proficiscuntur *leg. huius actionis 9. §.1. inf. quod fals. tutor. author. leg. prætor ait 9. §.vlt.& leg.seq. infr.de reb.author.iudic.possid.* nulla penitus de actione ciuili descendente ex delicto, quæ sui natura & ex vtraque parte tam actoris quàm rei sit merè rei persecutoria, actiones enim ciuiles tum quoque cùm ex delicto & dolo eius, qui conuenitur, descendunt, non tam comparatæ sunt, vt puniant factum, & dolum eius qui deliquit, quàm vt actoris indemnitati consulant, in quo maximè differunt

à prætoriis: & idcirco nusquam pœnales, aut quod idem est, pœnæ nomine conceptæ appellantur. Quòd si vel vnum exemplum proferrent aduersarij alicuius actionis ciuilis ex delicto descendentis & merè rei persecutoriæ, quam lex aliqua diceret non dari in solidum contra heredem, addita ratione illa *quia esset ex delicto* cederemus libentissimè, & regulam iuris contra nos esse fateremur propter illa verba *quia esset ex delicto:* significarent enim regulam ex qua esset sumpta ratio, eaque concepta per modum regulæ, quamuis exemplum aliud proferri nullum posset, nec alius iuris textus. Non enim Sol eo minùs speciem constituit apud philosophos, quòd sit vnicus: quia sufficit si plures Soles essent, eandem fore omnium naturam & conditionem quæ huius Solis est. Nam & D. Thomas sensit, singulos Angelos singulas species Angelorum constituere, licèt sint ipsi singulares. Nec rursus ignoro multa esse iuris nostri Principia, multásque propositiones, quæ ex vno tantùm iuris loco probari possint, nec idcirco tamen suspectæ veritatis esse debeant. Quale illud est fortasse quod Africanus respondit in *l. penult. supr. de reb. credit. in versic. Neque enim*, non sicut illud receptum est, vt debitores soluentes Sticho manumisso quem ignorauerint manumissum, liberentur. Ita hoc quoque receptum, vt Stichus hic credendo nummos defuncti creditoribus ignorantibus, alienare eos possit. Item quod de vulgari tacita scriptum à Modestino creditur in *l. 4. de vulg. & pupill. substit.* Quonam enim alio loco vulgaris tacitæ mentionem à prudentibus factam esse reperias? Etsi ille quoque locus aliter longè intelligendus nobis videtur, vt docuimus in Chiliadis nostræ secunda parte. Eodē ergo iure vtantur iam aduersarij, & victos se agnoscant in ea Regula stabilienda quam nos constituimus, de actionibus ciuilibus ex delicto quidē descendentibus sed merè rei persecutoriis contra heredem in solidum dandis, cùm eam non vno tantùm exemplo condictionis furtiuæ, vt illi criminantur, sed aliis pluribus illustremus: neque ex hac sola lege, vt Cuiacius credidit, qui ausus est scribere, si hæc lex non esset, neminem fore qui non admitteret cōdictionem furtiuam in solidum aduersus heredē dari non debere, sed de eo tantùm quod ad heredem peruenisset. Sed etiam ex *d. l. si pro fure §. vlt supr.* qui locus omnium optimè & apertissimè probat, non modò verissimam esse propositionem quæ in hac lege ponitur, sed etiam propositionis rationem à regula quam nos constituimus dependentem, cùm Vlpianus scribit condictione furtiua obligari furis heredem scilicet in solidum, ideò inquit, *quia rei habet persecutionem.* Quænam enim obsecro esset ratio illa, si non esset vera & generalis iuris ratio & regula, actiones quamuis ex delicto descendentes, si merè sint rei persecutoriæ dari in solidum contra heredem? Ratio igitur ab Vlpiano allata, quamuis non faciat, probat tamen regulam, aut ridiculus certè fuit Vlpianus, cùm hanc rationem sibi finxit, vt nobis falsam regulam insinuaret.

IV. Argvmentvm est, toties in heredē dari actionē de eo, quod ad ipsum peruenit, quoties ex defuncti dolo conuenitur. Ex iuris regula quę ponitur in *l. toties 44. de regul. iur.* Heredem porrò qui ob furtum defuncti condictione furtiua conuenitur, ex defuncti furto conueniri *l. si duo 13. §. idem Iulianus supr. de iureiur.* & per consequens etiam ex eius dolo, cùm citra dolum fieri furtum non possit *l. meritò 51. infr. Pro socio. l. si quis inficiatus 13. §. 1. infr. deposit.* Ergo non nisi de eo quod peruenit conueniri eum debere. Respondemus esse quidem illam iuris regulam, sed ex eo desumptam, quod regulariter actiones ex delicto descendentes sunt pœnales, prætoriæ quidem omnes sine vlla, vt puto, exceptione, ciuiles verò quàm plurimæ, ac proinde restringendam esse ad actiones merè pœnales & mixtas, ex quibus generaliter & indistinctè verum est, teneri heredem de eo tantùm quod peruenit, exceptis, vt suprà dixi, actionibus furti, & Vi bonorū raptorum, itémque Repetundarum, Peculatus, & De residuis, sed non esse extendendam ad actiones ciuiles merè rei persecutorias, quę licèt sint ex delicto, nullo tamen modo sunt pœnales, neque ex parte actoris, neque ex parte rei, cuiusmodi est condictio furtiua, itémque aliæ actiones de quibus diximus. Nec tam inspiciendum est in his actionibus quòd heres ex defuncti delicto conueniatur, quàm quod actione merè rei persecutoria. Hæc enim sola ratio est, quæ heredem semper obligat in solidum, nec minus si actio ex delicto descendat *d. l. 7. §. vlt. supr.* quàm si ex contractu *l. si hominem 7 §. 1. infr. deposit. l. ex deposit. 12. l. ex contractibus 49. infr. de oblig. & act. l. ad ea 157. §. vlt. de regul. iur.*

V. Obiectio superiori similis & contigua est, toties in heredē dari actionē in solidū, quoties ex suo delicto conuenitur *d. l. toties 44. de reg. iur. l. quod in herede 9. §. vlt. infr. de tribut. act.* Furis verò heredem non conueniri ex dolo suo, qui ob eius furtum, cuius heres est, conuenitur. Dicimus veram esse regulam adfirmatiuè, sed non si conuertatur, negatiuè, quasi non possit in solidum teneri heres, nisi ex suo & proprio dolo conueniatur. Nam in solidum tenetur tum quoque cùm ex dolo defuncti conuenitur, si actio sui natura meram rei persecutionem contineat, siue ex delicto, siue ex contractu descendat, vt modò diximus & probauimus.

VI. Obiectio est, ex facinore defuncti heredem non debere damnum sentire ex *l. 3. infr. de vi & vi armat.* Sentiret verò damnum heres furis ex delicto defuncti, si in solidum teneretur eo casu quo res furtiua ad eum in solidum non peruenisset. Respondemus, heredem quidem furis subire hoc casu damnum, at non ex facinore defuncti, sed ex facto proprio, quòd furis hereditatem adeundo, quam repudiare aut aliter omittere potuerat, vltro se obligauerit omnibus oneribus hereditariis, & cum domino cui furtum factum est, ita quasi contraxerit *leg. 3 §. vltim. & leg sequent. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Nam qui sciuit aut scire debuit, actiones ciuiles sui natura merè rei persecutorias transire in solidum aduersus heredem, quamuis descendentes ex delicto, ea lege & condicione furis hereditatem adiisse videtur *leg. si duo 38. infr. de acquir. hered.* Sibi ergo imputet si damnosam hereditatem adiit *leg. si hereditatem 32. infr. mandat. leg. 4. ad S. C. Trebell.* aut si lucrosa sit, damnum illud eum lucro maiore compenset. Semper enim soluendo intelligitur esse hereditas, quæ inuenit heredem *leg. libertus 36. de bon. libert. l. qua dotis 33. solut. matrim. iunct. reg. l. quod quis 203. de reg. iur.*

VII. Obiectio est, sufficere heredem quoties ex defuncti scelere conuenitur non in lucro versari, ideóque nec vltra id quod ad eum peruenit,

peruenit, condemnari ipsum debere *d. l. 3. de vi & vi armat.* non autem in lucro versari hæredem, etiamsi in solidum non teneatur, si modò condemnetur in id quod ad ipsum peruenit. Respõdemus, in actionibus quidem merè pœnalibus, aut mixtis ita esse, sed non in ciuilibus merè rei persecutoriis, licèt ex delicto descendentibus, à quibus non de eo quærendum est, an in lucro versetur heres, an in damno, sed an indemnitati actoris plenissimè satisfactum sit, siue actio descendat ex contractu siue ex delicto.

Addunt VIII. OBIECTIONIS loco illud, quod ad furis heredẽ peruenit, propterea ei condici posse videri vt turpe lucrum ei extorqueatur *l. in honorariis 35. De oblig. & action. d. l. sicuti 38. De regul. iur.* Hanc verò rationem cessare in eo herede ad quẽ omnino nihil ex defuncti furto peruenerit. Respõdemus similiter (omnes enim hæ obiectiones, vt nemo non videt, in idem ferè recidunt) rationem illam obligandi heredis de restituendo eo quod ad ipsum peruenit, vt turpe lucrum ei extorqueatur, ad actiones aut merè pœnales aut mixtas pertinere, ne prætextu criminis morte extincti heres ex scelere defuncti locupletetur *l. 5. De calumn. l. vnic. C. ex delict. defunct. l. cùm falsi 12. infr. ad leg. Cornel. de fals.* sed in actionibus ciuilibus merè rei persecutoriis, quãuis ex delicto descendentibus aliam esse rationem, quæ faciat, vt in solidum transeant in heredem, illam nimirum quam adfert Vlpianus *in d. l. si pro fure 7. §. vlt. sup.* quia rei persecutionẽ cõtinent, in quo proinde actionum genere neque de lucro neque de damno heredis quærendum est, sed de eo duntaxat quid & quantum actori abfit, vt ei plenissimè satisfiat.

IX. OBIECTIO est, In contractibus successores ex dolo eorum quibus successerunt, in solidum teneri, hoc est vnumquemque pro eã parte pro qua heres est *l. ad ea 157. §. vlt. iunct. l. hoc iure 152. §. vlt. De regul. iur. l. ex depositi 12. l. ex contractibus 49. infr. De oblig. & action.* Ergo, inquiunt, aliud est in delictis *l. vnic. C. ex delict. defunct.* Atqui condictio furtiua videtur esse ex delicto (sic enim loquuntur ne absurdè facere videantur, si cum prudentibus nostris absolutè & simpliciter dicant esse ex delicto) non solùm respectu contrectatæ rei furtiuæ, sed etiam fallaciæ & doli mali, sine quo furtum nullum committitur *d. l. meritò 51. pro socio.* Respondemus aliud quidem iuris esse in delictis, aliud verò in contractibus, sicut & alia causa est contrahendi, alia delinquẽdi *l. 1. §. 2. infr. de exercit. act.* quia actiones quæ nascuntur ex delicto regulariter sunt pœnales, aut meræ, aut mixtæ, prætoriæ quidem omnes ex parte rei, ciuiles autẽ quàm plurimæ. Actiones verò quæ ex cõtractibus nascũtur, omnes sunt rei persecutoriæ etiã ex parte rei, nullæ prorsus pœnales, nisi pro pœnalibus habere quis velit eas per quas pœna cõuentionalis petitur, de quibus in *l. stipulatio ista 38. §. alteri De verb. oblig. l. vlt. De stipulat. prætor. l. si pacto quo pœnam 14. C. de pact.* Sed non sunt hæ actiones pœnales eo sensu quo illæ de quibus nunc agimus. In his namque actionibus pœna iure conuentionis non vi & potestate actionis infligitur. Cæterùm si quæ sint actiones ex delicto descendentes, quæ non minùs quàm actiones ex contractu meram rei persecutionem contineant, eadem omnium ratio hac parte est, vt in solidum dari debeant contra heredem, quasi non tam causa & origo actionis spectanda sit, vt aliàs fieri solet *l. qui id quod 33. in princip. infr. De donat. l. tutor 69. De fideiuss.* quàm vis & potestas iudicij. Et verò parum refert an actio nascatur ex delicto, an verò ex contractu quidem, sed ita tamen vt non aliter locum habere possit, quàm si dolus & delictum interueniat, vt in *l. si hominem 7. §. 1. infr. Deposit.* Vtroque enim casu delictum in actione versatur, & dolus solus condemnationi causam præbet. Non igitur distinguendum est an actio ex contractu nascatur an ex delicto, sed an detur ad pœnam criminis, an ad meram rei persecutionem. Et perpetuus aduersariorum nostrorum error in eo est, quod in actionibus ex delicto descendentibus meram rei persecutionem habent pro pœna delicti, aut saltem cum delicti pœna confundunt, cùm tamen nihil commune habeat persecutio rei cum persecutione criminis aut pœnæ *d. l. qui vas 48. in princip. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. De furt. d. l. si pro furte 7. §. 1 supr. hoc tit.*

X. ARGVMENTVM est, Actionem quæ in solidum ex dolo defuncti contra heredem datur, necesse esse ex contractu reíque persecutione descendere *d. l. si hominem 7. §. 1. Deposit.* Hoc verò, inquiunt, ecquid aliud est, quàm vt intelligamus aliud iuris esse, si actio descendat ex delicto, reíque persecutione? Negamus propositionem quatenus ita concepta est, vt necesse sit actionem quæ in solidum ex dolo defuncti contra heredem datur, descendere ex contractu, reíque persecutione. Nec enim sic lex loquitur vt dicat esse hoc necesse. Sed rationem adfert, cur in actione depositi ex dolo defuncti heres in solidum teneatur, *quia* inquit Vlpianus, *hic dolus ex contractu reíque persecutione descendit.* In quibus verbis non tam inspiciendum est quod lex ait *ex contractu* quàm quod subiicit *reíque persecutione.* videntur enim addita præcedentia illa *ex contractu* non tam ad excludendam causam delicti, quàm quia causa contractus adiunctam semper & comitem habet rei persecutionem; causa verò delicti pœnam, eámque non transitoriam in heredes, sed si quando contingat (contingit autem non semel, nec in condictione furtiua tantùm, quemadmodum in superioribus ostendimus) vt actio nata ex delicto nihil nisi meram rei persecutionem contineat; non est separanda causa delicti à causa contractus, sed actionis effectus magis inspiciẽdus est qui in vtroq; actionis genere totus in rei persecutione cõsistit. *d. l. 7. §. vlt. supr. & hac lege.*

XI. ARGVMENTVM est, Actionem de alienatione iudicij mutandi causa facta non esse pœnalem, sed pertinere ad rei persecutionem *l. 4. §. vlt. supr. De alienat. iudic. mut. caus. fact.* Et tamen quia videtur ex delicto dari, non esse dandam in heredem vel in similem successorem, vt neque post annum *d. §. vlt. iunct. l. 5. 6. & 7. eod. tit.* Ergo multo minùs condictionem furtiuam aduersus heredem dari in solidum debere, tanquam quæ si ex delicto est, magis ex delicto agnoscatur dari quàm illa. Respondemus, Actionem illam de alienatione iudicij mutandi causa facta, quæ in factum actio dicitur *in l. 1. & pass. ill. tit.* non esse ciuilem, qualis est furtiua condictio, actio legis Aquiliæ, persecutio commissi & accusationes ex legibus publicorum iudiciorum peculatus repetundarum & de residuis; sed prætoriam, edicto scilicet illo prætoris de quo in *d. l. 1. comparatam*, ideoque non esse merè rei persecutoriam ex vtraque parte, qualis etiam est furtiua condictio, sed ex parte actoris tantùm persequentis quanti sua interest, ex parte autem

rei esse pœnalem, exemplo cæterarum omnium prætoriarum quæ ex delicto nascuntur (si excipias actionem illam in factum de qua in *l. liberum 9. supr. de relig. & sumptib. funer.*) quia concepta est pœnæ nomine ad puniendum factum & dolum eius, qui alienauit iudicij mutandi causa, & vt duriorem aduersarium aduersario suo subiiceret, vt in *l. huius actionis 9. §. 1. infr. quod fals. tutor. author. l. prætor ait 9. §. vlt. & l. seq. infr. de reb. author. iudic. possid.* Quod de conditione furtiua non similiter dici potest, vt neque de aliis actionibus ciuilibus, quamuis ex delicto descendentibus, quia continent ex vtraque parte persecutionem rei, nec tam ad puniendum factum, & dolum delinquentis comparatæ sunt, quàm ad præstandam actori plenissimam indemnitatem, vt suprà docuimus. Ideóque nihil causæ est, cur non in solidum aduersus heredem quoque dari debeat, & perpetuo, id est etiam post annum *l. si mulier 21. § hac actio infr. rer. amot.* De quo nec aduersarij nostri dubitant, quorum tamen obiectio, si vllius esset momenti, non minùs proba et conditionem furtiuam finiri anno exemplo actionis in factum *de alien. iudic. mut. caus. fact.* quàm illud probari putant, conditionem furtiuam non in solidum aduersus heredem dari debere, sed de eo tantùm quod peruenit. Ex eodem enim fonte vtrumque nascitur, vt actio illa de alienatione iudicij mutandi causa facta, nec in heredem in solidum nec post annum detur. Et vtriusque propositionis vna eadémque ratio redditur in *l. quia 7. ill. tit.* quia licèt rei persecutionem contineat, videtur tamen ex delicto dari: quæ tamen ratio manca certè, ac minùs bona est, nisi eam ita suppleamus, vt actio hæc, quia ex delicto datur, & prætoria est, pœnæ nomine concepta sit, & ad puniendum dolum alienantis, ideóque ex parte rei sit pœnalis, quomodo coniunctim scriptum est in *d. l. prætor ait 9. § vlt. & legib. seqq. de reb. author. iudic. possid.* Sed & alia inter actionem illam in factum, & conditionem furtiuam differentia, nec minoris momenti est, quod actio illa non sui natura meram rei persecutionem continet, vt conditio furtiua, sed tantùm arbitrio iudicis, vt disertè ait Vlpianus in *d. l. 4. §. vltim.* vt intelligamus actionem illam esse arbitrariam, ex qua proinde non aliter sequi condemnatio potest, quanti actoris interest: quàm si conuentus reus iussus sit à iudice, vel soluere quod debet, vel iudicium ipse suscipere, nec arbitrio tamen parere voluerit *leg. 3. §. vltim. leg. nam etsi 10. eod. tit. inst. §. prætereà Instit. de action.* Hinc namque fit vt in heredem dari non possit hæc actio nisi de eo quod ad ipsum peruenit: quia cùm arbitrium iudicis tale semper esse debeat, quale viri boni, id est summa semper æquitate subnixum, non potest æquum videri, vt heres dolosi plus reddat, aut præstet quàm ad eum peruenerit *argum. leg. mulier 22. § sed enim infr. ad SC. Trebell.* Quod secus est in conditione furtiua quæ non arbitraria, sed stricti iuris actio est, nec arbitrio iudicis, sed sui natura meram rei persecutionem continet, vt toties inculcauimus.

XII. Aduersariorum OBIECTIO est, eáque omnium vt creditur fortissima, & quæ virum doctissimum Iacobum Cuiacium sola præcipitem egisse mihi videtur, quòd heres mulieris actione rerum amotarum teneatur, sicuti heres furis tenetur conditionis nomine ex causa furtiua. Hæc enim verba sunt *leg. contra 6. §. item heres 4. infr. rer. amot.* Atqui heres mulieris tenetur actione rerum amotarum non in solidum, sed de eo tantùm quod peruenit, vt scriptum est in *leg. vltim. Cod. eod.* Idque tam apertis & disertis verbis, vt nulla alia interpretatione lex illa donari probabiliter possit. Ergo & in conditione furtiua idem iuris est, maximè cùm dici cæteroquin vix possit, inquiunt, cur actionem rerum amotarum conditioni furtiuæ Paulus compareret in *d. §. item heres.* Respondemus dictionem *sicut* qua Paulus vtitur in *dict. §. item heres*: & qua nituntur, qui loco illo contra nos abutuntur, non semper denotare omnimodam, vt aiunt, similitudinem, sed plerumque vnam tantùm aut alteram. In proposito autem Paulum ita locutum esse ad differentiam actionis furti, in cuius locum præcipuè substituta est actio rerum amotarum, ne quis fortè ideò putaret, non debere illam dari contra heredem, sicuti nec datur actio furti, ne quidem de eo quod peruenit. Tritum siquidem est actionem quamlibet in alterius locum subrogatam, eius naturam sapere in cuius locum subrogata est *leg. si quis eum 11. §. qui iniuriarum supr. leg. si quis cantion. leg. 1. §. 1. de stipulat prætor leg. 1. rem pupill. salu. for. leg. 1. §. si quis sub conditione infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Sed contrà voluit Paulus monere actionem rerum amotarum, quia non tantùm in locum actionis furti substituta est, sed etiam in locum furtiuæ conditionis (est enim hæc turpis *leg. nec quicquam 56. infr. pro socio sicut illa famosa leg. 1. l. furti 6. & pass. de his qui not. infam.* in honorem verò transacti matrimonij, & propter eius pudorem, vt loquitur Iustin. in *leg. vltim. in fin. Cod. de furt.* non minùs turpis quàm famosa actio coniugi aduersus coniugem denegatur *leg. 2. infr. rer. amot. leg. 2. Cod. eod.*) similiorem esse hac parte conditioni furtiuæ quàm actioni furti, similiorem inquam hactenus, vt transeat contra heredem furis contra quem transit etiam conditio furtiua, nullomodo autem furti actio, sed non tamen vt transeat eodem modo. Conditio enim furtiua transit in solidum, vt scriptum est in hac lege, & in *dict. leg. si pro fure 7. §. vlti. supr.* Actio autem rerum amotarum non nisi quatenus ad heredem peruenit *d. l. vlt. Cod. rer. amot.* quam licèt alio sensu donare voluerimus *libr. 4. Coniect. cap. 1.* Iam tamen in Chiliade nostra monuimus erratú à nobis tùm fuisse, quia Iacobo Cuiacio nimirum credebamus, adfirmari nullam posse diuersitatis rationem adferri inter conditionem furtiuam & actionem rerum amotarum, quòd vtraq. ex delicto sit & rei persecutionem contineat, & vna sicut alia contra heredem detur. Nam neque diuersitatis rationem aut rationes quas posteà plures obseruauimus, adhuc bene perceperamus. Nunc verò idipsum ferè respondemus quod ad proximam obiectionem superiorem respondimus, actionem rerum amotarum in plerisque differre à furtiua conditione, sed in tribus præcipuè: Primùm in eo, quòd non ciuilis actio est, vt conditio furtiua sed prætoria, vt disertè scriptum est in *leg. 2. C. rer. amot.* quamuis aduersarij nostri garriant, qui vt grauioribus se implicent erroribus, ciuilē esse volunt, cōtra tam manifesta legis illius verba, præsertim si cū Cuiacio ibi malis legere, quomodo legēdū puto *promittitur* nō vt vulgo *permittitur*. Secūdò in eo quod nō stricti iuris actio est, vt cōdictio furtiua & cōditiones cæteræ omnes, sed arbitraria, nec sui natura meram rei persecutionē cōtinet, sed arbitrio tātùm iudicis, vt illa superior de qua in *l. 4. §. vlt. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact.*

caus.fact. Præcedere namque necesse est iussum & arbitrium de rebus amotis restituendis, vt si arbitrio non pareatur, & res amotæ non reddantur, sequi possit condemnatio mulieris, quanti vir in litem iurauerit, vt disertè scriptum est in *l. si cùm dos* 8.§.1. *infr.rer.amot.* Cùm tamen in condictione furtiua vt & in aliis strictis omnibus neque arbitrium vllum interueniat, neque in pœnam contempti arbitrij iuretur vnquam in litem. Tertio in eo quod cōdictio furtiua licet sit ex delicto non tamen concepta est, pœnæ nomine ad puniendum furtum & factum furis, sed ad obtinendam rem furtiuam quam solam persequitur, actio autem rerum amotarum, quia & prætoria est, & ex delicto, exēplo cæterarum actionum quæ similiter & ex delicto sunt & prætoriæ, (excepta actione illa in factum de qua in *l.liberum* 9. *supr. de relig.& sumptib. funer.*) punit factum mulieris quæ res amouit, & introducta est, vt coerceatur mulier furti nomine, quod fecit, licet leniùs, quàm si furti actione conueniretur *l.pen rer.amot.* ac proinde pœnalis quodammodo est, ex parte eius personæ quæ conuenitur. Vnde est fortasse, quod constante matrimonio non datur, ex regula *d.l.2.C.eod tit.* Et consequenter non potest dari aduersus heredes mulieris quæ res amouit, nisi in quantum ad eos peruenit. Nec ob id solùm quod actiones etiam quæ ex parte actoris meram rei persecutionem continent sui natura, si tamen ex parte rei sint pœnales, numquam dantur in solidum contra heredem *d.l huius* 9.§.1 *infr. quod fals.tutor author. d.l. Prætor ait* 9.§ *vlt.& legib. seqq. de reb. author. iudic. possid.* Sed etiam, quia cùm sit arbitraria, vt diximus, (nec enim bonæ fidei dici potest, cùm non sit enumerata inter cæteras in §.*actionum Instit. de action.* multo minùs verò stricti iuris, cùm in ea iuretur in litem *d.l* 8.§.1.*rer amot. iunct.l. aliàs* 6. *supr. de in lit iur.* (nec nisi arbitrio iudicis meram rei persecutionem contineat, vt illa de qua in *d.l.*4.§.*vlt. de alienat.iudic. mut.caus.fact.* non posset arbitrium iudicis, nisi periniquum tale esse, vt heres mulieris iuberetur reddere plus quàm ad eum peruenisset *d. l. mulier* 22.§. *sed enim ad SC.Trebell.* Qua etiam ratione dicendum esset actionem rerum amotarum non esse perpetuam, nec dari posse post annum, non magis quàm illam de qua in *d.l.*4.§.*vlt.& legib. seqq. de alien.iudic. mut.caus.fact.* nisi esset illa substituta in locum condictionis furtiuæ, quæ perpetua est *l. si mulier* 21. §. *hac actio rer. amot.* propter quod habet hoc quoque singulare, vt & alia tam multa *l.1.eod.tit.* Quis ergo iam miretur, quod neque Cuiacius, neque ex Cuiacianis illi qui contra nos sentiunt, percipere vnquam potuerunt, alio iure censeri condictionem furtiuam, quæ & ciuilis est, & stricta, & sui natura meram rei persecutionem continens, etiam ex parte furis, nec vllomodo pœnæ nomine ad furtum puniendum concepta, vt scilicet contra heredem furis, quamuis innocentem nec vllatenus factum locupletiorem detur in solidum, non minùs quàm aduersus furem ipsum? Quid verò ad hæc omnia respondent aduersarij? Nimirum actionem rerum amotarum non esse prætoriam, sed ciuilem. Exemplo inquiunt actionum commodati & depositi, quæ licet edicto Prætoris perinde promittantur *l. 1.infr. Commod.l.1. infr depos.* non eo minùs tamen sunt ciuiles cùm nascantur ex contractu. Item non esse arbitrariā, sed strictam & condictionem quandam quasi furtiuam ex *l. rerum amotarum* 26. *infr.rer. amot.* Postremò dari in heredem de eo tantùm quod ad ipsum peruenit, non quia sit arbitraria, aut pœnæ nomine concepta, sed quia sit ex delicto. In quibus omnibus falluntur miserè: actionem enim rerum amotarum prætoriam esse non ciuilem iam probauimus ex *d.l.2.C. ill.tit.* Et verò si esset ciuilis aut ex lege aliqua descenderet, vt actio legis Aquiliæ, & actiones publicorum iudiciorum, aut ex prudentum interpretatione, quæ tamen non potuisset facilè inducere vnanimi prudentum omnium consensu tam multa singularia, quæ concurrunt in iudicio rerum amotarum, quod ideo singulare dicitur in *leg. 1. illo tit.* vbi additur etiam hoc iudicium fuisse introductum, quod non potest intelligi ab alio quàm à Prætore. Quæ enim à prudentibus recepta sunt, ea non dicuntur introducta, sed recepta, & commentitia quasi quæ nesciri possit quo primum tempore fuerint inducta *leg si pœna* 20. *infr. de pœn.* Præsertim verò cùm in eadem *l.1.ad fin.* scriptum sit ex Sabino & Proculo furtum quidem facere coniugem coniugi, quod & scriptum est in *leg. pen.eod.tit.* sed furti actionem non esse constituto iure. Cùm enim ius constitutum dicatur ad differentiam iuris recepti & commentitij vt & in *l. si pecuhum* 20.§ *si seruus infr. de statuliber.* vt docuimus ad *l. non omnium* 20. *supr. de legib.* fatendum est, quemadmodum prudentum authoritate factum fuit, vt coniugi in coniugem furti actio dari non debeat, ita neque ab iis introductum fuisse singulare illud iudicium rerum amotarum, sed à prætoribus, ad quorum maximè curam & iurisdictionem pertinebat, vt prouiderent ne quo casu actio deficeret, quam dari æquum esset. Qua ratione nec mirum videri debet actiones commodati & depositi esse prætorias licet ex cōtractu nascantur. Neque enim existimandum est, ciuilium actionum iam plenum fuisse numerum, vt de singulis negotiis singulæ actiones essent proditæ, quæ proprium nomen haberent, ideóque actiones præscriptis verbis tanquam subsidiariæ dant introductæ, itémque actiones in factum tam ciuiles, quàm prætoriæ *l 1.§. vlt.* cùm tribus legibus sequentibus *l. quia actionum* 11. *l. si gratuitam* 17 *in princ.inf.de prescr.verb.* Quibus tamen actionibus cùm sint subsidiariæ, locus nullus relinquitur in iis casibus, in quibus specialiores actiones ex prætoris edicto comparatæ sunt. Sic factum videmus, vt quamuis vindicatio sit merè ciuilis actio: attamen ad exhibendum actionem quæ præparatoria est vindicationis, necesse fuerit induci à prętore *l.1.supr.ad exhibend.* vt quoties de rebus mobilibus occultatis agendum esset, vindicationis vsus aliquis esse posset. Itémque publicianam pro rebus alienis nondum vsucaptis *l. 1.& pass. supr.de public.& §.namque Instit. de act.* Rursum quod aduersarij negant actionem rerum amotarum esse arbitrariam, faciunt apertè contra Pomponium in *l.si cùm dos* 8.§.1.*rer.amot.* vbi scribit ex Sabino si mulier res quas submouerit non reddat, æstimari debere, quanti in litem vir iurasset, quia æquum non sit inuitum dominum suo pretio res suas vendere, vt ex Paulo subiicitur in *l. seq.* Ideóque nec debere virum pro euictione promittere, quod ex contumacia mulieris id ita acciderit, vt idem Pomponius raciocinatur in *l. ideoque* 10. *eod. tit.* vt intelligamus quoties vir in litem iurat contra mulierem, condemnari mulierem quanti in litem iurauerit, non quòd ipsa res amouerit, (nam actio rerum amotarum sui natura nihil nisi rei amotæ persecutionem arbitrio iudicis continet *l. 4.§. vlt. supr. de alien. iud.*

mut. cauſ. fact.) ſed quia res amotas iuſſa reddere arbitrio iudicis noluerit illa per contumaciam parere, ita vt non tam amotionem & furtum mulieris quàm contumaciam puniri grauiùs æquum ſit, quæ arbitrariarum omnium actionum natura & conditio eſt *§. præterea Inſtit. de act. l. qui reſtituer.* 68. *ſupr. de rei vin. l.* 1. *& l. tutor* 8. *ſupr. de in lit. iur. l. vlt. infr. de fideiuſſor.* Porrò ſi actio rerum amotarum & prætoria & arbitraria eſt, vt eſt, negari iam non poteſt quod nos in poſtrema Chiliadis noſtræ parte defendimus, non eſſe igitur condictionem: & ita negatione addita legendum eſſe in *dict. l. rerum* 26. *infr. rer. amot.* Certiſſimum enim eſt, quod nec aduerſarij poſſunt negare, condictiones omnes eſſe ciuiles, & ſtricti iuris, nullam penitus aut prætoriam aut arbitrariam. Et certè ſi qua poſſet eſſe arbitraria, ea maximè eſſet, de qua nunc tractamus, condictio furtiua, vel ob hoc ſaltem, vt æſtimatio rei furtiuæ poſſet ex contumacia in infinitum creſcere per iuſiurandum in litem, ſupra etiam quam ferret æſtimatio quanti plurimi, ex *l. 1. ſupr. de in lit. iurand.* Aequum enim eſt duriùs agi cum fure, quàm cũ cæteris, qui alio cuiuſlibet condictionis genere tenentur. Neque verò tantopere inſultare aduerſarij & cum illo ſuo, ô me, exclamare debuerunt aduerſus id quod in Chiliade ſcripſimus, actionem rerum amotarum nihil habere commune cum cauſa dominij, vel proprietatis, quia nec per eam tantùm intenditur dari quid, ſed tantùm reddi vel reſtitui oportere ex *d. l.* 8. *§.* 1. Ideóque res nec viri proprias nec dotales id eſt verè & merè alienas, etiam actione rerum amotarum peti poſſe: cùm idipſum diſertè ſcriptum ſit in *l. ſi concubina* 17. *§. vlt. eod. tit.* Teneri ſcilicet eo iudicio illam quoque mulierem, quæ res viro ſuo pignori datas amouerit, item in *leg. ſi rem* 20. *eod. tit.* vbi Marcellus ſcribit, ſi rem alienam quam maritus bona fide emerat, vxor amouerit, vel opem furi tulerit, idque diuortij cauſa fecerit, rerum amotarum iudicio damnari eam debere, & meritò: nam etiamſi alienum quid maritus tenebat quod in bonis eius non eſſet, titulo fortaſſis locati, vel depoſiti, vel commodati, aut in quo aliquod aliud ius ipſe haberet, ex bonis tamen eius erat, ipſiúſque intererat non amoueri, quod ſufficit vt actionem rerum amotarum habere poſſit, quomodo & de actione vi bonorum raptorum ſcriptum eſt in *l. 2. §. in hac actione infr. vi bonor. raptor.* ex quo loco apparet quod ſcriptum eſt in *leg. 1. in fine C. rer. amot. doce tui iuris res ablatas eſſe*, non ad ius dominij reſtringendum eſſe, vt putant aduerſarij, ſed de iure quolibet quod maritus in rebus amotis habeat, intelligi debere: mei enim iuris eſſe dicitur, quicquid tale eſt, vt in eo ius aliquod habeam, licet dominium meum non ſit *d. §. in hac actione.* & quod iidem addunt in actione rerum amotarum iurari in litem *d. l. ſi cum dos §.* 1. alium autem quàm dominum vulgò ad iuſiurandum non admitti *l. non enim 9. eod. tit. & l. tutor 8. ſupr. de in lit. iur.* adhuc imperitius eſt. Non enim negamus poſſe maritum agere rerum amotarum de rebus proprijs vel dotalibus, ſed dicimus poſſe etiam agere de alienis: neque tamen dicimus poſſe in litem iurare, ſi pro alienis agat, ſed tantùm ſi pro ſuis proprijs vel dotalibus, ſicuti ſolet dici, in actione quidem furti iurari in litem *leg. cùm furti 9. de in lit. iurand.* ſed non aliter tamen quàm ſi iure dominij ea furti actio deferatur, vt ibi diximus ex *l. ſi vendidero 80. §. 1. infr. de furt.* Latiùs enim patet quòd ad res amotas pertinet actio rerum amotarum, quàm earum vindicatio aut condictio. Nam ob res amotas vel proprias viri vel etiam dotales vindicatio competit ſi extent *l. ob res proprias 24. infr. rer. amot. l. vlt. C. eod.* Itémque condictio certi, ſi in rerum natura eſſe deſierint *d. l. ſi concubina 17. §. non ſolum eod. tit.* & in poteſtate viri eſt, qua actione velit vti *dict. leg. ob res proprias*, id eſt an actione rerum amotarum ſiue res extent ſiue non extent, an potius vindicatione ſi extent, aut condictione certi ſi non extent, quomodo intelligenda eſt *d. l. ob res amotas.* non autem vt ſit in poteſtate viri an vindicatione vti malit an condictione. Nam quemadmodum vindicatione vti non poteſt pro rebus non extantibus: Ita neque condictione pro extantibus, ſed rerum tamen amotarum agere poteſt pro viriſque, adeóque quod magis eſt, etiamſi ad mulierem ipſam non peruenerint *leg. ſed & ſi diuortij 19. in fin. eod. tit.* Ob res verò amotas quæ nec propriæ viri nec dotales fuerunt, ſola competit actio rerum amotarum *d. l. ſi concubina §. vlt. & d. l. ſi rem 20. infr. eod. ill. tit.* non etiam vindicatio neque condictio niſi domino cùm alienæ res fuerunt, quæ amotæ ſunt *leg. ſed & domino* 18. *eod. tit.* præterquam ſi de condicenda ſola earum poſſeſſione tractetur, nam iure gentium condici poſſunt res, id eſt rerum poſſeſſio ab his omnibus qui eas non ex iuſta cauſa poſſident *l. contra 6. §. ſed ſi morte & l. rerum quidem 25. eod. tit. rer. amot.* vbi Martianus cùm ſcribit maritum ipſas res poſſe condicere, ea locutione poſſeſſionem ſignificare voluit non proprietatem: Latet enim rerum proprietas, & ipſam rem cùm dicimus, id magis ſignificamus, quod ex re apparet & in promptu eſt, ac proinde poſſeſſioné quæ corporalis eſt & corporeis ſenſibus acquiritur, nam & condici poteſt ſola poſſeſſio *leg. indebiti 15. §. ſed ſi nummi ſupr. de cond. indeb.* Cúmque lex dicat iure gentium condici poſſe quod alius non ex iuſta cauſa poſſidet *d. l. rerum quidem*, aut quod apud alium ex iniuſta cauſa eſſet vt in *d. §. item ſi heres & l. perpetuò 6. ſupr. de condict. ob turp. vel iniuſt. cauſ.* Omnino conſequens eſt vt ſola poſſeſſio hoc caſu condici poſſit, quæ ſola eſt penes mulierem amouentem, non etiam dominium, quod neque apud eam eſt neque apud maritum vnquam fuit. Ex quo magis intelligimus rerum amotarum actionem nullo penitus caſu poſſe dici condictionem, ſiue de proprietatis ſiue de poſſeſſionis condictione intelligamus. Idque probatur apertiſſimè ex *d. l. rerum quidem* 25. vbi Martianus poſtquàm ſcripſit rerum amotarum iudicium ſic habere locum, ſi diuortij conſilio res amotæ fuerint, & ſecutum fuerit diuortium (dummodò diuortij cauſa eas quoque res amotas intelligamus, quas mulier non ſolùm poſt ſuſceptum diuortij conſilium, ſed etiam ante amouerit, ſi cùm poſteà diſcederet eas celauerit *d. l. ſi concubina §. diuortij, cauſa res amotas*, ſic enim legendum eſt *eod. tit.*) ſubiungit, ſed ſi in matrimonio res marito vxor ſubtraxerit, ceſſare rerum amotarum actionem, ſed poſſe maritum ipſas res condicere. Quid enim potuit ſcribi apertius, vt intelligeremus, rerum ergo amotarum iudicium condictionem non eſſe? Alioquin perinde eſſet ac ſi diceret ceſſare hoc caſu actionem rerum amotarum & non ceſſare, quod eſſet ridiculum, & contradictorium. Cui conſequenter ſubijciendum fuit in *leg. ſeq.* veluti rationis loco rerum amotarum actionem condictionem non eſſe. Nec ſanè putamus quicquam verius dici poſſe, quàm quod primi obſeruauimus addendam eſſe in ea lege negationem. Alioqui aut iuris ſententia, aut iu-

ris ra-

tis ratio constare nullomodo poterit. Sed hæc de rerum amotarum actione sufficiant aduersus reprehēsorū maledicta. Cætera enim quæ ad hūc tractatū & ad arbitrarias actiones generaliter pertinēt, latiùs prosecuti sumus in Chiliade, ex qua peti possunt quæ ad aduersariorum obiectiones, præsertim circa actiones arbitrarias responderi possunt.

XIII. OBIECTIO est, Ex delicto oriri actionem rerum amotarum *l. si mulier 21. §. pen. eod. tit. rer. amot.* Quod nihil aliud est, inquiunt, quàm vt furtiua aliqua condictio sit ex *l. rerum 26. eod. tit.* quia licet lenius sit verbum amouendi *leg. pen. eod.* ac propter honorē matrimonij placitum magis quàm furandi *l. 1. & 2. eod. vlt. in fine C. de furt.* ex vno tamen delicto & furto vtraque actio oritur *dict. leg. si mulier §. vlt.* hac tantùm differentia, quòd in actione rerum amotarum tegitur furtum, in condictione autem furtiua magis exprimitur. Ergo, inquiūt, si actio rerum amotarum non datur vltra id quod peruenerit ad heredes *l. vlt. C. eod.* quantò magis cōdictionem furtiuam non vltra dari æquum erit? vt potè quæ oriatur ex maiori adhuc furto quatenus matrimonij fauor in eo cessat: hæc enim ipsissima aduersariorum verba sunt. Ad quæ licet iam satis superque responderimus in superioris obiectionis confutatione, addendum tamen est grauiore eos labi errore, cùm nunc aiunt actionem rerum amotarum non modò condictionem esse, quod iam dixerant, sed etiam esse furtiuam aliquam condictionem, aut, vt alibi loquuntur, speciem aliquam condictionis furtiuæ, quod longè stultius est. Quid enim erat necesse induci à Prætore singulare iudicium rerum amotarum, si actio rerum amotarum esset condictio, & quidem quasi furtiua? Annon sufficere condictio ipsa furtiua potuisset? Verùm quàm absurdè hoc dicatur, vel ex eo maximè apparet, quòd condictio furtiua soli domino competit *l. 1. sup. hoc tit.* Actio autem rerum amotarum competit etiam non domino, vt proximè probauimus ex *leg. si concubina 17. §. vlt. & l. si rem 20. eod. tit. rer. amot.* & ideo in cōdictione furtiua intendit actor sibi dari oportere *§ sic itaque Instit. de act.* In actione autem rerum amotarum res amotas reddi & restitui *leg. si cùm dos 8. §. 1. eod.* Sed nec alia condictionis species competere potest coniugi, cuius res amotæ sunt: non enim competunt cæteræ condictiones nisi ei qui dominus non sit *leg. vlt. supr. vsufr. quem. cau.* Maritus autem cuius res amotæ sunt, non desinit esse dominus, vt nec alius quisquam per furtum. Consequens ergo est vt actio rerum amotarum neque furtum neque alia condictio dici possit, ac proinde vt addenda sit omnino negatio quam nos addimus in *d. leg. rerum 26. eod.* Fatemur tamen & condictionem furtiuam & actionem rerum amotarum nasci ex vno eodémque furto: indéque fieri vt mulier quæ res marito datas pignori amouit duplici actione, sed diuersis personis, teneatur actione quidem rerum amotarum marito cui reddi eas oportet, condictione autem furtiua domino qui eas pignori dederat, itémque furti actionem, quamuis non vtrique, sed alterutri tantùm agere permittendum sit *d. l. si concubina 17. §. vlt. cum leg. seq. & l. si vxor 28. eod. tit. rer. amot.* Nec bona consecutio est, vt quoniam vtraque actio ex vno eodémque delicto oritur, vna proinde eadémque actio sit eiusdémque naturæ & condicionis. Etsi namque in eo conueniunt, in aliis tamen plerisque differunt, quæ nos ad superiorem obiectionem attulimus, & quæ faciunt, vt quamuis actio rerum amotarum danda non sit ad heredes vltra id quod ad eos peruenerit, quia nec rei persecutionem continet nisi arbitrio iudicis, & pœnæ nomine concepta est ad coercendam mulierem in locum actionis furti, non minùs quàm condictionis furtiuæ *d. l. pen. rer. amot.* in condictione tamen furtiua aliud dici oporteat, quæ & ciuilis est & stricta & sui natura merè rei persecutoria, etiam ex parte illius qui conuenitur.

XIV. Aduersariorum OBIECTIO est, prætorem denegasse vi bonorum raptorum actionem in id quod ad heredem peruenit, vt scriptum est in *l. 2. § vlt. infr. vi bon. rapt.* Ergo condictione furtiua id duntaxat quod ad heredem peruenit, condicendum esse non solidum: Alioqui, inquiunt, quo colore dixisset Vlpianus sufficere condictionem? Nos verò dicimus cum bona eorum venia, stultam esse consecutionem. Nam sicut in eo quod plus est, continetur quod est minus *l. in eo 110. de reg. iur.* Ita & in eo quod amplius est quàm quod sufficit, continetur proculdubio id quod sufficit. Ergo cùm in solido contineatur id quod peruenit, quis non videt ei, qui actione vi bonorum raptorum vellet experiri aduersus heredis raptoris de eo tantùm quod ad ipsos peruenisset, sufficere debere condictionem furtiuam quam contra eos in solidum exercere potest? Eo igitur sensu dicit Vlpianus sufficere condictionem ei cui bona vi rapta sunt, quoniam is qui solidum cōsequitur, multò magis consequitur id quod peruenit. Nec idcirco verendum est vt actione destituatur is qui humanitate ductus id tantùm recipere vellet quod ad heredes raptoris peruenisset. Qui enim potest si velit solidū exigere ab herede, an non potest si malit contentus esse eo quod ad heredem peruenit? Et verò nisi ita ius esset, malè prætor putasset sufficere condictionem. Esset enim multò incommodior condictio furtiua cæteris paribus, quàm actio vi bonorum raptorum propter difficultatem probandi dominij *§. commodum Instit. de interd.* Quæ probatio in furtiua condictione necessaria est *l. 1. supr.* in actione autem vi bonorum raptorum necessaria non est: Sufficit enim probare actorem sua interesse *d. l. 2. §. in hac actione de vi bon. rapt.* hæc autem probatio non est difficilis, licèt probare quanti interfit difficile sit *l. vlt. infr. de stipul. prætor.* Errant etiam aduersarij in eo quod sic loquuntur, vt dicant prætorem non ampliasse actionem vi bonorum raptorum in hunc casum quo heres raptoris conueniendus sit. Nec enim ita Vlpianus loquitur, nec loqui potuit, quia Prætor hac parte naturam actionis vi bonorum raptorum restrinxit veriùs quàm non ampliauit, cùm cæteræ actiones pœnales & mixtæ & puræ dentur in heredem de eo quod ad eum peruenit, hac vna excepta ex Prætoriis, & actione furti ex ciuilibus vt sæpius suprà diximus: Vtraque propter condictionem hanc furtiuam, quæ hunc vtriusque illius actionis defectum commodissimè supplet, ac cumulatissimè.

XV. OBIECTIO est, Morte furis interire posse condictionem furtiuam ex *l. si tutor 9. §. vlt. & l. seq. infr. de tutel. & ration. distr.* Quæ tamen non posset interire furis herede existente soluēdo, si ita ius esset, vt daretur in solidum contra heredem, siue tota res subrepta, siue pars, siue nihil ex defuncti furto ad eum peruenerit. Ego verò facere non possum quin mirer ingenia istorum qui vt sibi blandiuntur, non erubescunt verba legum corrumpere, cùm tamen

adeò ſcrupuloſi ſint, vt nunquam velint emendari, lex enim decima non ita loquitur, vt dicat condictionem furtiuam, quæ cōtra tutorem furem competit, morte tutoris interire poſſe: ſed ait Paulus præcisè *quamuis enim morte tutoris intereant*, cùm Vlpianus in *§.vlt.legis præcedentis* de actionibus furti, & damni iniuriæ contra eundem tutorem competentibus locutus eſſet. Proinde ſi verbum illud pluralis numeri *intereant*, non minùs ad condictionem furtiuam, quàm ad furti & damni iniuriæ actiones referre quis cum aduerſariis velit, fatendum eſt abſolutè Pauli eam eſſe ſententiam, vt condictio furtiua morte furis intereat, non minùs quàm actiones furti & damni iniuriæ, quas conſtat morte furis non ſolùm interire poſſe, vt iſti loquūtur, ſed etiam vſque adeo interire, vt nec poſt furem poſſint viuere. Idque in actione quidem furti expeditiſſimum eſt quæ morte furis ita extinguitur, vt in eius heredem nullomodo detur, ne quidem de eo quod peruenit, de quo nec ipſi dubitant. In actione verò damni iniuriæ, id eſt legis Aquiliæ, etſi aliud quiddam eſſe videtur, quia datur in heredem de eo quod ad ipſum peruenit *l. inde Neratius* 23. *§. hanc actionem ſupr. ad leg. Aquil.* Idem tamen iuris eſt quod in actione furti, vt ea quoque morte furis intereat *d. l.* 10. quia non eo minùs interire dicitur actio morte furis aut alterius, qui damnum dedit, quòd ſalua ſit contra heredem de eo quod ad ipſum peruenit. Id enim fit non tam vi & poteſtate actionis quaſi adhuc viuentis, quàm quòd turpia lucra heredibus extorqueri oporteat *l. in heredem* 5. *ſupr. de calumniat. l.* 4. *l. cùm falſi* 12 *infr. ad leg. Cornel. de falſ. l. ſicuti* 38. *de regul. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct. l. in honorarius* 35 *de oblig. & act.* Vbi pro eo quod aduerſarij ſolent dicere actiones pœnales & ex delicto deſcendentes non tranſire in heredem niſi de eo quod peruenit, Paulus ait actiones honorarias, quæ poſt annum non dantur nec in heredem dari abſolutè, ſed addit ſtatim *vt tamen lucrum ei extorqueatur*. Vnde fit vt quoties prudentes noſtri ſic loquuntur, dicant actionem aliquam, quæcunque tandem illa ſit, dandam eſſe in heredem, ſic intelligi debeant, vt danda ſit in ſolidum, non autem de eo ſolo quod peruenit. Et contrà vbi negant tranſire actionem contra heredem, ſic exaudiri debeant, vt non tranſeat actio in ſolidum, quamuis tranſeat de eo quod peruenit, vt omnium manifeſtiſſimè probatur ex *d. l.* 10 *de tutel. & rat. diſt iunct. d. leg.* 23. *§. hanc actionem ſupr. ad leg. Aquil.* Quo etiam pertinet quod nos monuimus in præcedentibus, tam multas leges quæ dicunt, actiones rei perſecutorias, quamuis ex delicto deſcendentes dari contra heredem *d. l. ſi pro fure* 7. *§ vlt. ſupr. & hac lege §. his autem verbis* 9. *Inſtit. de leg. Aquil. l. liberum* 9. *in fin. l. ſi filiusfamilias* 18. *§.* 1. *ſupr. de reliq. & ſumptib. funer. l. fraudati* 8. *l. cotem* 11. *§. illicitarum l. commiſſa* 14. *infr. de public. & vectig.* non alio ſenſu donari poſſe, quàm vt eiuſmodi actiones dentur, & tranſeant in ſolidum aduerſus heredem, cùm de eo quod peruēnit trāſeant actiones etiam illæ, quæ dicuntur non tranſire, & morte delinquentis interire. Atqui conſtat furtiuam condictionem dari in heredem, ideóque nimirum non auſi ſunt aduerſarij ſcribere, quod minùs euidenter falſum eſſet, condictionem furtiuam morte furis interire, quomodo de actionibus furti & damni iniuriæ ſcriptum eſt à Paulo in *d. leg.* 10. ſed tantùm poſſe interire, quod ex prudentibus nemo vnquam dixit, ne quidem de actione furti, vel damni iniuriæ. Etſi enim aliquo caſu fieri poteſt vt non intereant, puta ſi lis cum defuncto conteſtata ſit *l. conſtitutionibus* 33. *l. ſciendum eſt* 58. *de oblig. & action.* id tamen fit per accidens propter litis conteſtationem, nec eo minùs dicuntur actiones illæ ſui natura morte furis interire. Scio Mæcianum in *l. pœnales* 32. *ad leg. falcid.* ita ſcribere, vt dicat actiones pœnales poſſe morte reorum intercidere: ſed ita id accipi debet, vt quandiu rei viuunt, poſſint actiones illæ intercidere eorum morte, quia poſſunt ipſi mori. Sed iis morientibus intercidunt omnimodo, nec dicendum eſt, eo inſtanti inſpecto poſſe illas intercidere, quomodo aduerſarij intelligunt. Sed & obſeruandum eſt de actionibus tantùm pœnalibus loqui Mæcianum: Ergo non item de condictione furtiua, quæ nullomodo pœnalis eſt. Et tamen faciunt tandem iſti eandem penitus rationem actionis furti & condictionis furtiuæ, quaſi non magis hæc quàm illa tranſire poſſit in heredem, niſi lite conteſtata. Quod ridiculum eſt, nec vſquam proditum. Denique cùm actiones furti & damni iniuriæ ſui natura morte furis intereant, condictio furtiua è contrario prorſus nullo caſu interit, nec poteſt interire ſiue furis heres ſoluendo ſit, ſiue non ſit. Inopia namque debitoris quiſquis ille ſit, numquam extinguit actionem ipſo iure, ſed tantùm inanem & inefficacem eam conſtituit *l. nam & 6. ſup. de dolo.* Idque interim tantùm & tantiſper, cùm fieri poſſit vt qui hodie ſoluendo non eſt, poſteà fiat ſoluendo, vt conueniri & exigi efficaciter poſſit *§. vlt. Inſtit. de action. l. ſi dubitet* 10. *§. filiusfamilias infr. de fideiuſſ.* Qui tamen conueniri numquam poſſet, ſi actio ſemel interiiſſet, quia ſemel extincta numquam reuiuiſcit *l. qui res* 98. *§. aream de ſolut. iunct. l. continuus* 137. *§. illud de verb oblig.* Abſurdum igitur eſt verba illa Pauli in *d. l.* 10. *quamuis morte tutoris intereant*, ad condictionem furtiuam perinde atque ad actiones furti & damni iniuriæ referre, eo prætextu, quòd de tribus illis actionibus coniunctim locutus eſſet Vlpianus in *§. vlt. legis præcedentis.* Debent enim recipere interpretationem ſecundum terminos habiles, & facta relatione ad rationem iuris, præſertim cùm ex diuerſorum prudentum libris duo illi textus deprompti ſint, qui proinde non eandem poſſunt habere ſententiam, quam haberent, ſi vnius tantùm Iureconſulti lex eſſet ex eodem loco ſumpta, vnáque periodo concluſa. Quamquam ne tum quidem aliunde quàm ex vera meráq. iuris ratione petenda eſſet interpretatio. Iuris autem ratio facit, vt quemadmodum condictio furtiua ab actionibus furti & damni iniuriæ ſeparatim debet in eo quod Vlpianus ſcribit in *d. l.* 9. *§. vlt.* cæteras actiones, præter tutelæ, aduerſus tutorem competere, etſi adhuc tutelam adminiſtrat, veluti furti, damni iniuriæ, cōdictionem, ita omnino ſeparanda ſit, in eo quod ſubiicitur ex Paulo in *l. ſeq.* eas actiones morte furis interire, vt ſcilicet de actionibus furti & damni iniuriæ duntaxat id intelligatur, non etiam de condictione furtiua. Et diuerſitatis ratio pereuidens illa eſt, quòd actiones furti & damni iniuriæ ſint pœnales, condictio autem merè rei perſecutoria. Quidni ergo pro ſeparatis haberi debeant ea, quæ adeò ſeparatam habent iuris actionem? Ignoſco tamen aduerſariis qui in hac obiectione tuenda, quam à viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio ſumpſerūt, tātopere laborant. Sed non ignoſco pertinaciæ, cùm ſupradictas reſponſiones illas ferè omnes, quas proximè attulimus, ex coniecturis noſtris, & ex Chiliade addiſcere potuerint, ſibíque tandem in eo ſatisfacere debuerint,

rint. Fecissent verò ni fallor, si non studio contradicendi nimio premerentur.

XVI. Aduersariorum OBIECTIO est, Condictionem rei furtiuæ, quia habet rei persecutionem, heredem quoque furis obligare, nec tantùm si viuat furtiuus seruus post mortem furis, sed etiam si decesserit. Quod illi sic intelligunt, si decesserit æquè post mortem furis, vt verba illa *post mortem furis*, quæ Vlpianus expressim adiicit ad vtrumque casum mortis & vitæ referantur, nempe vt appareat seruo qui subreptus fuerat defuncto, non aliter obligari heredem condictione furtiua quàm si seruus ille ad eum peruenerit. Possent verò ad hanc obiectionem sufficere, quæ nos in illius §. explicatione scripsimus, nisi diluenda esset calumnia, quam iidem aduersarij nobis obiiciunt, dum aiunt, supplere nos receptum textum & deprauare, mutaréque eius sententiam, additis ad verbum *decesserit* duobus illis verbis *viuo fure*, in quo manifestè nobis imponunt. Interpretatio enim hæc nostra est, non suppletio: siquidem duos casus Vlpianus exprimit, non modò contrarios inuicem, sed etiam contradictorios, cùm ait, *nec tantùm si viuat seruus furtiuus, sed etiam si decesserit.* Fatemur verba illa, *nec tantùm si viuat seruus furtiuus*, sic intelligi debere, si viuat eo tempore quo heres furis condictione furtiua conuenitur, ac proinde post mortem furis. Nec enim viuo fure quisquam eius heres aut esse, aut conueniri potest, cùm viuentis non sit hereditas *l. 1. infr. de hered. vel act. vend. l. 1. infr. pro herede.* sed negamus sequentia illa *sed etiam si decesserit*, ad eundem casum referri debere, quò decesserit seruus furtiuus æquè post mortem furis, alioqui non erit nouus casus & contradictorius, sed idem ille qui fuerat antea expressus, non enim potest seruus furtiuus post mortem furis decedere, quin post mortem eius etiam vixerit, quia mors vitam præsupponit, quandoquidem nemo mortuus moritur sed viuus *l. qui duos 18. §. 1. de manum. testam. l. vlt. infr. de cond. instit.* Itaque aduersariorum interpretatio perinde facit ridiculum Vlpianum ac si scripsisset quomodo ipsi intelligunt, *nec tantùm si viuat seruus furtiuus post mortem furis, sed etiamsi viuat post mortem furis.* Nos autem è contrario sic eum sensisse volumus quasi scripserit, *nec tantùm si viuat seruus furtiuus post mortem furis, sed etiamsi non viuat.* Quid enim aliud est *decessisse*, quàm *nō viuere*? In quo obseruandum est non ita scribere Vlpianum, *sed etiamsi decedat* quomodo scribendum erat, vt referretur mors serui ad id tempus quo heres furis conueniretur, sed *etiamsi decesserit*, vt id quoque tempus complecteretur, quo seruus furtiuus viuo adhuc fure decessisset. Itaque sicuti casus ille *si seruus furtiuus viuat post mortem furis*, excludit expressè casum illum quo seruus viuo fure decesserit, ita sequentem casum, quem Vlpianus exprimit iis verbis *sed etiamsi decesserit*, siue contrarium esse velis, siue contradictorium, necesse est intelligi de furtiuo seruo qui non post mortem furis, sed viuo eo decesserit, vt concludamus non esse necessarium ad dandam furtiuam condictionem aduersus heredem, vt ad eum quicquā peruenerit. Ex quo apparet quàm inepta sit aduersariorum replicatio, cùm dicunt secundum nostram interpretationem fieri, vt verba illa *post mortem tamen furis*, quæ subinde Vlpianus subiicit, sint superuacua, cùm sint è contrario ampliatiua, potiùs ad illum quoque casum comprehendendum, qui nondum in præcedentibus fuerat comprehensus, quo seruus furtiuus siue apud heredem siue apud alium post mortem tamen furis decessisset. Nam ex duobus præcedentibus primus ille erat, quo seruus furtiuus viueret tempore institutæ contra heredem condictionis furtiuæ: secundus autem ille, quo decessisset viuo iam adhuc fure. Supererant ergo duo alij casus adiiciendi, vnus ille quo apud heredem ipsum, alius quo apud alium quemlibet seruus furtiuus post mortem furis decessisse proponeretur. Et ita Bartolus quoque locum illum benè interpretatus est, non duobus tantùm casibus obseruatis, vt ab aduersariis factum est, sed quatuor, quibus tota facti huius contingentia concluditur, vt nullus prætermissus dici posset. Suaues verò sunt aduersarij, qui cùm fateri tandem cogantur vel inuiti satis concinnam fore nostram interpretationem, si condictio furtiua ex delicto non nasceretur, hoc tamen admisso quod iam negare non audent, vt sit ex delicto, impediri se dicunt ea dictione *tamen* ne possint illam pro vera agnoscere. Quasi alius sit contextus verborum, & alio sensu donandus, si condictio furtiua ex delicto proficiscatur, alius verò & contextus & sensus si non ex delicto. Sed suauiores, meo palato, cùm dicunt & concludunt in dubio suam opinionem præualere debere tanquam rei gerendæ aptiorem, abutentes in hanc rem regula *leg. quoties 67. de regul. iur.* Et quasi magis congruam iuri communi, quod illi tale esse sibi fingunt, vt actiones quæ ex delicto descendunt, ac rei persecutionem continent in heredes non transeant vltrà quàm peruenit, nulla tamen ne vna quidem lege allata, quæ commentitiam & fictitiam regulam hanc probare possit, cum illa sua adiectione *ac rei persecutionem habent.* Non illa certè quam vnicam adferunt tanquam apertiorem *l. vnic. C. ex delict. defunct.* vbi de rei persecutione verbum nullum, vt nec alio iuris loco qui neget actiones ex delicto descendentes transire contra heredem vltra id quod ad ipsum peruenerit. Ideóque nec mirum est, tantopere illos laborare, vt probent particulam *sed* quæ sui natura aduersatiua est, tam esse aptam ad coniungenda sequentia cum prioribus, quàm ad ea disiungenda acsi pro *sed* scriptum esset *nam.* Sed ista iam omittamus, quæ minùs clara sunt, & ad obiectionem decimam septimam veniamus quæ sicuti ex Cuiacio deprompta, ita subtilior videtur & difficiliorem habere responsionem.

XVII. Igitur OBIECTIO est, Viuo filiofamilias in patrem quatenus ex filiifamilias furto locupletior factus est, condictionem furtiuam non negari in *leg. 3. § pen. infr. de pecul.* Ex persona tamen sua non teneri patrem nisi de eo quod ad ipsum peruenit ex *leg. si seruus 4. supr. hoc tit.* aliàs verò ex persona filiifamilias in peculium ex *leg. Iulianus pen. infr. eod.* id est quatenus peculium filij inde locupletius ad patrem peruenerit *d. l. 3. § pen. de pecul.* Ergo quemadmodum pater nec ex sua, nec ex filij sui persona tenetur in solidum peculium, sed tātùm in id quo locupletius peculium factum est, cùm tamen pater filij sui heres quodammodo sit in peculio *l. 3. §. Pomponius adiicit supr. de minor. l. si statuliberа 6. §. si filius familias infr. de statulib.* Ita neque heredem furis in solidum teneri debere, ne pro viribus quidem hereditatis: quasi nulla diuersitatis ratio satis commoda inter patrem & heredem excogitari possit, quia, inquiunt, licèt successor commodorum & incommodorum vniuersalis non sit pater (alioqui foret idem qui heres, nec quasi heres diceretur) successor tamen etiam vitiorum est, sed in quantum locupletius

ad eum peruenit peculium, successor verò quem quasi heredem appellamus. Addunt, condictione furtiua teneri solum eum qui furtum fecit, aut heredem eius *l. ex furtiua* 5. *supr.* Heredis autem verbo in condictione furtiua omnem successorem venire *leg. si pro fure* 7. *in fin. supr.* quasi heredem verò in suo genere heredem esse aut saltem successorem aliquem, eodem planè effectu, inquiunt, quo dicimus vsumfructum, & quasi vsumfructum, Seruianam & quasi Seruianam, dotem & quasi dotem, Tributoriam & quasi tributoriam, Publicianam, & quasi Publicianam *leg. 2. supr. de vsufr. ear. rer.* §. *item si quis Instit. de action. l. 1. de fund. dotal. l. pen. infr. de exercit. act. l. nec quasi* 70. *supr. de rei vindic.* Vt intelligamus, inquiunt, substantiâ quidem verum vsumfructum distingui à quasi vsufructu, Seruianam à quasi Seruiana, dotem à quasi dote, Tributoriam à quasi Tributoria, Publicianam à quasi Publiciana, sed re tamen & effectu conuenire. Quod si ita est, vt hinc responsionem ordiamur: concludere igitur aduersarij debuerunt, patrem condictione furtiua teneri debere in solidum, sicut & is qui verus heres esset teneretur. Quod tamen iidē negant, cùm fatentur patrem non teneri condictione furtiua ex persona propria, sed tantùm ex persona filij, quia nec ipse fur est, nec heres furis ex *d. l.* 5. *supr.* Admittunt enim mortuo filiofamilias extingui peculium, & patrem non iure hereditario, sed iure peculij bona filij occupare, ac quidem non tam quasi de nouo acquisita, quàm quasi nunquam adempta *leg. 1.* §. *si is qui bona* 22. *infr. de collat. l. proponebatur* 9. *de castrens. pecul.* Vsque adeò vt audeant dicere futurum, vt pater teneri non posset, ne quidem de eo quod ad ipsum ex furto filiifamilias peruenisset, nisi eatenus velut vna persona cum filio furtum, quod filius fecit, vnà quodammodo fecisse intelligeretur ex §. *si quis alij* *versic. ei verò Instit. de inutil. stipulat.* ne ex furto filij locupletetur impunè *d. l.* 3. §. *penult. infr. de pecul.* In quo rursus video labi eos valde imperitè. Sic enim faciunt filij furis patrem quoque furem, quod ante eos nemo vnquam dixerat. Et verò ita dici non posse, apparet satis ex eo quod Paulus in *d. l. ex furtiua*, scribit, soli filiofamilias qui furtum fecit condici posse, non etiam patri, quod ea condictione nunquam alius teneatur, quàm fur ipse, aut heres eius: neq; ad rem pertinet, quod illi pro ratione adferunt, patris & filij personam vnam eandémque esse videri. Fictio enim illa iuris ciuilis est, quæ sicuti ex patriæ potestatis iure proficiscitur *leg. ne cum filiofamilias* 16. *infr. de furt. l. imperator* 50. *ad S C. Trebell.* quæ tota iuris ciuilis est *Tit. Instit. de patr. potest.* ita & ad ea tantùm pertinet, quæ iuris sunt, non etiam ad illa quæ sunt facti *l. quod dicitur* 130. *infr. de verb. oblig.* Quæ enim facti sunt non transeunt à filio ad patrem, neque à seruo ad dominum *l. qui heredi* 44. *de condic. & demonstr.* Delicta autem omnia facti sunt non iuris, cùm iniuriam semper adnexam habeant, quia non iure fiunt *l. 1. de iniur.* vnde & passim admissa dicuntur à Papiniano in *l. Stichum aut Pamphilum* 95. *de solut.* & alibi sæpe. Ergo falsum est, quod isti volunt, & pro certo supponunt, patrem furis condictione furtiua teneri in quantum ex furto filij peculium locupletius factū est. Neque verò ita loquitur Vlpianus in *d. l.* 3. §. *pen. de pecul.* sed ait è contrario potiùs, ex furtiua causa filiofamilias condici posse, in patrem verò vel in dominum dādam esse actionem de peculio, in quantum locupletior ille ex furto factus esset, quia iniquissimum sit ex furto filijfamilias vel serui patrem vel dominum locupletari impunè. Idémque esse subiicit circa rerum amotarum actionem, vt filiæfamilias nomine in id quod ad patrem peruenit, competat de peculio actio. Eiusq; sententiæ rationem Paulus ex Mela & Fulcinio reddit in *l.* 3. §. *si filiafamilias infr. rer. amot.* quia displicuit eam furti obligari, id est quia causa actionis rerum amotarum non est pœnalis, quomodo esset si mulier ob res amotas furti obligaretur; regula enim iuris est ex pœnalibus causis non solere in patrem, de peculio actionem dari *l. ex pœnalibus* 58. *de reg. iur.* Nemo autem dubitat quin causa furti sit pœnalis, ex qua ratione intelligimus, si filiusfamilias furtum alij quàm patri fecerit, quoniam & furtum facit, & furti obligatur, non debere actionem ex ea causa de peculio in patrem dari. Neque verò aliter scriptum est in *d. l.* 3. §. *pen. infr. de pecul.* vbi quamuis proponatur quæstio an in patrem vel dominum actio de peculio danda sit ex furto filiifamilias vel serui, de patre tamen nihil respondetur, sed tantùm de domino dandam, scilicet actionem de peculio in ipsum quatenus locupletior factus est, quia iniquissimum est ex furto serui locupletari: Quæ tamen sententia etiam in domino falsa est, non illa solùm ratione, quòd ex pœnalibus causis non magis in patrem quàm in dominum actio de peculio danda sit, sed illa etiam, quòd ex delicto serui dominus conueniri possit noxali actione, & per eam actionem cogi vt vel damnum præstet, vel seruum noxæ dedat *l.* 4. *supr.* Ex delicto autem tantùm non etiam ex contractu actio noxalis dari potest, de peculio verò ex contractu non ex delicto *l. 1.* §. *si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* Quare nec puto Vlpiani esse, sed Triboniani potiùs, quod de actione de peculio in dominum danda, ex delicto serui scriptum est in *d. l.* 3. §. *pen. infr. de pecul.* de quo tamen ne hîc longiores simus, videnda sunt quæ scripsimus *decad.* 78. Illud autem multo magis falsum est, quod aduersarij non modò quasi verum supponunt, sed etiam quasi scriptum in *d.* §. *penult.* non denegari condictionem furtiuam in patrem quatenus ex furto filiifamilias locupletior factus est. Id enim Vlpianus neque sensit, neque scripsit eo loco, nec de condictione furtiua loquitur, vel in dominum ex furto serui danda, sed tantùm de actione de peculio, quæ nihil commune omnino habet aut simile cum condictione furtiua. Dominus condictione furtiua & noxali præterea actione tenetur ex furto serui, at actione de peculio non tenetur, pater ex furto filiifamilias, neque actione de peculio, neque condictione, ne quidem de eo quod ad ipsum peruenit, sed ipse tantùm filiusfamilias, qui ex ea causa non tātùm furti actione, sed etiam condictione obligari & conueniri potest *d. l. pen.* nec ideò tamen verendum est, vt ex furto filij pater impunè locupletetur, cùm filiusfamilias sicuti ex ea causa conueniri potest, ita & condemnari possit, ex condemnatione verò filij postea pater de peculio conueniri *d. l.* 3. §. *idem scribit l. etsi condemnatus* 35. *supr. de noxal. act.* neque de condictione furtiua accipiendum est, quod ex Iuliano scriptum legimus in *l. pen. infr. hoc tit.* de condictione in peculium danda contra patrem, si filiafamilias res amouerit, sed de condictione *sine causa* vel *non ex iusta causa*, vt ibi dicemus. Aliáque longè hac parte ratio est condictionis furtiuæ, alia actionis rerum amotarum, quia cùm actio rerum amotarum nec famosa sit, nec turpis, licèt pœnæ nomine concepta sit ex parte illius qui conuenitur, facilius longè est, vt do

eo

eo quod ad patrem peruenit, detur saltem vtilis vt in *leg. viua 5. infr. rerum amot.* quàm condictio furtiua quæ turpis est, & furti exprobrationem continet *leg. nec quicquam 56. infr. pro socio.* Quam etiam ob causam nihil absurdi est, ex causa rerum amotarum dari actionem de peculio in patrem ex persona filiæfamilias *dict. leg. 3. §. vltim. rerum amot.* quia licet etiam actio rerum amotarum ex furto filiæ pendeat *dict. leg. si mulier 21. §. hac actio & §. vltim. eod.* pœnalis tamen causa non est, quia non obligatur illa furti, vt suprà diximus & explicauimus ex *dict. leg. 3. §. vltim.* Itaque non potuit Tribonianus nisi valde insulsè argumentari in *dict. leg. 3. §. pen. de pecul.* ab actione de peculio, contra patrem danda ex causa rerum à filiafamilias amotarum ad actionem de peculio, æquè dandam contra patrem ex furto filijfamilias. Quandoquidem in hoc casu offenderetur regula *dict. leg. ex pœnalibus 58. de regul. iur.* quæ in alio non offenditur. Sed fecisset multo insulsiùs, si cum aduersariis argumentatus fuisset ab actione rerum amotarum ad condictionem furtiuam, de qua sola nunc disputamus. Insulsissimè verò omnium faciunt, in eo quod cùm fateantur patrem non posse teneri condictione furtiua, quia neque fur sit, neque furis heres, attamen eò tandem delabuntur, vt dicant teneri eum debere tanquam quodammodo heredem filij, & quasi quod scriptum est in *d. l. si pro fure in fin.* de condictione furtiua etiam contra quemlibet successorem danda, etiam ad patrem porrigi possit, quod est ridiculum, cùm de solo iuris successore locus ille intelligi debeat, vt ibi explicauimus. Quamuis pater filij instituti dicatur post ipsius mortem quasi heres heredis in *dict. leg. si statulibera 6. §. si filiusfamilias de statulib.* Scilicet quod ad hoc vt in eius persona condicio impleri possit ad obtinendam libertatem, idque fauore libertatis quæ alioqui facilè intercideret, si non in persona saltem patris mortuo filio impleri condicio posset. Non tam ergo quòd pater sit heres filij, quàm ne desit persona cui possit dari pecunia implendæ condicionis causa. Quod verò addunt ex *d. l. 3. §. Pomponius adiicit supr. de minor.* ad rem minùs pertinet: ibi enim heredem dixit Vlpianus ex Pomponio pro domino, vt & in *leg. de hereditate 19. §. 1. de castrens. pecul.* vt docuimus in Rationalibus & libris Coiect.

XVIII. Obiectio est, Condictione furtiua non teneri alium, quàm qui furtum fecit aut heredem eius *dict. leg. 5. supr. hoc tit.* Ideò autem à fure in solidum rem furtiuam condici posse, quia rem alienam furandi animo contrectauit. Qua ratione etiam furis heres, si eandem rem iure hereditario ad se deuolutam animo furandi clam suppressisset, non tantùm condictione furtiua, sed & actione furti tanquam nouus fur teneretur *arg. l. vlt. supr. de edend. l. in depositi 9. l. de eo 18 infr. deposit.* at nos de eo herede loquimur, qui furtum ipse non fecerit, nec alia de causa teneatur, quàm quia furi successerit, ac proinde qui ipse nil deliquerit. Ergo, inquiunt, nulla ratio est, vt ex defuncti delicto in solidum condemnetur, si ad eum res ablata in solidum non peruenerit, *arg. leg. 1. vlt. eod. tit.* Nam furem, quoniam ab initio res tota ad eum peruenit, in solidum teneri æquum est, propter moram quam perpetuò in re furtiua facere intelligitur *leg. vlt. C. hoc tit. & l. prox. infr.* Heres autem quia furtum ipse fecit, nec talem moram committere intelligitur, nec furti tenetur. Ergo nec ad aliud teneri potest, quàm vt id quod ad se peruenit restituere iubeatur, ne ex furto defuncti lucrum faciat. Respondemus ineptam primùm esse maiorem syllogismi huius propositionem. Perinde enim est, ac si diceres furem non teneri condictione furtiua, nisi quia fur est, cùm nemo sine contrectatione fur fiat. Et sanè ita est: fur non tenetur condictione furtiua, nisi quia & quatenus fur est. Sed negamus in herede furis eandem rationem locum habere. Non enim tenetur heres condictione furtiua, quia fur sit, sed quia furis heres *d. l. 5. d. l. 7. §. vlt. supr.* Atqui non eo minùs furis heres est, quòd rem furtiuam nunquam contrectauerit, siquidem heredem facit aditio hereditatis aut gestio pro herede, non etiam furtiuæ rei contrectatio. Stultum ergo est inferre quod illi inferunt, heredem furis ideo non teneri cōdictione furtiua, quòd rem furtiuam non contrectauerit, eo casu quo nihil ad eum peruenerit, quia fur non nisi propter contrectationem tenebatur, nec rursus verum est quod iidem supponunt, furē ideò teneri in solidum, quòd ad eum tota res ab initio peruenerit. Nam & eo casu quo nihil ad eū peruenerit, nullúmq; lucrum ex furto senserit, perinde tamē in solidum tenetur, puta si in furto manifesto deprehensus aut occiderit, aut effregerit, aut effuderit id quod interceperat *l. prox. infr.* Furtum enim licet sine affectu lucrandi non fiat, non magis quàm sine contrectatione sine lucro tamen interdum fit, quamuis sine contrectatione nunquam, vnde etiam est, quod mulier quæ res amouit, tenetur actione rerū amotarum, tametsi ad eam res non peruenerint *l. sed etsi 19. inf. rer. amot.* Itaque cùm quæritur quare fur condictione furtiua teneatur, non est bona illa ratio, si quis cum aduersariis respondeat, vt turpe lucrum ei extorqueatur, sed quia fur est, & rem furtiuam contrectauit, quamuis ad eum nihil lucri ex furto peruenerit. Ergo neque in persona heredis illud inspiciendum est, an lucrum aliquod ad eum peruenerit ex re furtiua, sed illud tantùm an furis heres sit, quoniam actio merè rei persecutoria est *d. l. si pro fure 7. §. vlt. supr.* Illud denique multò magis falsum est, furem idcirco teneri cōdictione furtiua in solidum, quod in re furtiua moram facere perpetuam intelligatur, quam tamen heres furis non facit. Prius enim est, vt quis fur sit, quàm vt in restituēda re furtiua moram facere cēseatur, necesse siquidem est, vt furtum iam fecerit, qui nunc moram facit: & quod fur perpetuò moram in re furtiua facere intelligatur, materiam præbet ineundæ æstimationis quanti plurimi res furtiua fuit à tempore litis contestatæ, in tempus vsque rei iudicandæ, sed condictionem furtiuam quæ ex ipso furto nascitur, non inducit, alioqui nasceretur ex mora, non ex furto, quod esset ridiculum dicere.

XIX. Obiectio est, furem ad quem nihil ex furto peruenit, furti quidem teneri, sed condictione furtiua non teneri, vt videre est, inquiunt, in eo qui opem consiliúmve dedit *l. proinde 6. supr. hoc tit.* quia cùm condici ea res tantùm possit, quæ ablata est *l. vulgaris 21. §. vlt. inf. de furt.* non alij furi ea condici debeat, quàm qui ipsa potitus est, quia nihil ad eum peruenerit. Quanto æquius igitur in herede idem obtinere debet, ad quem nihil omnino peruenit? Respondemus non plura hîc verba esse, quàm errata. Falsum enim est, furem ad quem nihil ex furto peruenit, non teneri condictione furtiua. Finge furem manifestum, qui in furto deprehensus occiderit, vel effregerit, vel effuderit id quod interceperat. Quid obsecro ad eum peruenisse

dici potest? Nihil penitus. Et tamen constat furem hoc casu condictione furtiua teneri, & hoc solo casu posse condictionem furtiuam cum actione furti manifesti concurrere *leg. proxim. infr.* non ergo tenetur ideò fur condictione furtiua, quòd res furtiua ad eum peruenerit, sed quòd furtum fecerit, nec posteà res furtiua in domini potestatem redierit. Nam si peruenisset, quomodo contingit in quolibet furto manifesto extra illos tres casus occisionis, effractionis, aut effusionis, vtique condictio extingueretur, quia purgatum esset vicium furti eâ re quæ subtracta fuerat, in domini potestatem reuersa, *dict. leg. prox. infr.* vnde & ab eo tempore vsucapi potest, cùm anteà non posset *leg. 4. §. quod autem & seqq. infr. de vsucap.* Itaque vt condictio furtiua locum habeat, non illud inspiciendum est, an res furtiua ad furem peruenerit, sed illud duntaxat requirendum, vt ad dominum ipsum non peruenerit. Sed & falsum est eum qui opem vel consilium furi dedit, furem esse eo quoque casu, quo nihil ad eum ex furto peruenerit. Requiritur enim vt rem furtiuam contrectauerit: alioqui nec fur est, nec furtiua condictione tenetur, licet furti actione teneatur, scilicet nec manifesti, nam furti manifesti conueniri nullo casu potest *leg. is qui opem 34. infr. de furt. leg. sæpe 53. §. 1. de verborum significat.* Quòd si fur esset, vtique omnimodo furtiua condictione teneretur *l. ex causa 5. & seq. supr. eod.* Sic & in actione rerum amotarum quæ ad condictionem furtiuam propiùs accedit, quàm ad furti actionem. Dicimus, si vxor diuortij tempore fures in domum mariti induxerit, & per eos res amouerit, quamuis ipsa nihil contrectauerit, attamen rerum amotarum iudicio eam teneri *leg. sed etsi diuortij 19. infr. rerum amot.* vbi Vlpianus addit, verum itaque esse quod Labeo scripsit, vxorem rerum amotarum teneri etiamsi res amotæ ad eam non peruenerint. Illud vtique non nego eam tantùm rem quæ per furtum ablata est, condici posse *dict. leg. vulgaris 21. §. vltim. de furt.* Sed aliud est dicere ablatam rem esse domino vel possessori, aliud verò ad furem peruenisse, cùm fieri possit, vt & ablata sit per furem, & tamen ad furem non peruenerit, vt in exemplis quæ attulimus circa personam furis manifesti, qui furtiuam rem vel occiderit, vel fregerit, vel effuderit *dict. leg. proxim. infr.* Falsissima ergo illa quoque illatio est, multo æquius esse in herede idem obtinere, quod in fure, vt condictione furtiua teneri non debeat, si nihil ad eum peruenerit.

XX. OBIECTIO eadem ferè est, aut certè eiusdem ponderis. Aiunt enim heredem eiusdem parisque potestatis esse, cuius fuit defunctus *l. heredem 59. de regul. iur.* Ponunt autem pro certo furem condictione furtiua non teneri, qui rem furtiuam nunquam habuit, indéque fieri aiunt, vt quod ab alio quàm à domino suo seruus subripuit, eius nomine furti quidem teneatur factus liber, sed condici ei non possit nisi liber contrectarit *leg. quod ab alio 15. infr. hoc tit.* Quasi huius iuris ratio illa sit, quòd condictio hæc ad rei persecutionem pertineat *leg. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* Res autem quam seruus in seruitute subripuit, quandoquidem eo in statu suum nihil habeat, aut peruenerit ad dominum quo casu ei condicenda est *leg. 4. supr. hoc tit.* Aut ad ipsum seruum iam factum liberum quo casu ipsi condicitur, quia tunc liber contrectauit, aut ad alium peruenit vel interiit durante seruitute. Et eo casu, inquiunt, in aperto est, non posse rem ablatam recuperari à iam libero, quoniam ad eum nihil peruenerit ex *dict. leg. quod ab alio leg. verum 11. in princip. supr. de minor. §. si seruus 6. Instit. de noxal. action. leg. serui & filij 17. §. primo infr. de furt.* Nos verò dicimus istos in iuris ratione reddenda quamuis manifestissima cæcutire. Cùm enim seruus alij quàm domino suo furtum fecit, ideò post manumissionem furti tenetur, quia noxa caput sequitur *leg. quod dicitur 18. eod. leg. licet 4. Cod. an seruus pro suo fact. post manum. teneat.* Condictione autem furtiua ideò non tenetur si non factus liber iterum contrectauerit, non quia fur esse per manumissionem desierit (alioqui nec furti teneretur) nec rursum, quia nihil ad eum peruenerit, vt aduersarij autumant, sed quia ex iis quæ in seruitute seruus gessit, & vt nostri loquuntur, ex antegesto conueniri seruus post manumissionem non potest *leg. 1. 2. 3. & vltim. eod. tit.* actione scilicet ciuili, qualis est condictio furtiua, criminalis enim actio furti contra eum salua est, ne delictum impunitum remaneat, quamuis furtiua quoque condictio ex delicto pendeat. Neque enim ideo criminalis actio est, sed merè ciuilis, cùm ad rei persecutionem, non ad criminis vindictam pertineat *leg. si pro fure 7. §. 1. supr.* Concludamus igitur contrà quàm aduersarij faciãt. Quemadmodum extra causam & personam illius, qui in seruitute furtum commisit, fur quilibet tenetur condictione furtiua hoc ipso, quia fur est, licet nihil ad eum ex re furtiua peruenerit, ne vno quidem temporis momento: Ita & furis heredem quemlibet eâdem condictione teneri debere ob hoc solum quòd furis heres est, quamuis ne momento quidem temporis ex re furtiua quicquam ad eum peruenerit. Sic fit vt eiusdem iuris sit heres furis, cuius & defunctus fuit. Alioqui dicendum erit furem quoque illum esse debere, vt furis exemplo furtiua condictione teneatur.

XXI. OBIECTIO longè leuior est: Aiunt fures condictione furtiua teneri *si appareat eos dare oportere §. sic itaque Instit. de action.* id est si appareat eius rei quæ nobis abest eos esse fures. Ergo nec eorum heredes aliter condictione furtiua teneri dicendum est, quàm si eos quoque dare oportere appareat. Atqui inquiunt, non potest dici heredem furis dare oportere, nisi aliquo saltem momento res furtiua ad eum vel tota vel aliqua ex parte peruenerit. Vt sicuti is cui furtum factum est, non aliter habet vindicationem contra furem, eiúsve heredem quàm si is rem furtiuam possideat, nec ad exhibendum, quàm si res ablata à fure teneatur: ita nec furtiua condictio aduersus heredem aliter possit competere, quàm si vel momento vno contrectationem defuncti quamuis bona fide continuarit, ne alioqui emergat iniquitas, si ex delicto defuncti demus contra heredem condictionem eius rei quam nunquam habuerit. Negamus assumptionem, quia heredem furis dare oportet, etiamsi nihil vnquam penitus ad eum ex re furtiua peruenerit, sicut & furem ipsum dare oportere certum est, quamuis rem furtiuam intercipiendo vel occiderit, vel fregerit, vel effuderit *leg. proxim. infr. iunct. dicta leg. sed etsi diuortij 19. infr. rer. amot.* quia nihil aliud inquirimus, nisi an fur ille sit, qui furtiua condictione tanquam fur conuenitur, aut an heres furis. Nam in actionibus quæ ex vtraque parte meram rei persecutionem continent, cuiusmodi

est

est condictio furtiua, semper iustè repetitur id quod actori abest, licet reus id nec habeat nec vnquam habuerit, alioqui nec fur ipse qui in furto deprehensus rem furtiuam vel occidisset, vel fregisset, vel effudisset, condictione ista teneretur, contra *dict. leg. prox. infr.* vt in præcedentibus disputauimus. Denique nullus omnino casus est, in quo heres furis non teneatur condictione furtiua *leg. ex furtiua* 5. *supr.* id est siue solidum siue aliquid siue nihil prorsus ad eum peruenerit, quia rei habet persecutionem *dict. leg. si pro fure* 7. §. *vltim. supr.* Ex quo inferri necesse est, dari ergo eam in solidum aduersus heredem. Ad quid enim aliud daretur, cùm nihil omnino peruenit? Et petunt isti principium, cùm supponunt vulgarem actionum ex delicto naturam eam esse, vt non dentur in heredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit. Nam sicuti vera est propositio in actionibus ex delicto, quæ vel merè vel mixtim pœnales sunt, aut saltem pœnæ nomine conceptæ, quas etiam pœnales dici suprà probauimus, quamuis ex parte actoris nihil nisi meram rei persecutionem contineant: Ita falsissima est in iis quæ sui natura meram rei persecutionem ex vtraque parte continent, quamuis ex delicto proficiscantur.

XXII. Obiectio est, Condictionem furtiuam esse quodammodo pœnalem in persona furis, cuius scilicet odio inductum est, vt & perpetuam moram facere intelligatur, & ad æstimationem teneatur quanti plurimi vnquam fuerit res furtiua ex die litis contestatæ ad tempus vsque condemnationis *leg. proxim.* §. 1. *supr. leg. vltim. infr. hoc titulo leg.* 2. §. *quæsitum de priuat. delict.* Sed in persona heredis furis non esse vllomodo pœnalem, cùm nullo prorsus odio dignus videri possit furis heres qui omnino innocens est. Atqui, inquiunt, pœnalis esset, si contra heredem furis lis vltra damnum æstimaretur, & quanti plurimi res à tempore litis contestatæ vnquam fuisset, aut si heres quoque furis perpetuam moram in re furtiua facere intelligeretur. Quod tamen in necessarium antecedens dicendum esset ad obligandum heredem furis in solidum, etiamsi nihil aut minùs ex re furtiua ad eum peruenisset. Negamus condictionem furtiuam esse vllomodo pœnalem ne quidem in persona furis, cùm sit merè rei persecutoria, nec fieri pœnalem ex eo quòd in ea præstetur æstimatio quanti plurimi, aut quòd fur perpetuò moram facere videatur. Sunt enim ista odio quidem furis inducta, sed non in pœnam, quia furis pœna tota actioni furti relinquitur, quæ sola pœnam persequitur, condictio autem nihil nisi rem ipsam. Nam neque æstimatio quanti plurimi aliud est, quàm res ipsa, vt aduersarij fateri coguntur: nec quod fur perpetuò moram in re furtiua restituenda facere censeatur, aliunde proficiscitur, quàm quia nec ab initio auferre ac subripere eam debuit, vt Tryphoninus ratiocinatur in *leg. vltim. infrà.* Itaque cùm heres furis etiam in vitia possessionis succedat *leg. cùm heres* 11. *infr. de diuers. tempor. præscript. leg. vitia* 11. *Cod. de acquir. poss.* licet non sit successor delictorum, consequens est, vt heres furis hactenus in eadem causa sit, in qua & fur fuit, vt non minùs quàm fur ipse, & ad æstimationem quanti plurimi teneatur, & perpetuò moram facere existimetur, non proprio aliquo heredis odio, sed quia cùm furis heres sit, in odium quoque furis succedit. Alloqui nullo casu posset condictione teneri, nec si tota res furtiua ad eum peruenisset, cùm eo casu possit etiam per vindicationem conueniri, solo autem furis odio sit receptum, vt qui vindicatione tenetur, etiam furtiua condictione teneatur *dict.* §. *sic itaque Instit. de action.* Quòd si vno casu succedit heres in odium furis, cur non & in cæteris omnibus? Imputet enim sibi quòd furis hereditatem siue sciens siue ignorans adierit, atque ita omnibus oneribus hereditariis, quibus defunctus ex propria persona tenebatur, extra pœnas delictorum vltro se obstrinxerit *leg. quæ dotis* 33. *solut. matrimon. leg.* 3. §. *vltim. & leg.* 4. *infr. quibus ex caus. in possess. eat. leg. si duo* 38. *de acquirend. hered.* Quamquam si verum amamus, odio quidem furis inducta est condictio, sed non aliquo furis odio transit in solidum aduersus heredem, at ex mera iuris regula, quia merè rei persecutoria est. Sed & in eo errant turpiter aduersarij, quod tractant de præstanda per heredem æstimatione quanti plurimi in condictione furtiua etiam eo casu quo ante obitum furis citra litis contestationem extincta esset res furtiua, quasi verò rei peremptæ æstimatio possit adhuc, postquàm perempta est, crescere, quod non modò falsum, sed etiam ridiculum est *l.* 3. *infr. de condict. tritic.*

XXIII. Obiectio eòdem ferè recidit quò superior. Aiunt enim actionem furti bimembrem esse, vnam quæ meræ pœnæ persequendæ gratia competit, atque in specie actio furti vulgò dicitur *l. sed actione* 50. *infr. pro socio.* alteram, quæ quasi species quædam actionis furti datur ad rem recipiendam, & condictio furtiua appellatur, de qua illi intelligunt quod scriptum est in *l. interdum* 56. §. 1. *de furt.* nimirum vt inferant non minùs condictionem furtiuam quàm actionem furti odio furum inductam esse. Iam verò inquiunt, si heres furis dignus esset odio furis, hoc ipso fur esset, quoniam heres esset. Atqui dignius est hoc odium vt cum morte furis (debuerant potiùs scribere *cum vita.*) moriatur, quàm vt in persona heredis amplietur, ne obstet iuris canonici regula in Cap. odia de *regul. iur. in* 6. Addunt, quo pluribus actionibus fures teneantur, eo grauius delicta ipsorum coerceri *dict.* §. *sic itaque* 14. *Instit. de action.* Pœnam verò nihil aliud esse quàm delictorum coercitionem *leg. aliud fraus est* 131. *de verbor. signific.* Ex delicto autem & propter delictum coerceri, esse aliqua pœna affici. Porrò nulla pœna ex delicto defuncti heredem teneri. Ergo, inquiunt, ne ista quidem pœnæ specie teneri heredem oportet, alioqui ex dolo defuncti teneretur. Respondemus, verum quidem esse condictionem furtiuam odio furis comparatam esse, quò non pluribus modò, sed etiam contrariis & contradictoriis actionibus teneatur *dict.* § *sic itaque*, sed illud falsum, esse illam speciem actionis furti. Differt enim toto genere ab actione furti, cùm sit illa merè pœnalis, hæc verò merè rei persecutoria, vt toties diximus. Nec simile quicquam habet, nisi quòd ambæ ex delicto & furto nascuntur: quò pertinet quod scriptum est in *leg. si duo* 13. §. *idem Iulianus supr. de iureiur.* eum qui iurauit se furtum non fecisse, non magis cōdictitia quàm furti actione conueniri posse, quia de toto iurasse videatur, sed ita vt actio furti quia merè pœnalis est, contra solum furem detur. Condictio autem furtiua quia merè rei persecutoria nec vllomodo pœnalis est, etiam contra heredem & quidem in soli-

dum, non quia fur sit aut furis odio dignus, vt aduersarij supponunt, sed quia cùm sit heres, transeunt in eum actiones omnes rei persecutoriæ, quæ contra defunctum competebant, etiamsi ex delicto proficiscantur, nec enim absurdum est teneri quem ex delicto defuncti, dum ne ad pœnam conueniatur, sed ad rem ipsam restituendam, vnde fit vt quamuis odium furis simul cum ipsius vita finiatur, quatenus personale est, non ideo tamen finiri etiam debeat actio rei persecutoria ex causa illius odij comparata, quominùs transeat etiam in heredem. Alioqui concludendum erit cum aduersariis, condictionem furtiuam non magis dandam esse in heredem, quamuis rei persecutoria sit, quàm si pœnalis esset, cùm etiam pœnales transeant contra heredes de eo quod ad ipsos peruênit, & paria sunt dicere, actionem aliquam non dari contra heredem, & dari de eo quod peruênit, sicut è contrario, paria sunt, dicere actionem aliquam transire contra heredem, quia rei persecutoria sit, & transire in solidum, quomodo de condictione furtiua scriptum est in *dict. leg. si pro fure 7. §. vltim. supr. & in hac lege.* Falsum item est, quod iidem aduersarij probare nituntur, condictionem furtiuam hoc ipso esse pœnalem, quòd odio furis inducta sit, quo pluribus actionibus coerceatur. Nam coercitionis verbum etiamsi ad pœnam maximè pertineat, tamen ad rei quoque persecutionem pertinet, vt cernere est in actione rerum amotarum, quæ licet inducta sit ad mulierem coercendam, tametsi leniùs, vt ait *lex penult. infr. ill. titulo rerum amotar.* pœnalis tamen nullomodo est eo sensu quasi pœnam aliquam persequatur (nihil enim nisi rei persecutionem continet *leg. si mulier 21. §. hæc actio eod. titulo.*) nisi quòd pœnæ nomine concepta est ad puniendum improbum factum amotionis, vt sunt aliæ ferè omnes actiones prætoriæ, quæ non nisi interueniente dolo dantur, licèt meram rei persecutionem, aut per se, aut arbitrio iudicis contineant *leg. 4. §. vltim. & seqq. supr. de alien. iudic. mut. caus. facta leg. huius 9. §. primo infrà quod fals. tutor. leg. Prætor ait 9. §. vltimo de rebus authoritate iudicis possidendis.*

XXIV. Et vltima Obiectio aduersariorum est omnium leuissima, quæ tamen fortissima esse potiùs debuisset. Petunt enim principium, cùm aiunt actiones omnes ex delicto descendentes, etiam eas, quæ merè rei persecutoriæ sunt, aduersus heredes competere de eo tantùm quod ad ipsos peruenit, non etiam in solidum. Hoc verò est quod nos toties negauimus, & quod ab istis probandum maximè fuit, nec tamen vnquam probatum ne vno quidem iuris loco, ac nec exemplo etiam vno. Nimirum in actionibus ciuilibus, quæ tum etiam cùm ex delicto proficiscuntur, nunquam tamen pœnæ nomine concipiuntur, quod in prætoriis diuersum est, vt suprà ostendimus. Sed illud mirabilius est, ne dicam ingeniosius, si Diis placet, quod aduersarij subiiciunt, si condictio furtiua similiter in solidum contra heredem daretur, atque contra furem ipsum fore, vt ex merè rei persecutoria, qualem esse eam non negant, fieret merè pœnalis, si fortè nihil aut minùs ex delicto defuncti ad heredem peruenisset, quia, inquiunt, pœna esset ex causa & vi delicti quod tu non feceris, præstare id quod nunquam habueris. Cùm potiùs dicere debuerint futurum, vt desineret condictio furtiua esse merè rei persecutoria in personam heredis si non daretur contra eum in solidum, ex natura cæterarum omnium merè rei persecutoriarum, & fieret merè pœnalis aut saltem mixtim, si ex natura pœnalium actionum non daretur contra heredem in solidum, sed de eo tantùm quod ad eum peruenisset. Tritum autem est, & tralatitium ex persona heredis condicionem & naturam obligationis, & actionis hereditariæ non immutari *leg. 2. §. ex his infrà de verborum obligation.* non erat necesse fateor, ad minutiores illas prorsúsque futiles obiectiones tam fusè tamque serio respondere, tempúsque in his terere, quod ad maiora, & meliora parauimus. Sed tamen nobis quibus ad egregios illos quatuor Maledictorum libros ex professo respondendi neque ocium, neque studium est, faciendum certè fuit, vt circa quæstionem hanc, quæ sola tot Maledictis causam dedit, aliquid responderemus, ne cum opinionibus, quas damnamus, etiam reprehensoris ingenium contempsisse videremur. Non insubtile sanè, nec ineruditum si quam in tot erroribus propugnandis operam posuit, in veritate nobiscum tuenda collocasset: nomini tamen huc usque pepercimus, ne maior illi ex scriptis nostris inuidiæ, ne dicam infamiæ apud posteros, quàm laudis & gloriæ materia pararetur. Cætera, quæ ille tanquam alter Cuiacius, sub Mercatoris nomine aduersus Gasparem Schifordegherum amicum nostrum non minùs quàm contra nos scripsit, nos Schifordeghero discutienda & refellenda relinquimus, ne responsionis gloriam, si qua erit, & amicissimo & subtilissimo Iureconsulto, cui plurimùm debere nos agnoscimus, inuidere ac præcipere voluisse videamur. Nec tamen prætermittemus, si quando se præbebit occasio, vt in eas leges incidamus, in quibus explicandis tam infeliciter se aduersarius exercuit, vt errores ipsius refellamus, nostrásque quas ille vellicauit, confirmemus sententias, ne posthac verendum habeat, ne quid per nos detrimenti iurisprudentia patiatur. Sufficiat hæc attigisse, vt ex iis quæ diximus, possit quiuis intelligere, quali quantóque siue ingenio, siue iudicio cætera commentatus ille sit, qui contra nos scripsit.

a *Pro parte autem heres.* Rat. dub. Cùm res furtiua ad vnum ex pluribus heredibus tota peruenit, constat eum solum teneri condictione furtiua, tanquam qui solus habeat totius rei restituendæ facultatem, quomodo de re commodata scriptum est in *l. 3. § heres infr. Commod.* & de rationum editione ab vno ex heredibus facienda in *l. si quis ex argentariis 6. § 1 supr. de edend.* non ergo inspiciendum est, pro qua parte hereditaria quis heres extiterit, sed pro qua parte furtiuam rem possideat. Et ita concludit Accursius post Azonem, sed ego non probo, vt ex iis quæ mox pro decidendi ratione adferemus, intelligetur. Dec. Condictio furtiua quamuis rei persecutionem contineat *l. si pro fure 7. § vltim. supr.* sic tamen continet, vt contra eum quoque heredem detur, qui nihil ex re furtiua possidet, perinde ac si possideret *d. §. vlt. & §. final. Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Ergo si plures sint heredes furis, quorum vnus totam rem furtiuam possideat, non eo minùs

tamen

tamen pro hereditariis portionibus singuli teneri debent. Idque facit ratio stricta iuris quæ obligationes & actiones omnes, quibus defunctus obstringebatur, diuidit ipso iure inter heredes omnes pro hereditariis portionibus potestate legis duodecim tabularum *leg. 1. C. si cert. petat. l. vlt. C. de heredit. action. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* Exceptis actionibus iis quæ non dantur in heredes, nisi de eo quod ad eos peruenit. In illis enim si tota res ad vnum solum ex pluribus heredibus peruenerit, consequens est, vt is quoque solus teneri debeat *leg. si plures 9. infr. de vi & vi armat.* Nec aliud esset in actione commodati, quàm in condictione furtiua nisi arbitrio boni iudicis conueniret ita statuere, vt is solus ad rei commodatæ restitutionem condemnetur, qui commodatam rem solus totam possidet, vt scriptum est in *d. §. heres.* Est enim bonæ fidei iudicium commodati, ideóque etiam in actione pro socio idem iuris est *l. actione 65. §. antep. infr. pro socio.* At non etiam in condictione furtiua, quam toties diximus stricti iuris esse, vt & cæteras condictiones omnes *§. actionum Instit. de action.* nec rursus perpetuum est, vt qui ex heredibus rem hereditariam solus possidet, solus quoque personali actione conueniendus sit, & condemnandus. Quid enim si cum defuncto lis contestata fuerat? Erunt singuli heredes conueniendi pro sua quisque parte hereditaria *l. 2. §. vlt. de prator. stipulat.* quod & Accursius hîc fatetur. Quidni ergo & in condictione furtiua idem obseruabimus fure mortuo ante litem contestatam, cùm sit actio stricta, quod obseruaretur post litem contestatam in cæteris, quæ bonæ fidei sunt, aut quæ tanquam prætoriæ ex mente Prætoris interpretationem recipiunt, ac proinde ex bono & æquo, cuiusmodi sunt stipulationes omnes prætoriæ? *leg. in conuentionalibus 52. infr. de verb. obligat. l. in pratoriis 9. de stipul. prator.* Ex quo apparet quàm parùm subtiliter vir doctissimus Iacobus Cuiacius, vt errorem suum mordicus tueretur, quo primus defendit, furtiuam condictionem, quia ex delicto est, non dari in solidum contra heredem, & aliquam responsionem quæreret ad hanc legem, cuius solius authoritate vinci posse se putabat, ausus est dicere, restringendum Vlpianum ad eum casum quo lis contestata fuerit cum defuncto, cùm tamen nullo casu aut prodesse aut nocere heredibus furis debeat, quòd lis cum defuncto contestata sit, sicuti neque quòd ad eos vel tota res furtiua, vel pars eius aliqua vel ex ea nihil peruenerit. Quod autē de rationum redditione scripsimus, si plures sint eius qui rationes reddere debuit heredes, eum solū actione in factum edere cogendum qui eas possidet, quamuis actio illa in factum non minus stricti iuris sit quàm furtiua condictio ex *d. l. si quis 6. §. 1. supr. de edend.* manifestam habet rationē, quia cùm edere nihil aliud sit quàm exhibere, & copiam describendi facere *l. 1. §. edere eod.* constat non alium posse rationes edere, quàm qui eas penes se habeat, licet nonnisi pro parte heres sit. Vnde est quod & in actione ad exhibendum heres non quasi heres, sed suo nomine tenetur *l. de eo 12. §. vlt. supr. ad exhib.* Porrò quemadmodum errauit Cuiacius & quotquot cum eo aduersus Vlpianum nostrum, veterúmque omnium interpretum sententias scripserunt, condictionem furtiuam non dari in solidum contra heredem, nisi vel contestata lis fuerit cum defuncto, vel ad heredem res furtiua in solidū peruenerit, ita & Bartolus & cum eo veteres ferè omnes, quibus visum est ad *d. l. si pro fure §. vlt. supr.* speciale esse in hac condictione furtiua, vt quamuis ex delicto sit, detur tamen in heredem vltra id quod ad eum peruenerit, non enim speciale & singulare ius videri debet, quod huic actioni, cum tot aliis æquè rei mere persecutoriis & ex delicto descendentibus commune est, vt contra Cuiacium & Cuiacianos in superioribus probauimus.

10. IDEM libro 38. ad Edictum.

SIue manifestus fur, siue nec manifestus sit, poterit ei condici. Ita demum autem manifestus fur condictione tenebitur, si deprehensa non fuerit à domino possessio eius. cæterum nemo furum condictione tenetur, posteaquam dominus possessionem adprehenderit. & ideo Iulianus, vt procedat in fure manifesto tractare de condictione, ita proponit, furem deprehensum, aut occidisse, aut fregisse, aut effudisse id, quod interceperat.

Ad l. Siue manifestus 10.

RAT. DVB. Non potest fur condictione teneri, postquàm dominus rei furtiuæ eius possessionem adprehenderit, vt scriptum est in hac lege, quia cùm non detur nisi ad rei persecutionem & recuperationem *l. si pro fure 7. §. 1. & vlt. supr. hoc tit. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* stultum esset ac illusorium condictionem furtiuam ei dare, qui rem iam haberet: Atqui fur manifestus ille dicitur, qui in furto ipso deprehensus & ἐπ' αὐτοφώρῳ cum re ipsa furtiua adprehensus est, vt loquitur *leg. 3. eod. titulo.* Quod cùm accidit fieri vix potest, vt res furtiua simul cum fure ipso non adprehendatur à domino. Ergo non videtur locus esse hoc casu condictioni furtiuæ. DEC. Sufficit euenire posse quibusdam casibus, vt fur manifestus deprehendatur, nec tamen res ipsa furtiua adprehendatur, vt puta si fur manifestus & ἐπ' αὐτοφώρῳ deprehensus rem quam subripiebat aut occiderit aut fregerit, aut effuderit. Quos casus specialiter Iulianus notauit, vt Vlpianus hîc refert, non quasi alij nulli sint, quod malè Placentinus glossator existimabat (quid enim si cùm vidisses furem subripientem, & ad eum comprehendendum accurrisses, ille abiecto furto effugisset, sic enim legendum est non *adiecto in leg. si quis in seruitute 7 §. pen. eod.* vtique fur manifestus est, nec tantùm si à domino rei furtiuæ, sed etiamsi ab alio visus sit *l. 3. §. 1. eod. tit.* & tamen neque occidit, neque effregit, neq; effudit) sed quia, vt Azo dicebat,

sunt hæc exempla indubitabiliora, quod & Bartolus post Accursium probat. His ergo casibus nihil vetat & furem esse manifestum, & rem furtiuam nihilominùs ab eo non adprehēdi cui furtū factum est, & consequenter condictionē furtiuā durare, & domino aduersus furem competere, quæ alioqui re furtiua cum fure deprehensa, nec videri nata posset. Sunt & alia quædam in actione furti manifesti singularia, quale inter cætera illud est, vt is qui opem furi tulit, quamuis fur esse possit, si fortè rem furtiuam contrectauerit, ita vt & condictione ista interdum teneatur, vt diximus ad *l. proinde 6. supr. ex l. sæpe 53. §. 1. de verb. signific.* fur tamen manifestus esse nunquam possit, nec furtiua condictione teneri *l. is qui opem 34. infr. de furt.* Quisquis enim fur manifestus est, ab initio fur est. Qui verò furi opem tulit, is nunquam fur est ab initio, sed fit ex postfacto, & ex posteriore contrectatione. In fure nec manifesto diuersa sunt omnia: nam fur nec manifestus semper tenetur condictione furtiua, quia fieri nequit, vt rem furtiuam aliquando non habuerit penes se, quod sufficit licet eam habere postea desierit, quia nec ab initio auferre eam debuit *l. vlt. infr.* Et is quoque qui opem, vel consilium furi dedit, licet ab initio fur non sit, ex postfacto tamen, vt diximus, fieri potest fur nec manifestus, scilicet si rem furtiuam contrectare cœperit *dict. leg. sæpe 53. §. primo de verb. signific.*

1 ¶ Ei quoque qui vi bonorum raptorum tenetur, condici posse, Iulianus libro 22. digestorum significat.

Ad §. 1. Ei quoque.

RAT. DVB. Condictione furtiua non alius tenetur, quàm qui fur ipse est, aut heres eius *leg. ex causa 5. supr.* Atqui separata sunt crimina furti & rapinæ, sicut & separati tituli de furtis & vi bonorum raptorum, prorsúsque separatæ actiones, nam actio furti nec manifesti ciuilis est ex lege duodecim tabularum, nec datur nisi ad duplum. Actio autem furti manifesti prætoria est, & datur ad quadruplum *§. 1. Instit. de perpet. & tempor. action.* At vi bonorum raptorum licet æquè sit prætoria, non tamen datur nisi ad triplum pœnæ nomine, licet simplum quoque contineat, quia datur ad quadruplum ideóque mixta actio dicitur, non merè pœnalis, quales sunt actiones furti *§. ex maleficiis & seq. Instit. de action.* Ergo non est bona consecutio, vt quia furi condici potest, etiam raptori condici possit. DEC. Etiam raptor fur est, & quidem improbior, vt Iustinianus scribit in tio *tit. vi bonor. rapt. Instit. post Vlpianum in leg. 2. § cæterum infr. eod. ill. tit. & in leg. item si cùm 14. §. qui vim intulit supr. quod met. caus.* Ergo si condictio furtiua locum habet contra furem, multo magis habere debet contra raptorem. Quod cùm ita sit, illud magis mirum videri potest. Cur ergo actio vi bonorum raptorum non detur nisi ad triplum, cùm actio furti manifesti detur ad quadruplum, vt diximus & plerumque is qui raptor est, fur manifestus sit, adeóque fure manifesto improbior, nisi dicamus Prætorem in actione hac proponenda ad id potiùs respexisse quod actiones furti siue manifesti siue nec manifesti, per hanc non tolluntur, vt neque actio legis Aquiliæ *d. §. cæterùm,* non vt ex omnibus actionibus fur condemnari possit, sed vt electionem habeat is cui bona vi rapta sunt quanam actione malit experiri vt in *leg. cùm filius 76. §. variis de legat. 2.* etsi in pœnalibus actionibus hoc amplius est, quod nunquam alia aliam consumit *l. nunquam 60. de oblig. & act. l. 2. infr. de priuat. delict.* Item quia in raptorem non facile cadit illa distinctio manifesti, & non manifesti, ideóque media pœna eligenda fuit, id est tripli quæ est inter pœnam dupli & quadrupli, vel ideò ne is cui bona vi rapta sunt, probandum habeat, an rapina manifesta fuerit, an non manifesta. Illud certè in actione ista vi bonorum raptorum valde singulare est, quod quamuis sit pœnalis mixta ex rei persecutione, non magis tamen datur in heredem de eo quod ad ipsum peruenit quàm actio furti *d. l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. rapt.* quamuis regulare sit, vt actiones omnes ex delicto descendentes quamuis merè pœnales dentur in heredes quatenus ad eos peruenit, ne alieno scelere ditentur, & vt turpia lucra eis extorqueantur *leg. 5. supr. de calumn. leg. sicuti 38. de regul. iur. leg. vnic. Cod. ex delict. defunct.* Sed hoc ius propriam habet rationem, quam Vlpianus exprimit in *dict. §. vltim.* quia putauit Prætor sufficere condictionem furtiuam, quæ contra heredem raptoris datur non minùs quàm contra raptorem ipsum, & quidem in solidum, vt explicauimus & docuimus ad legem præcedentem.

2 ¶ Tamdiu autem condictioni locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat, & ideo si eam rem alienauerit [a], condicere non poterit.

Ad §. 2. Tamdiu autem.

RAT. DVB. Etiamsi dominium rei furtiuæ ex postfacto recedat ab eo qui furtum passus est, & qui furti tempore dominus fuit, non eo minùs tamen verum est, & furtum factum esse, & furem ab eo tempore moram semper fecisse in restituenda re, quam nec ab initio auferre debuit *leg. in re furtiua 8. §. primo supr. leg. vltim. infr. hoc titulo.* Ergo non eo minùs teneri debet condictione furtiua quousque rem furtiuam ipse restituerit, aut aliter ea res in domini potestatem redierit. Quomodo non quidem de furti actione, sed de rei furtiuæ inhibita vsucapione scriptum est in *leg. 4. §. quod autem & seqq. infr. de vsucap.* DEC. Condictio furtiua soli domino datur *leg. 1. supr.* id est ei qui & furti tempore dominus fuerit, & eo tempore quo condicit adhuc dominus sit. Nec sufficit eius interesse, cui furtum factum est, quomodo sufficit in actione furti *§. furti autem actio Instit. de oblig. quæ ex delict.* Ergo si dominiū rei furtiuæ à domino discesserit quoquomodo, dū facto ipsius aliquo interueniēte, puta si rem furtiuam alienauerit, aut legauerit siue furi siue extraneo, dicendum est eum amittere condictionem. Sibique debet impu-

imputare qui vltro id amisit sine quo condictionem habere non potuit. Qui enim vult necessarium antecedens, is vt etiam necessarium consequens velit, necesse est. Proinde si dominus absque vllo facto suo dominium amiserit, salua ei condictio esse debebit, vt scriptum est in *l. & ideo 12. infr.* Alia causa est actionis legis Aquiliæ quæ vbi semel competiit non extinguitur per alienationem serui, quia non ad rem ipsam datur, vt condictio furtiua sed ad damni æstimationem, quæ nec morte nec alienatione serui vulnerati perimitur *l. huic scripturæ 15. §. 1. supr. ad leg. Aquil.* quod & Bartolus hîc benè docuit. Iunge *l. quæcunque actiones 56. infr. de oblig. & action.*

a *Et ideò si eam rem alienauerit.* RAT. DVB. Alienatio dicitur omnis actus per quem dominium transfertur *l. 1. C de fund. dotal l. alienationis 28. de verb. signific.* Atqui dominium sine possessione transferri non potest, cùm traditionibus tantùm transferatur non contractibus *l. traditionibus 20. C. de pact.* Et quemadmodum nuda traditio nunquam transfert dominium, nisi fiat ex iusta causa & habili ad trãsferendum dominium *l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin. l. 3. supr. si vsusfr. petet.* ita neque iustam causam & habilem ad transferendum dominium præcessisse sufficit, nisi traditio sequatur *§. cùm autem Instit. de empt. & vendit § vendita Instit. de rer. diuis. l. 1. C. quand. lic ab empt. disced.* Atqui dominus rei furtiuæ possessionem esse adhuc penes furem. Fieri ergo nequit, vt dominus cui res furto subtracta est, eam rem alienet, atque ita condictionem amittat. DEC. Pleræque sunt species, in quibus dominium sine possessione & transfertur, & acquiritur *l. 1. 2. & 3.* vbi diximus *supr. de public. in rem act.* vbi exempla adferuntur de legatis & mortis causa donationibus, quibus benè addit Accursius adiudicationes quæ fiunt officio arbitri in iudiciis familiæ erciscundæ, communi diuidundo & Finium regundorum *§. vltim. Instit. de offic. iudic. l. & ideo 12. §. 1. infr. hoc tit.* Fuerunt enim sex modi olim acquirendi iure Quiritium dominij, inter quos sicuti fuit traditio facta ex iusta causa, ita & adiudicatio & lex quæ nulla indiget traditione, vt sæpius docuimus ex Vlpiani fragmentis *tit. 19. de acquisit. rer.* Ideóque cautè Vlpianus hîc locutus est de domino, qui alienauit rem furtiuam, non de eo, qui vendidit, neque enim venditio sine traditione alienatio est, sed iusta alienationis causa & habilis ad transferendum dominium per subsecutam traditionem *d. l. nunquam nuda.* Exempla verò huiusmodi alienationis subiiciuntur in domino qui rem furtiuam legauit, aut qui ad iudicium diuisionis socium prouocauit. Quamquam nec aliud est, si dominus possessionem rei furtiuæ nactus sit, aliter quàm per restitutionem ab ipso fure factam, deinde eam rem alienauerit *d. l. quæcunque 56. de oblig. & act.* Condictio enim furtiua, quæ per acquisitionem possessionis rei furtiuæ amissa non fuerat, vt neque furti actio, per alienationem tamen subsecutam extinguitur quamuis ipsa furti actio non extinguatur, vt Bart. hîc post glossam concludit ex *l. qui ea mente 65. infr. de furt. l. vlt. arbor. furt. cæsar.*

3 ¶ Vnde Celsus libro 12. digestorum scribit, si rem furtiuam dominus purè legauerit furi, heredem eius condicere non posse. Sed & si non ipsi furi, sed alij: item dicendum est, cessare condictionem: quia dominium facto testatoris, id est domini, discessit.

Ad § 3. Vnde Celsus.

RAT. DVB. Condictio furtiua non solùm ei competit, cui res subrepta est, sed etiam heredi eius, in quem scilicet transeunt ex lege duodecim tabularum actiones omnes quæ defuncto competebant *l. prox. infr.* Atqui cùm dominus cui res furtiua subrepta fuerat, eam alij legauit, non eo minùs verum est, heredem esse ac manere illum qui fuit institutus, & vniuersi iuris quod defunctus habuit, successorem: legata enim licèt diminuant & delibent hereditatem *l. legatum est 116. de legat. 1.* ius tamen & qualitatem heredis non diminuunt, quominùs perinde maneat vniuersi iuris successor ac si legatum nihil esset. Non enim sunt legatarij iuris successores *l. quædam 9. §. 1 supr. de edend. § legatariis Instit. de testam. ordin.* Ergo quamuis dominus rem furtiuam legauerit siue furi siue extraneo, dicendum est, non eo minùs condictionem heredi saluam esse debere. DEC. Furtiua condictio non alij quàm domino potest competere, vt diximus ad §. prox. ex *l. 1 supr.* Atqui cùm legata est res furtiua, siue furi ipsi siue extraneo, verum est eius dominium iam non ad heredem, sed ad legatarium pertinere, & quidem facto testatoris, qui non minùs ab herede suo quàm à seipso dominium illud abscedere voluit. Legatum enim, & rei legatæ dominium trãsit rectà via à testatore in legatarium *l. à Titio 64. ad fin. infr de furt.* nunquam factum heredis, vt Papinianus loquitur in *l legatum 80. de legat. 2.* nempe si per vindicationem aut perceptionem legatum sit, non etiam per damnationem aut per sinendi modum. His enim posterioribus casibus dominium rei legatæ remanet penes heredem, quousque per traditionem legatario factam ab herede discesserit, quia facto & voluntate heredis opus esse testator voluit. Nec sanè hic locus de alio genere legatorum quàm de duobus prioribus intelligi potest. Ergo quamuis rei lagatæ dominium non discedat à testatore, nisi eo demùm mortuo, ita vt viuus ille condictionem furtiuam quam priùs habuit, non amittat ne ipso quidem instanti mortis, quippe quòd vitæ tribuatur non morti *l vlt. infr. de condic. institut. l. qui duos 18. §. 1. de manum. testam.* non potest tamen condictio furtiua tanquam hereditaria transire in heredem, quia nec res ipsa furtiua vnquam fuit hereditaria. De illo namque testatore loquimur, qui rem furtiuam purè legauerit, vt Vlpianus hîc adiicit, non de illo qui sub condicione, in quo certè aliud iuris est, quia res sub condicione legata interim & pendente condicione pleno iure est heredis *l. & post litem 12. §. 1. supr. famil. ercisc. iunct. l. is cui via 11. §. 1. supr. quem. seruit. amitt. leg. generaliter 29. §. 1. infr. qui & à quib. manum. l. si seruus 14.* vbi dicemus *infr. hoc tit.* Nihil autem interest, an ipsi furi, an alij extraneo res furtiua legata sit, nisi quòd cùm ipsi furi legata est, facilius est vt ei condictionem remisisse testator videatur. Cæterùm perinde vtroque casu verum est dicere, neque rem ipsam furtiuam neque ipsius condictionem in hereditate vnquam fuisse, & ipsius domini facto dominium ab hereditate discessisse: quod sufficit, vt heres furi condicere non possit. Remanet tamen actio furti in here-

ditate vt ad §. præcedentem scripsimus, quia non eo minùs verum est, & furtum factũ fuisse & impunitum esse non debere, nisi actio furti per pactum legitimum sublata & extincta sit *l. legitima 6. l si tibi 17. §. 1. l. si vnus 27. §. pacta quæ turpem supr. de pact.* Non enim nisi certis & legitimis modis tolli actio furti potest, quæ & ipsa est legitima, inter quos modos non est legatum rei furtiuæ, nec si furi ipsi factum proponatur: aliáque longè ratio est condictionis furtiuæ, quæ cùm non nisi ad rem ipsam persequendam detur *l. si pro fure 7. §. 1. supr. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* frustra certè nulloque iure daretur heredi, ad quem noluit testator rem furtiuam peruenire, sed ad legatarium quisquis ille sit, siue fur ipse siue extraneus: Qua ratione tametsi condictio furtiua ipso iure competere posset heredi, attamen doli mali exceptione repellendus esset, tanquam qui aduersus testatoris sui voluntatem experiretur *l. 1. §. vlt. de doli mal. except.* Sed tamen non est necessaria furi exceptio doli mali, quia nec summo iure agere heres potest, cùm dominus non sit, vt diximus, quamuis nec legatarius ipse qui dominus est, condicere eo magis possit, vt subiicitur in *leg. seq.*

II. PAVLVS libro 39. ad Edictum.

SEd nec legatarius condicere potest. ei enim competit condictio, cui res subrepta est, vel heredi eius. sed vindicare rem legatam ab eo potest.

Ad l. Sed nec legatarius 11.

RAT. DVB. Condictio furtiua competit domino rei furtiuæ, vt proximè diximus ex *l. 1. supr.* Vnde est quod non datur herede eius cui res subrepta est, si ea res alij legata fuerit per vindicationẽ, quia heres hoc casu nec dominus est, nec vnquam fuit rei subreptæ *l. prox. §. vltim supr.* Atqui legatarius per vindicationem dominus est rei furtiuæ, quia legatum perinde facit rem legatam legatarij, atque hereditas heredis res singulas nunquam factam heredis *l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* Ex quo fit, vt legatarius hîc habeat vindicationem tãquam dominus, vt in hac ipsa lege scriptum est. Quidni ergo etiam condictionem furtiuam, & quia dominus est, & præterea odio furis, quò pluribus actionibus teneatur *§. sic itaque Instit. de action.* Alioquin eueniet quod absurdum videtur, vt fur neutri condictione teneatur nec heredi, quia dominus nõ sit, nec legatario qui dominus est, quòd res ei subrepta non fuerit. DEC. Non alij potest furtiua condictio competere, quàm ei cui res subrepta est, aut heredi eius, sicuti nec contra alium datur, quàm contra furem, aut heredem eius *l. ex causa 5. supr.* Vt intelligamus quàm verum sit, quod diximus in superioribus condictionem furtiuam, vt maximè furum odio comparata sit *d. §. sic itaque*, esse tamen comparatam in fauorem etiam eius cui res subrepta est. Alioqui danda vtique esset legatario contra furem tanquam domino, si ex parte actoris non nisi ius dominij, ex parte verò furis solum ipsius odium versaretur. Atqui verum est, non esse rem furtiuam subtractam legatario, cùm furti tempore neque dominus neque possessor fuerit, licèt hodie dominus sit: ei ergo furtiua condictio dari nullo modo potest, satísque esse ipsi debet, quod habeat quasi dominus directam rei vindicationem. Id enim potest quilibet vindicare quod possit suum dicere & contra *l. in rem 23. & pass. supr. de rei vindic. l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* Ex hoc verò apparet, vt condictio furtiua alicui competat duo hæc necessariò concurrere debere, vt & ei res subrepta sit eo tempore quo erat dominus, & vt dominus manserit in id vsque tempus quo condicere cœperit, aut vt saltem sit heres eius cui cùm adhuc esset dominus, res subrepta fuit. Hoc enim sufficit: at non item vt heres sit eius qui fuit dominus, si non & ipse dominus sit. Non est contrarium quod in *l. si dominium 47. infr. de furt.* Paulus scribit, si dominium rei subreptæ quacunque ratione mutatum sit, nouo domino furti actionem competere, nec minùs legatario quàm heredi, vel bonorum possessori, id enim ad furti actionem non ad furtiuam condictionem pertinet, sicque debet intelligi, vt ex noua furis contrectatione nascatur legatario hæc furti actio non ex vetere. Noua enim contrectatio nouum quodammodo furtum efficit *l. si is qui rem pignori 66. §. 1 eod. tit.* quemadmodum si res subrepta in domini potestatem rediisset, ac rursus ei subrepta esset, haberet idem dominus nouam furti actionem ex noua contrectatione, nec minùs veterẽ ex vetere *l. interdum fur 56. eod.* In proposito autem cùm res furtiua legata est, non potest legatarius habere actionem furti ex vetere contrectatione, quia iuris successor non est, sed haberet eam heres si legata res non esset, atque ita ob mutatum in eius persona dominium duas haberet actiones furti, eiusdem rei nomine contra eandem personam, ex vetere scilicet & ex noua simul contrectatione, quomodo & de adrogatore scriptum est in *l. si cùm quia in hostium 41. §. 1 eod.* Est enim adrogator quasi heres & vniuersi iuris successor *Instit. de acquisit. per adrogat. l. qui ex liberis 11. §. testamento inf. de secund. tabul.* In eóque obseruandum est, plus iuris habere heredem, aliúmve quemlibet vniuersalem successorem quàm defunctus ipse habuerit. Nec enim assidua contrectatio furis nouam aduersus eum parit furti actionem, nisi cùm in eius potestatem res furtiua rediit *d. l. interdum fur & l. ei qui 9 de furt.* Denique vel personam domini mutatam esse oportet, vel interpolatam, & renouatam in eiusdem domini persona possessionem, vt noua furti actio nasci possit ex assidua contrectatione, vt paria sint, rem ad dominum priorem reuerti, aut dominium mutari, vt Accursius & Bartolus hîc notant. Quo exemplo addit Bartolus idem dicendum esse, si iurisdictio mutata sit & locus territorij, vt qui furtum Florentiæ fecit, si Perusij rem furtiuam cõtrectare perseuerer, possit etiam Perusij conueniri, perinde acsi Perusij furtum fecisset: quod non est improbabile. Nam & hæc dominij mutatio quædam est *arg. l. qui furere 20. supr. de stat. homin.* nec quod legatarius rem legatam defuncto subreptam nunquam possederit, impedire potest ne furti actionem habeat, quamuis furtum nihil aliud sit, quàm interuersio possessionis *l. 1. §. vltim. de fur. l. rem quæ nobis 15. in fin. de acquir. poss.* (Vnde est quod rei hereditariæ furtum fieri nequit *l. hereditariæ 68. & seqq. de furt. l. 1. §. Scæuola si is qui testam. lib. esse iuss.*) Sufficit enim per heredem stare quominùs legatarius possit incipere possidere rem legatam, quam possideret proculdubio, si subrepta non fuisset. Nam nec alia ratio est, propter quam heredi eius qui furtum passus est, actio furti ex noua contrectatione dari debeat, *l. si abducta 10. C. de furt.* aut fructuario in spe-

cie l.

cie *l. si homo 35. infr. de vsucap.* Et ita benè noster Accursius, quamuis Bartolus more suo longiore distinctione rem hanc totam inuoluat, magis quàm explicet, illud solùm benè notans, sufficere rem, quæ subrepta est, possessam ab alio fuisse tuo nomine, vt tibi actio furti adquiratur. Sic enim acquiritur proprietario & heredi, si res cuius vsusfructus alicui legatus est, subrepta sit legatario iam vtenti & fruenti *dict. leg. si homo in fin.* itémque creditori si res subrepta sit debitori ante traditam creditori possessionem, aut si debitor ipse eam rem pignoratam vendiderit *l. in actione 19. §. vltim. dict. leg. si is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt.* Illud vnum explicandum superest. Cur non sicut actio furti, ita & condictio furtiua sit ambulatoria, quomodo Accursius loquitur, vt in legatarium transire possit, saltem ex noua furis contrectatione? Idem Accursius duplicem rationem adfert, vnam, quòd furtiua condictio sit odiosa, tanquam contra naturam condictionum omnium & contra ius inducta *l. vltim. supr. vsufr. quemadm. caueat.* & consequenter restringenda ad præsentia non autem amplianda neque extendenda ad futura *arg. l. cùm quidam 19. de liber. & posthum. l. hoc modo 64. in fin. de condic. & demonstr.* alteram quòd alia actione possit legatarius sibi consulere id est, vindicatione, vt in hac ipsa lege scriptum est. Mihi neutra satis videtur accommodata, sed illa longè probabilior, quòd condictio furtiua nascatur ex delicto, ac furto, & quidem quod factum sit domino: ac proinde dominum esse necesse est, cum qui agit condictione furtiua eo ipso tempore quo furtum factum est, vt qualitas iuncta verbo intelligatur secundum tempus verbi *l. 4. §. si extraneus supr. de noxal. action.* Actio autem furti licèt æquè ex furto nascatur, non tamen ex eo furto quod domino factum fuisse necesse sit, sed ei cuius tantummodò intersit ex honesta causa *l. cuius interfuit 10. infr. de furt.* Negari porrò non potest, quin etiam intersit legatarij, quamuis ex post facto, quia cùm interfuerit defuncti, nec iam intersit heredis propter legatum extraneo relictum necesse est, tametsi id quod defuncti ex ea causa interfuit, transire non possit in legatarium tanquam singularem non successorem, non alterius tamen hodie interesse, quàm legatarij, & idcirco nouam actionem furti ex noua contrectatione ei acquiri, licèt veterem quam defunctus ex vetere contrectatione habuit, habere non possit, & ita omnino sentiendum est: malè itaque Accursius hanc furti actionem quæ legatario competit, ambulatoriam vocat, cùm non vetus illa sit, quæ defuncto competierat, sed noua quæ nunc primùm legatario datur ex noua, vt diximus, contrectatione.

12. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

ET ideò eleganter Marcellus definit libro 7. ait enim. Si res mihi subrepta, tua remaneat: condices. Sed & si dominium [a] non facto tuo amiseris, æquè condices. In communi igitur re [b], eleganter ait interesse, vtrum tu prouocasti communi diuidundo iudicio, an prouocatus es? vt si tu prouocasti communi diuidundo iudicio [c], amiseris condictionem: si prouocatus es, retineas.

Ad l. Et ideò 12.

RAT. DVB. Ad inducendam condictionem furtiuam duo coniunctim requiruntur, vt proximè diximus, nimirum vt & ei qui condicit res subrepta sit, & vt idem ille sit dominus rei subreptæ furti tempore. Ergo si res tua quam mihi commodaueras mihi subrepta sit, quamuis ea tua remaneat, dicendum tamen est non posse te condicere, quia non tibi sed mihi subrepta est. DEC. Furtum quod fit commodatario, fit etiam commodanti, qui per commodatarium retinet & dominium & possessionem rei commodatæ *l. rei commodata 8. & seq. infr. commod.* nec enim commodatarius possidet, cùm non habeat rem animo domini, nec eam teneat nisi nomine commodantis *l. si quis rem 20. infr. de acquir. poss. l. si is qui rem 59. infr. de furt. l. rem mihi commodasti 21. infr. commod.* Ergo si mihi subrepta sit res tua, quam ego commodati nomine tenebam, non mihi condictio furtiua competet, sed tibi, sed hoc ita si modò res tua remaneat: nam si eam vendideris vt in *d. l. si quis rem* aut aliter facto tuo eius dominium amiseris, non magis tibi quàm mihi competere poterit condictio, quæ nunquam datur nisi domino, vt suprà diximus.

a *Sed etsi dominium.* RAT. DVB. Condictio furtiua non datur nisi domino, vt modò scripsimus ex *l. 1. supr. hoc tit.* Ergo si quis dominium rei suæ & sibi subreptæ quoquomodo amiserit, saluam condictionem habere non potest, neque distinctioni locus relinquitur, an facto suo an alieno dominium amiserit. DEC. Nihil imputari potest ei qui ex necessitate rei suæ dominium amisit, quia nec alienatio necessaria ferè alienationis nomine continetur *l. alienationes 13. supr. famil. ercisc. l. Diuus Pius 5. supr. de hered. petit. l. peto 69. §. prædium de legat. 2. l. filiusfamilias 114. §. Diui 2. in fin. de legat. 1. l. cùm postulassem 44. §. 1. infr. de damn. infect.* Ergo nec aliter dominus condictionem furtiuam sibi competentem amittere potest, quàm si dominium rei suæ facto suo amiserit non si facto alieno. Exemplum statim subiicitur.

b *In communi igitur re.* RAT. DVB. Dominium sine possessione non transfertur *l. traditionibus 20. C. de pact.* Atqui rei communis subtractæ possessionem neuter ex sociis habet. Ergo nec per diuisionem transferre dominium alter ex sociis in alterum potest: Quòd si ponas rei subtractæ possessionem ad socios vel ad vnum ex ipsis rediisse, alia ratio erit, per quam condictio impedietur, quia scilicet possessio rei furtiuæ ad dominum rediit *l. fur manifestus 10. in princip. supr.* Nullo igitur casu potest verum esse, quod hîc dicitur facta rei communis diuisione saluam esse ei, qui prouocatus fuit condictionem. DEC. In iudiciis familiæ erciscundæ communi diuidundo, & finium regundorum speciale ac singulare ius est, ex lege 12. tabul. vt per solam adiudicationem sine vlla traditione dominium trãsferatur in eum cui res adiudicata est, aut in totum, aut pro parte *§. vltim. Instit. de offic. iudic. l. item Labeo 22. §. 1. & seq. & pass. supr. famil. ercisc.* Est enim adiudicatio vnus est antiquis sex modis trãsferendi iure Quiritium dominij, vt Vlpianus disertè scribit in Fragment. *Tit. 19. de acquisit. rer.* Non ergo necesse est, vt rei furtiuæ possessio ad condiuisores redeat, aut ad vnum ex ipsis, vt per diuisionem inter eos factam dominium transferri possit: loquimur autem de iudicio communi diuidundo,

non de actione pro socio, ac proinde de ea re quæ sit communis citra societatem. Nam cùm societas interuenit, si modò bonorum omnium ficta traditio interuenire intelligitur, ad inducendam inter socios communicationem omnium bonorum *l. 1. & 2. infr. pro socio.* Et similiter in resoluenda societate nulla retrotraditione opus est, cùm ficta quoque interuenisse censeatur, vt eiusdem naturæ sit resolutio contractus, cuius & contractus ipse quomodo ratiocinatur Bartolus ex *l. de tutela 7. C. de in integr. restit. minor.* Quamquam in eo errat Bartolus, quòd neque specialem societatem certarum rerum distinguit ab vniuersali societate, in qua sola creditur traditio tacita interuenisse, neq. videt in hac lege tractari de iudicio communi diuidundo, non de actione pro socio, quæ rationem iuris habet omnino separatam. Nam sicut in iudicio communi diuidundo nulla traditio tacita aut ficta requiritur, sufficiente adiudicatione, ita in iudicio pro socio necessaria est fictio traditionis, cùm in eo nulla fiat adiudicatio. Item in eo quod putat in societate etiam vniuersorum bonorum dissoluenda posse rei subreptæ dominium transferri sine traditione, quod neque in ea contrahenda transferri posset. Requiritur enim saltem tacita & ficta traditio *d. l. 2. Pro socio* quæ tamen nulla interuenisse fingi potest, earum rerum nomine, quæ à neutro ex sociis possidentur, in quo numero sunt res subreptæ. Nam & iuris fictiones veritati respondere debent *l. confessionibus 13. & l. seq. §. 1. supr. de interrog. in iur. faciend.* ne alioqui plus possit fictio in casu ficto quam veritas in casu vero. Nemo enim tradere potest rem quam non possideat, cùm traditio nihil aliud sit, quàm datio possessionis *l. 3. in princip. infr. de action. empt.*

c *Eleganter ait interesse in communi diuidundo iudicio.* RAT. DVB. Nemo inuitus cogitur manere in communione *leg. vltim. Cod. commun. diuidun.* Sicut nec quisquam in communionem incidere compelle[n]dus est *leg. si non sortem 26. §. si centum supr. de condict. indeb.* Nimirum propter discordias, quas materia communionis excitare solet, inquit Papinian. in *leg. cùm pater 77. §. dulcissimis de legat. 2. leg. in re communi 26. supr. Vrban. præd.* Ergo parum interest, quis ex sociis ad diuisionem prouocatus sit, aut prouocauerit, cùm omni casu & in vtriusque persona videatur alienatio esse necessaria. Vnde est, quod Bartolus defendit, nec malè ex diuisione facta inter coheredes nulla domino directo laudimia deberi, nec magis à prouocante quàm à prouocato, cùm non aliter possit coheres, aut alius condiuisor sibi prouidere aduersus incommoda communionis inuito socio quàm prouocando eum ad diuisionem. DEC. Cùm de furtiua condictione quæritur, potest imputari ei, qui ad diuisionem prouocarit, cur non egerit condictione furtiua ante prouocationem. Poterat enim, si voluisset. Ergo si priùs ad diuisionem prouocet, quàm condicat, videtur facto suo rei communis dominium, quod in vnaquaque parte rei habebat, vltro amisisse, ideóque & condictionem, quam eius dominij ratione exercere potuisset: quod non similiter imputare possis ei qui ad diuisionem prouocatus fuit. Elegans igitur est in hac quæstione distinctio Marcelli, vt si prouocasti in communi diuidundo iudicio ad diuisionem, condictionem amiseris, si verò prouocatus es eam retineas. Quam distinctionem benè Accursius sic explicat, vt si mihi adiudicata sit res communis te prouocante condictionem amiseris, quam pro tua parte habebas, & ego condicam non tantùm pro parte quæ mea remansit, sed etiam pro ea quæ ex adiudicatione ad me peruenit, si verò tibi prouocanti adiudicata sit, condictio mihi remaneat meæ partis, tibi etiam tuæ partis similiter. Ex quo notat Accursius sufficere hoc vltimo casu aliquando interfuisse mea in condictione, licèt hodie non intersit, quod in actione furti expeditum est *l. inter omnes 46. in princip. infr. de furt.* Sed extra hunc casum vix est, vt condictio cuiquam competat, cuius non intersit tempore ipso propositæ actionis: cùm & dominum esse illum necesse sit, fieri autem nequeat, vt eius qui dominus est, non intersit *l. si vendidero 80. §. 1. & l. si dominium 47. infr. de furt.*

1 ¶ Neratius libris Membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data est, incerti condictione acturum, si ea subrepta sit.

Ad §. 1. Neratius.

RAT. DVB. Non potest furtum fieri rei incertæ sed certæ duntaxat, quia nec incerta res, sed certa tantùm possideri potest *l. 3. §. incertam l. locus 26. infr. de acquir. poss.* Ergo nulla condictio furtiua incerti esse potest, sed certi solummodo, cùm & ex causa furtiua condictio certi detur *l. certi 9. §. 1. supr. de reb. credit.* nam cùm dicatur condictio certi vel incerti ex eo quod ad rem certam detur aut ad incertam, condictio autem furtiua meram rei persecutionem contineat *l. si pro fure 7. § vltim. supr.* id est corporis ipsius subtracti *l. in re furtiua 8. eod* quod tamen incertum esse numquam potest, vt diximus. quî tandem fieri queat, vt condictio furtiua sit aliqua incerti? DEC. Condictio furtiua duplex est, vna quæ datur in rem ipsam furto subtractam, & hæc semper condictio certi est, nec datur nisi domino, de qua intelligi debet quod scriptum est in *l. 1. supr. & in l. vlt. vsufr. quem cau.* Alia verò quæ datur non ad rem ipsam subtractam, sed ad id quod interest eius cui subtracta fuit, qualis ea est, quæ datur creditori pignoratitio, & aliis huiusmodi, quorum ex iusta & honesta causa interest, & hæc cùm non detur ad rem ipsam, sed ad id tantùm quod agentis interest, non inquirit, an is qui agit, sit dominus, quod esset superfluum, sed an eius intersit. Prior semper est condictio certi, quoniam, vt diximus, res quæ condicitur, semper certa est: Posterior verò semper condictio incerti, quia id quod interest, semper incertam quantitatem continet *l. vltim. infr. de stipulat. prætor. l. si pignore 22 infr. de pignora. act.* Et in hoc grauissimus error est veterum omnium interpretum, qui post Accursium & Bartolum negant condictionem hanc incerti speciem esse condictionis furtiuæ, nouámque actionis speciem constituere quæ dicatur condictio incerti, quomodo & in tractatu de condictione indebiti, solent negare condictionem vllam indebiti esse incerti: Quod nos in præcedentibus non vno loco refutauimus, præsertim ad *l. 1. in fin. supr.* ex Iacobo Cuiacio in Paratitlis ad hunc titulum. Similis ferè distinctio est in actione furti, vt alia deferatur iure dominij, alia verò iure eius quod interest *leg. si vendidero 80. §. 1. infr. de furt.* nisi quod furti actio nunquam condictio est. d.

est *d. l. si pro fure* 7. §. 1. *supr. l. si quis pignore* 54. §. *cùm furti infr. de furt.* Quid ergo si quis non dominium rei subtractæ habeat, sed tantùm possessionem? Condictionem furtiuam habere non poterit, cùm non sit dominus, sed habebit triticariam *leg.* 2. *infr. de condict. tritic.* Cur non verò vtilem furtiuam? Nempe quia talis condictio nulla prodita est, neque constituenda, vt de actione ad exhibendum Paulus loquitur in *leg. cùm seruus* 16. *supr. ad exhib.* item quia condictio possessionis non datur ad id quod interest, sed ad possessionẽ ipsam. Quid deniq. si nec dominiũ habeat is cui res subrepta est, nec possessionẽ, nec ius vllũ in re puta depositarius cõmodatarius & aliæ huiusmodi personæ, quæ non tam possident, quàm sunt in possessione? *leg. si quis ante* 10. *de acquir. poss leg.* 3. §. *sed si is qui* 20. *eod. tit. leg. certè* 6. §. *is qui rogauit infr. de precar.* Putant nostri hos omnes omni actione destitui iure communi, sed eis succurrendum esse per actionem in factum vel officio iudicis ad possessionem, vel condictione ex *leg si coloni* 14. *Cod. de agricol. & censit. lib.* 11. *Tit.* 47. Mihi contra videtur: cùm enim etiam depositario & commodatario & colono furtum fiat, de(?)ique iis actio furti ad id quod interest §. *furti autem actio & seqq. Tit. de oblig. quæ ex delict. nascunt. leg. vltim. Cod. de furt.* adeóque contra ipsum etiam dominum si eorum interesit vt in *leg. si is qui rem commodasset* 59. *infr. de furt.* quid ni etiam condictio furtiua incerti iis accommodabitur, perinde ac pignoratitio creditori? Etsi enim pignoratitius creditor plus iuris habere in eo videtur, quòd obligatam rem habet, eámque possidere intelligitur ex omnibus causis, nisi quod ad vsucapionem pertinet *leg. serui nomine* 16. *infr. de vsucap.* non tamen possessionis, aut iuris vllius realis tam habenda ratio est hoc casu, quàm eius quod interest actoris, si modò ita eius intersit, vt furti quoque actionem contra furem habere possit: in hoc autem nil distat pignoratitius creditor à commodatario, depositario, & cæteris. Illud certè non probo quod Bartolus notat, in furtiua condictione certi actorem concludere ad rem sibi dandam, licèt ipse sit dominus ex §. *sic itaque Instit. de action.* in condictione autem incerti ad rem restituendam, vt pro rei restitutione quæ facti est, id quod interest præstetur, vt in omnibus faciendi & restituendi obligationibus *leg. si quis ab alio* 13. *in fin. infr. de re iudic. leg. quoties quis alium* 81. *leg. stipulationes non diuiduntur* 72. *leg. cum stipulatus* 113. §. *vltim. de verb. obligat.* Nam & in condictione furtiua incerti, cùm non minùs condictio sit, quàm condictio certi, fatendum est intendere debere actorem sibi dari non restitui oportere, scilicet id quod interest, pecuniámque eo nomine debitam non rem ipsam. Nec minùs malè idem Bartolus putat etiã in certi condictione furtiua agi posse ad rem restituendam, quod nos improbauimus ad *l.* 3. *& ad l. in re furtiua* 8. *supr.* Quisquis enim condicit, necesse est, vt intendat aduersarium dare sibi oportere *d.* §. *sic itaque.* Iunge quæ diximus ad *l. sed etsi me putem* 22. §. 1. *supr. de condict. indeb.*

13. PAVLVS libro 39. ad Edictum.

EX argento subrepto pocula facta condici posse, Fulcinius ait, ergo in condictione poculorum, etiam celaturæ æstimatio fiet [a], quæ impensa furis facta est, quemadmodum si infans subreptus adoleuerit, æstimatio fit adulescentis, quamuis cura & sumptibus furis creuerit.

Ad l. Ex argento 13.

RAT. DVB. In re furtiua condictio fit ipsius corporis quod subtractum est *leg. in re furtiua* 8. *supr.* Atqui subtracto argento non ideo magis verum est pocula ex eo argento facta subtracta esse: aliud enim est argentum, aliud verò poculum ex argento factum, sicut & argentum infectum differt toto genere ab argento facto, cúmque forma illa sit, quæ dat esse rei, & ex qua res denominatur *leg. Iulianus* 9. §. *si quis rem supr. ad exhib. leg. proponebatur* 76. *de iudic.* Consequens est, vt alia res sit poculum ex argento subrepto factum, quàm argentum ipsum quod subreptum est. Ergo is cui argentum subreptum est, non idcirco pocula ex argento facta potest condicere. DEC. Eadem omnino materia est argenti subtracti, & poculorum ex eo argento factorum, nec differunt ista inter se nisi forma. Ergo quemadmodum argenti subtracti condictio ei competit, cui argentum furto subtractum est, ita & poculorum ex eo argento factorum, nec tantùm hoc secundum sententiam Sabinianorum, qui in quæstione illa de dominio speciei ex aliena materia confectæ dominum materiæ præferebant ei qui nouam speciem fecisset, sed etiamsi Proculianorum qui contrà præferebant formam materiæ, siue denique Ercifcundorum, qui distinguebant, an talis esset materia quæ redigi in sua initia posset, an quæ non posset *l. adeò* 7. §. *cùm quis infr. de acquir. rer. domin.* §. *cùm ex aliena Instit. de rer. diuis. l. quæsitum* 78. §. *illud delegas.* 3. Pertinet enim tota illa distinctio ad eum qui ex aliena materia speciem nouam facit & suo nomine & bona fide, in quo numero fur non est, cui non debet permitti, vt rem quam alienam esse sciuit & subripuit, suam faciat, nouam ei formam adiiciendo, nec alioqui esset in eius potestate ius domini lædere, & alienæ rei dominium sibi per furtum acquirere, séque hoc veluti remedio, si non ab ipsa furti actione saltem à condictione furtiua liberare, quod certè & ridiculum esset & iniquum *l. si quis vxori* 52. §. *si quis massam infr. de furt.*

a *Etiam celaturæ æstimatio fiet.* RAT. DVB. Id tantùm condici potest furi, quod ab eo subreptum est *leg. sed nec legatarius* 11. vbi diximus *supr.* Atqui celatura poculorum subrepta non est, cùm furti tempore argentum infectum esset, eámque celaturam sumptibus furis factã esse ponamus. Ergo in condictione furtiua poculorum, quamuis ex argento subrepto factorum æstimatio celaturæ fieri non debet, adeóque nec celatura ipsa venire in condictionem furtiuam. DEC. In condictione furtiua fit condictio ipsorum corporum quandiu extant *leg. in re furtiua* 8. *supr.* Atqui celatura poculorum quamuis sumptibus furis facta non facit, quo minùs idem sit corpus argenti, quod subtractum fuit, idémque dominium subtractæ materiæ secundum ea, quæ proximè diximus. Ergo etiam celatura & celaturæ æstimatio venire debet in condictionem: nec in eo vlla fit furi iniuria, qui imputare sibi debet, cur in rem furtiuam quam alienam esse sciebat, sumptum

fecerit: quem proinde videtur donasse, quomodo hîc notat Accursius, & probatur ex *leg. si seruus seruum 27. § si oliuam 24. supr. ad leg. Aquil. iunct. leg. qui alienum 14. infr. de donat.* Cúmque fur in re furtiua moram semper facere intelligatur, quandiu eam non restituit *leg. in re furtiua 8. §. vltim. supr. leg. vltim. infr.* credendus est fur eo quoque tempore furtum fecisse, quo celaturam poculorum suis sumptibus fecit. Quemadmodum si infans subreptus sit, qui deinde apud furem cura & sumptibus ipsius furis adoleuerit, non tam infantis, quàm adolescentis furtum factum esse intelligitur *leg. inficiando 67. §. infans infr. de furt.* vbi eleganter Celsus addit, nihil esse tam ridiculum, quàm existimare meliorem furis condicionem propter continuationem furti esse debere: esset autem melior, si impensa quàm in rē furtiuam fecisset, ei restituenda esset, aut si rei furtiuæ æstimationem quæ ex postfacto creuisset, æquè domino restituere non teneretur *l. pen. infr. rer. amot.* vbi dicitur idem iuris esse hac parte in actione quoque rerum amotarum quod in condictione furtiua. Denique generale est, vt fur impensas quas in rem furtiuam fecit, quamuis vtiles adeóque necessarias nunquam repetat *l. 1. Cod. de infant. exposit.* quod an æquè generaliter in quolibet malæ fidei possessore obtineat, alia quæstio est, quā nos tractauimus *lib. 2. coniect. cap. 1.* Sed melius & latiùs in *secunda parte Chiliadis nostræ de errorib. pragmattic.*

14. IVLIANVS libro 22. Digestorum.

SI seruus furtiuus sub condicione legatus fuerit: pendente ea, heres condictionem habebit. & si, lite contestata, condicio exstiterit [a], absolutio sequi debebit, perinde ac si idem seruus sub condicione liber esse iussus fuisset, & lite contestata, condicio extitisset. nam nec petitoris iam interest hominem recipere: & hæc, si res sine dolo malo furis eius esse desiit. Quòd si pendente condicione iudicaretur [b], iudex æstimare debebit, quanti emptorem inuenerit.

Ad l. Si seruus 14.

RAT. DVB. Pendente condicione rei per vindicationem legatæ, pendet quoque illius rei dominium, nam si legati condicio extiterit, vtique dominium ab initio & ex die mortis testatoris legatarij fuisse videbitur, si verò defecerit, nunquam legatario erit acquisitum. Atque ita hic casus vnus est ex iis, in quibus ab initio res dubia est & ex postfacto retroducitur, vt Marcianus loquitur in *leg. quadam sunt 15. infr. de reb. dub.* Vnde est quod legatum sub condicione relictum repudiari interim non potest, non solùm quia necdum delatum esse intelligitur *leg. si ita sit scriptum 45. §. si sub condicione de legat. 2.* Delatio autem semper debet præcedere sicut acquisitionem, ita & repudiationem *leg. delata 151. de verbor. signific.* Sed etiam quia quisquis repudiat siue hereditatem siue legatum, certus esse debet de iure suo *leg. in repudianda 23. infr. de acquiren. vel omitt. hered.* Certus autem esse non potest legatarius pendente condicione, cùm ignoret vtrum ea extitura sit *leg. is qui heres 13. leg. qui hereditatem 17. eod. titul.* Ergo & pendente condicione legati si res legata interim furto subtracta sit, condictionem quoque rei furtiuæ pendêre dicendum est, cùm causam dominij adnexam habeat, nec alij detur quàm domino *leg. 1. supr.* DEC. Dominium rei per vindicationem legatæ sub condicione interim pleno iure est heredis *leg. & post litem 12. § res quæ supr. famil. erciſc. leg. generaliter 29. § 1. infr. qui & à quib. manum. liber. non fiant. leg. is cui 11. §. supr. quemadmod. seruit. amitt.* neque ideo dici potest, aut non esse heredis, aut esse in pendenti, quòd aliquo casu dominium ab eo possit discedere, scilicet eueniente quandocunque legati condicione *leg. non ideo 66. supr. de rei vendic.* Præsens enim rei status inspiciendus est, cùm sit certus, licèt ex postfacto variari possit, cùm ipsa quoque variatio sit incerta, tamque facilè accidere possit, vt condicio legati non existat, quàm vt extstat, alioqui non esset verè condicio, si non haberet se indifferenter ad esse, & non esse, quod contingeret, si omnimodo extitura esset *leg. quòd si sub condicione 17. supr. de condic. indeb. leg. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat. leg. cùm ad præsens 37. & seqq. supr. de reb. credit.* Ideóque nec ponitur exemplum hoc inter cætera de quibus in *dict. leg. quadam sunt.* nec enim hoc casu res ab initio dubia est, sed certa, nimirum si res per vindicationem aut præceptionem legata est, non etiam si per damnationem, aut per sinendi modum, vt diximus ad *leg. sed nec legatarius 11. supr.* atqui condictio furtiua datur domino *leg. 1. supr. leg. vltim. v. supr. quem. caueat.* Ergo in proposita specie danda est heredi, tanto magis quod nec legatario dari vllo casu potest, id est quamuis legati condicio extiterit, quia res ei subrepta non est, sed heredi *dict. leg. sed nec legatarius.* Planè in actione furti aliud est, nec enim extinguitur amissione aut mutatione dominij *l. inter omnes 46. infr. de furt.* vbi ratio redditur, quia competit furti actio, non ideò quia nunc abest, sed quia vnquam beneficio furis abfuerit: at condictio furtiua non alia de causa competit, quàm quia res furtiua nunc abest domino.

a *Et si lite contestata condicio extiterit.* RAT. DVB. Cùm existit condicio legati quod per vindicationem sub condicione relictum fuerat, dominium quidem rei legatæ transit in legatarium, ac proinde in necessarium antecedens discedit ab herede, sed tamen inuito, adeóque quasi nunquam fuerit heredis perinde acsi legatum ab initio purum fuisset *l. legatum 80. de legat. 2.* Tam enim in legatis quàm in stipulationibus ita ius est, vt dispositio condicionalis quælibet perinde habeatur post condicionis euentum, acsi ab initio pura fuisset *l. qui potior 11. §. 1. iunct. l. qui balneum 9. §. sed et si heres inf. qui potior. in pignor. hab.* Atqui dominus cui res subrepta est, & cui proinde condictio furtiua semel cœpit cōpetere, non aliter amittit condictionem, quàm si dominiū facto suo amittat *l. siue manifestus 10. §. tandiu & §. vltim. iunct. l. seq. sup.* Ergo etiamsi lite contestata condicio legati extiterit, non ideò tamen sequi debet absolutio, vt à condictione

dictione furtiua, quam contra furem heres quasi dominus exercebat, fur liberetur, præsertim cùm in iudiciis & per litis contestationem quasi contrahatur *l. 3. §. idem scribit infr. de pecul. l. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *infr. de nouat.* ideóque in cæteris ferè omnibus maximè spectari soleat tempus litis contestatæ *l. vinum* 22. *suprà de rebus creditis l. vltim. infrà de condict. tritic. l. 2. de vsur. l. si post acceptum* 18. *suprà de rei vindic.*

Dec. Factum testatoris legantis rem aliquam siue suam siue heredis sui factum est heredis, non ob id solùm quòd heredis & defuncti vna eadémque persona esse existimetur *Nouell.* 48. *de iureiur. à morient. præstit. in princip.* Sed etiam, quia heres adeundo hereditatem defuncti intelligitur quasi contrahere cum legatariis, non minus quàm cum hereditariis creditoribus *l. 3. §. vltim. & l. seq. infr. quib. ex caus. in possess. eat. l. 5. §. heres quoque infrà de obligat. & action.* nec aliam ob causam tenetur heres, etiam inuitus legata soluere, quàm quia hereditatem adeundo semel voluit, quod sufficit *l. in diem* 9. §. 1. *de aqua & aqua pluu. arcend.* cùm sciuerit aut scire debuerit non alia lege adiri hereditatem à se potuisse *l. si duo* 38. *de acquir. hered.* Aditio namque hereditatis licèt non faciat legatum quod ex defuncti voluntate ac liberalitate proficiscitur *l. legatum est* 36. *de legat.* 2. Est tamen condicio sine qua valere legatum non possit, cùm non adita hereditate sicuti testamentum ipsum destituitur, ita & legata cæteráque omnia corruant, quæ testamento data erant *l. si nemo* 9. *infrà de testament. tutel. l. si nemo* 181. *de regulis iuris l. ea quam* 14. *Cod. de fideicom.* Perinde igitur condictionem amittere debet heres, cùm legati condictio post litem contestatam extitit, atque si rem legatam sponte alienasset. Nam & alienationis verbo etiam illa continetur alienatio quæ per legem fit non minus quàm quæ per hominem *l. alienationis* 28. *de verborum signific. l. si fundum* 16. *de fund. dotal.* quia semper aliquod hominis factum intercedit, cui legis potestas & authoritas innititur, nihil autem interest, an legati condicio existat ante an post litis contestationem: nam quæ iuris ratio impedire potest contestationem litis, eadem si post litem contestatam superueniat, impedit ne ad condemnationem perueniri possit, cùm litis contestatio magis facti sit quàm iuris, condemnatio autem iuris quàm facti. Vnde est quod in condemnando semper eum statum inspicimus, qui est tempore rei iudicandæ, non qui fuit tempore litis contestatæ *l. item videndum* 18. §. *penultim. suprà de hered. petit. l. quæsitum* 30. *in princip. infrà de pecul. l. eleganter* 23. §. *si quis post transactionem*, vbi diximus *suprà de condict. indeb.* Nisi cùm agitur de ineunda rei debitę æstimatione extra condictionem triticariam *leg. penult. & vltim. infrà de condict. tritic. leg. vinum* 22. *suprà de rebus credit.* ob rationem positam in *leg.* 2. *infrà de vsur. l. si Calendis* 11. *infrà de re iudic.* Consequens igitur est quod Bartolus hîc benè notat, si lite pendente, id est, post litem contestatam actoris ius pereat, sequi omnino debere absolutionem, vt in huius legis specie Iulianus disertè scribit, seruo furtiuo legato sub ea condicione, quæ post litem contestatam extiterit, perinde, inquit, acsi idem seruus sub condicione liber esse iussus fuisset, & post litem contestatam condicio extitisset. Vtriusque verò sententiæ rationem subiicit *nam nec petitoriam interest hominem recipere*, quia sicuti nemo auditur agere aut excipere volens, nisi cuius intersit *l. 3. §. 1. infrà de verborum obligationibus*, *l. ille à quo* 13. §. *si de testamento ad Senatusconsultum Trebellianum l. 2. §. circa infrà de doli mali except.* cùm & obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verborum obligationibus l. nihil aliud* 51. *de obligation. & action.* Ita nec audiendus quisquam est ad inchoatam litem prosequendam si eius interesse desierit, dummodo id acciderit sine dolo vllo possessoris. Hoc enim est quod addit Iulianus *& res sine dolo malo furis eius esse desierit*, nam non debet dolus possessoris ei patrocinari, vt facto suo actoris ius lædere, ac liberationem sibi acquirere possit *l. Gratinus* 71. §. *pen. infr. de fideiuss. l. vltim. supr. de pact. l. si seruum* 91. §. *nunc videamus de verborum obligationibus l. non debet alteri* 71. *de regulis iuris.* Puto autem in proposita huius legis specie sequi absolutionem debere, non tantùm ab instantia & obseruatione iudicij, vt malè putat Bartolus, sed etiam à petitione & actione ipsa. Nulla enim actio superesse potest ei, cuius nihil amplius interest, vt diximus. Et sanè ratio hæc non tam ad instantiam, quàm ad actionem ipsam tollendam pertinet.

b *Quòd si pendente condicione iudicaretur.* Rat. dvb. Id quod pendet non pro eo habetur acsi iam sit *leg. is damnum dat* 109. §. 1. *de regulis iuris.* Atqui condicio, quæ nondum extitit adhuc, pendet, & quidem ita vt se indifferenter habeat ad esse & non esse, quia necesse est, vt possit existere & non existere, quemadmodum suprà dictum est. Ergo non perinde haberi debet, acsi iam extitisset aut defecisset. Nec igitur danda heredi condictio est, nec pro eo iudicandum, si pendente condicione iudicetur, sed potius contra eum, cùm condicio quæ nondum extitit, similior esse videatur defectæ condicioni quàm impletæ, nisi quod differentia inter vtramque illa est, quod defecta condicio dicitur absolutè non extitisse: quæ verò impleta non est, nondum extitisse *l. hac condicio* 10. *in fine principij infrà de condict. & demonstr.*

Dec. Etiam condicio quæ pendet, alicuius vtilitatis est, quia licèt nondum extiterit, potest tamen existere, & dubius ille euentus quantumlibet incertus, certo tamen precio æstimari potest, velut iactus retis aut aleæ *l. propter spem* 23. *suprà Famil. erciscund. leg. si iactum* 11. *infrà de action. empt. leg. cùm hereditatem* 7. *de heredit. vel action. vendit. leg. mortis causa* 18. §. *vltim. de mort. caus. donat.* Ergo non idcirco absoluendus fur est, quod pendente legati condicione heres contra eum agat condictione furtiua, cùm adhuc in eo sit condicio, vt possit existere: sed non ad aliud fur condemnabitur, quàm ad eam quantitatem quæ ex illius spei venditione redigi potest. Tanti enim res vnaquæque esse intelligitur quanti vendi potest, vt ex hoc maximè textu probari vulgò solet, & ex *l. 1. §. si heres infrà ad Senatusconsultum Trebellianum l. si quis vxori* 52. §. *penult. l. si vendidero* 80. §. 1. *infra de furt.* nempe homini scienti condicionem rei, vt Bartolus hîc notat ex *dict. l. mortis causa* §. *vltim.* & ex communi hominum existimatione non ex priuati hominis adfectione *l. precia rerum* 63. *infrà ad leg. falcid. l. si seruum* 33. *suprà ad leg. Aquil.* nec vno aut altero momento, sed pluribus diuersísque temporibus. Idque non tantùm si de rei mobilis,

sed etiamsi de immobilis venditione tractetur, quāuis in eo differant res mobiles ab immobilibus, quòd immobilium, quæ locum mutare non possunt, precia sunt longè minùs incerta, quàm mobilium, quæ non modò pro temporum, sed etiam pro locorum varietate mutantur *l.3.infr. De eo quod cert. loc.* Item quòd immobilium rerum æstimatio plerunque ex earum reditu ineunda est *l. si fundum per fideicommissum 92. De legat. 1.* Interdum etiam ex adfectione emptoris propter loci opportunitatem, aliásve causas quas Iureconsultus enumerat *in l.1.§. & aliàs videamus infr. Si quid in fraud patron.* Sufficit enim vt tanti habuerit emptor rem emere, cùm nemo ex necessitate emat, sed ex voluntate & electione, quod in venditore plerunque secus est, vt alibi tractauimus *Decad. De error. pragm.* circa interpretationem *l. 2. C. de rescind. vendit.* Non est superioribus contrarium quod scriptum est *in l. 4. §. condemnatio versic. & si sub condicione infr. De tabul. exhib.* Si sub condicione legatum sit, nec exhibeantur tabulæ testamenti, sic æstimandum esse legatum in interdicto De tabulis exhibendis quasi existente condicione, adeò vt nec compelli debeat ad cauendum de restitutione, si postea condicio legati defecerit. Habet enim illud interdictum specialem rationem, quia pœnale est, & pœna hæc contumaciæ meritò præstatur ab eo qui tabulas testamenti non exhibet, vt ibidem Vlpianus disertè scribit. Etsi aliam quoque diuersitatis rationē adfert Bartolus, quòd ibi inquit, non erat ius de præsenti, sed sperabatur adesse, & recedere in condicionis euentum. Hîc verò erat ius iam competens heredi de præsenti, sed quod in condicionis euentum abesse vel recedere sperabatur: quod equidem verè dicitur sed ratio Vlpiani magis mihi probatur. Illud sanè verum est, multum referre, an is agat, cui ius agendi de præsenti non competit, vt in hac lege, an verò is cui ius agendi iam competit, licèt in futurum recedere debeat in euentum condicionis, vt *in d. versicul etsi sub condicione, & in l. in lege Aquilia 40. supr. ad leg. Aquil.* Priore casu non prodest agenti ad obtinendā condemnationem, quòd condicio possit existere, posteriore verò prodest, quòd possit deficere. Magis obstare videtur quod contra Proculum Paulus scribit in *l. in lege Falcidia 45. §. 1. infr. ad leg. Falcid.* in his legatis quæ sub condicione relicta sunt, si quæratur de lege falcidia, non debere videri tantum esse in legato, quanti nomen venire potest, sed cautionibus meliùs rem temperari: sed benè respondet Bartolus multum quoque interesse, an quis recipiat debitum, quod nullo casu restituere debeat soluenti, vt in specie huius legis, quo casu nulla præstandæ cautionis necessitas vel vtilitas subest, vt scriptum est *in versic seq.* an verò de eo debito agatur quod ei ipsi qui soluit, restituendum sit aliquo casu, puta emergente lege Falcidia, vt in *d. §. 1.* quo casu propter incertum restitutionis cautio certè necessaria est: Etsi Proculi sententiam, quam Paulus ibi improbat, Iulianus probasse videtur, itémq; Vlpianus qui Iulianum refert in *d. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebellian.* ratione illa quam ibidem Vlpianus adfert, quòd ea sententia plures quæstiones dirimat, quæ ex cautionum interpositione passim emergunt. Quid enim cautionis præstatio aliud quā nouæ in futurum litis materia est? Placet etiam illa distinctio Bartoli, quoties ex delicto agitur, an delictum culpa tantùm admissum sit, vt in lege Aquilia in qua etiam leuissima culpa sufficit *l. in lege 44. sup. ad leg Aquil.* An verò etiam dolo malo, vt in condictione furtiua? Nec enim furtum fit vnquam sine dolo malo, & semper æquum est durius agi cum eo qui dolum quàm qui culpam admisit. Quanquam in eo minùs cautè loqui videtur Bartolus, quod non animaduertit in lege Aquilia, cùm culpa puniatur, multo magis dolum puniri *l. qui occidit 30. §. in hac quoque actione eod. §. ac ne is quidem Instit. eod.* Nec eo minùs tamen verum esse illo quoque casu differentiam esse inter actionem legis Aquiliæ, & condictionem furtiuam, ob diuersitatis rationem illam, quam suprà attulimus.

1 ¶ Cauere autem ex hac actione petitor ei, cum quo agitur, non debebit.

Ad §. 1. Cauere.

Hunc §. iam explicauimus proximè. Rat. Dub. Propter incertum futuri euentus & pendentis condicionis videtur necessaria cautio, cùm existēte legati condicione futurum sit, vt legatum debeatur legatario, nec vnquam heredis fuisse videatur, *l. legatum 80. De legat. 2. l. & post litem 12. §. res quæ supr. Famil. ercisc.* Dec. Non solet cautioni locus esse, cùm non pluris res æstimatur, quàm quanti nomen vendi potest *l. in lege 45. §. 1. ad leg falcid. l. 1. §. si heres ad SC. Trebell* itémque cùm restitutionis periculum nullū subest, vt in proposito, in quo illud amplius est, quod indignus est fur cui caueatur, non solū quòd imputari ei possit cur non rem restituat, vt Accursius noster dicebat ex *l. & ex diuerso 35. § petitur supr. De rei vind* [quid enim si qua iusta de causa restituere amplius non possit?] sed etiam quia cautiones omnes non nisi ex æquitate præstantur, quæ furi & doloso suffragari nunquam potest *l. pen in fin. infr. ad SC. Trebell. l. quòd si dolo 69. & seq. supr. De rei vind.* Nam & tum quoque cùm rem furtiuam restituere fur non potest, adhuc tamen in ea restituenda moram facere intelligitur *l. si pro fure 7. §. vlt. l. in re furtiua 8. §. vlt. supr.* quia nec eam auferre ab initio debuit *l. vlt. infr. hoc tit.* Quod autem Azo rationis loco adferebat, non agi hoc casu ad rei precium, sed ad quāti res est non possum probare: nam & cùm res tanti æstimatur, quanti nomen eius vendi potest, precium illud rei est, & quidem iustum ac verum, cùm in eo statu nec aliter nec meliùs æstimari res possit. Sed & illa etiam huius §. ratio est, quòd illo etiam casu quo existeret condicio legati, non eo magis tamen furtiua cōdictio legatario competeret, quoniam ei subrepta res non fuit *l. sed nec legatarius 12. supr.* Itaque securus est fur, séque à condictione furtiua in plenum liberat, cùm heredi condicenti rem furtiuam restituit pendente condicione, quam nullo penitus casu alij dare vel restituere iuberi possit, non magis quàm si post existentem quoque legati condicionem dominium rei legatæ ad legatarium minimè pertineret.

2 ¶ Boue

2 ¶ Boue subrepto & occiso, condictio & bouis, & corij, & carnis domino competit, scilicet si & corium, & caro contrectata fuerint: cornua quoque condicentur. Sed si dominus condictione bouis pretium consecutus fuerit [a], & postea aliquid eorum, de quibus suprà dictum est, condicet: omnimodo exceptione summouebitur. Contrà si corium condixerit [b], & pretium eius consecutus, bouem condicet: offerente fure pretium bouis, detracto pretio corij, doli mali exceptione summouebitur.

Ad §. 2. *Boue subrepto.*

RAT. DVB. Non potest vna eadémque res diuerso iure censeri *vulg. l. eum qui ades 23. infr. De vsucap.* Atqui bos constat ex carne, corio & cornibus, tanquam ex partibus suis integralibus, sine quibus ne quidem intellectu percipi potest. Ergo boue subrepto & occiso, etiam caro & corium & cornua condici poterunt ex vetere & prima bouis contrectatione, nec alia nouaque contrectatione opus est, vt pro carne, corio & cornibus furtiuæ condictioni locus fiat. Præsertim cùm furtiua condictio sit vindicationi, si non simillima, saltem proxima, quandoquidem non datur nisi domino *leg. 1. supr. l. vltim. Vsufruct. quem. caueat.* Mortuo autem boue qui meus fuit, nemo dubitet, quin & caro & corium & cætera, quæ ex boue supersunt, vindicare possim tanquam mea, quandoquidem meum est, quicquid ex re mea superest, eiúsque vindicandi ius habeo *leg. solum 49 §. 1. supr. De rei vindic. iunct. leg. Quintus 17 §. argento infr. De aur. & argent. leg.*

DEC. Multùm interest, an bouem mihi subreptum potuerim petere tanquam meum actione in rem, & directa vindicatione, an verò actione in personam quasi mihi debitum. Priore casu mortuo boue non eo minus & carnem & corium & cornua, quæ supersunt, vindicare possum, quia mea sunt, cùm ex re mea supersint. Et verò cuius essent alterius? Etsi enim mors, modus est amittendi dominij eius rei quæ moritur, quia extare desiit, siquidem res quæ non est, dominum habere non potest; non tamen extinguit dominium, earum rerum quæ etiam post mortem ita supersunt vt alicuius vtilitatis esse adhuc possint, cuiusmodi sunt caro, & corium bouis, & quæcunque ex eo mortuo supersunt, quomodo extinguit vsumfructum *leg. penultim. supr. quib. mod. vsusfruct. amitt.* At posteriore casu si debitus tantùm mihi bos fuit viuus, non possum eum mortuum petere, nec partes eius integrales, quæ mortuo eo supersunt, quia quod extincta specie superest, aliud quiddam est, & in nouam speciem transit, quæ non similiter debita dici potest. Illud enim duntaxat debitum dici potest, quod in obligatione est, in obligatione autem bos duntaxat formaliter fuit, non caro aut corium bouis *leg. mortuo boue 49. De legat. 2.* vbi scriptum est, Mortuo boue qui legatus fuerat, neque carnem, neque corium deberi legatario. Quo verbo *deberi* Paulus significat tractare se de eo boue qui petatur tanquam debitus, & per actionem personalem ex testamento, quamuis per vindicationem legatus proponatur. Etsi enim rei legatæ per vindicationem dominium transit recta via in legatarium *leg. à Titio sexagesim. quart. infrà De furt.* quasi nunquam factum heredis *leg. legatum octuagesim. de legat. 2.* multùm tamen interest, an per actionem in rem & per vindicationem petatur, an verò per actionem personalem ex testamento quæ non minùs pro legatis per vindicationem competit, quàm pro legatis per damnationem *leg. cum filius septuagesim. sext. §. variis De legat. 2. leg. prim. Codic. commun. de legat.* Similiter igitur & in proposita specie, quamuis bos furtiuus, quem ponimus, quandiu vixit, condici furi potuisse, sed antequàm condiceretur, mortuum esse vindicari potuerit iure dominij per eum cui subreptus fuerat, & eo mortuo quicquid ex eo superest, etiamnum vindicari possit, condici tamen post mortem ampliùs non potest, neque quod ex eo superest, quia dominus, qui condictionem furtiuam exercet licèt sit dominus, non tamen condicit tanquam dominus, sed tanquam is cui ex causa furti debetur *l. sed si damnum aliàs leg. peculium paragraph. siue autem infr. De pecul.* nec rem suam persequitur quasi suam, quod vindicationis proprium est, sed quasi sibi debitam, ideóque intendit aduersarium non tam restituere quàm dare sibi oportere, vt toties in hoc tractatu scripsimus ex *§. sic itaque Institut. de action.* atqui nihil fur debet, nisi ex causa furti, nec rursus alterius rei furtum fecisse videri potest, quàm eius quæ ab eo contrectata est. Furtum enim non fit sine contrectatione. Ergo cùm bouem viuum contrectauerit, quatenus bos fuit, non carnem aut corium, consequens est, vt boue mortuo non possit condictione furtiua teneri carnis & corij nomine, nisi & corium & carnem mortui iam bouis contrectauerit, vt Iulianus subtiliter hîc scribit. Nam & cùm duo sunt eiusdem rei domini in solidum, non tamen quisquam eorum partis corporis dominus est, sed totius corporis pro indiuiso dominium pro parte habet *l. 5. §. vltim. infr. Commod.* nempe cùm de partibus integralibus agitur, non de quota iuris *l. si stipulatus 9. §. 1. De solut.* Iunge *l. in commodato 17. §. duabus infr. Commod.* vbi dicitur eum qui totum aliquod commodauit, non rectè acturum commodati de singulis partibus totum illud integrantibus: nec pugnat quod dici solet, ex assiduitate contrectationis nouum furtum fieri non posse *l. ei qui 9. infr. De furt.* Id enim pertinet ad eum casum quo eadem species assiduè contrectata fit, non quo alia res & noua facta, licèt ex prima: quod hîc contingit. Noua siquidem res facit nouam contrectationem & assiduam interrumpit, sicut & diuersitas personarum id faceret. Ac præterea dissolutio totius in partes suas integrales, non potest non tollere speciem ipsam integralem, tótque nouas species constituere

quot anteà fuerant partes integrales iunctæ, nunc disiunctæ & separatæ. De illo non dubitatur quin bos etiam mortuus condici possit, perinde acsi adhuc viueret *dict. leg. si pro fure. §. vltim. & d. l. in re furtiua in princip. supr.* idque est quod subiicitur in sequenti versiculo,

a *Sed si dominus condictione bouis precium consecutus fuerit.* RAT. DVB. Aliud est bos, aliud verò caro aut corium bouis, vt proximè diximus, ac proinde aliud precium bouis, aliud verò precium carnis, aut corij. Vnde est quod caro aut corium mortui pecoris negatur esse in fructu, quia mortuo pecore vsusfructus extinguitur *l. pen. supr. quib. mod. vsufr. amitt.* Ergo etiamsi dominus agens condictione furtiua precium bouis consecutus sit, & posteà vel carnem vel corium condicat, non eo magis exceptione summouendus est. Nam neque exceptio rei iudicatæ locum habet, quoties alia res in iudicium deducitur, quàm quæ priùs deducta fuit *l. cùm quæritur 12. & seqq. infr. De exception. rei iudic.* sicut neque cùm alia persona est, quæ nunc agit *tot. titul. Codic. Int. alios action. vel iudic. aliis non nocer.* DEC. Improbus est, & dolo malo facit, qui bis idem consequi velit *l. si quis dolo 51. in fin. infr. De re iudic.* Atquin is qui per bouis condictionem precium eius iam consecutus est, si carnem, & corium adhuc petat, idipsum petit quod iam. Neque enim duplex caro est, aut duplex corium, bouis viui & mortui, sed vna & eadem caro, vnum & idem corium licèt alio atque alio respectu, nec fieri potest vt bouis mortui precium dominus consecutus sit, quin & carnis & corij precium ea æstimatione contineatur. Quid enim æstimare possis in boue siue viuo, siue mortuo, si carnem & corium excludas? Etsi verò aliud est corium ipsum, & caro ipsa, aliud verò carnis & corij æstimatio *l. si alij 42. §. 1. supr. De vsufr. l. vltim. Cod. de fideicom. libert.* nihil tamen abesse dici potest domino, cui bos subreptus fuit, si precium bouis iam sit consecutus: succedit enim æstimatio in locum rei in hac quoque actione, quamuis speciali *dict. leg. in re furtiua in princip.* quia nec ad aliud comparata hæc condictio est, quàm vt dominus indemnitatem à fure aut furis herede consequatur. Perinde autem indemnis est, cui rei furtiuæ æstimatio fuit præstita, atque is cui res ipsa furtiua, maximè verò si ponas peremptam esse, vt in hoc §. *rem furtiuam*, cuius corpus ipsum præstari amplius non possit *dict. leg. in re furtiua*, vbi scripsimus. Cùm ergo nihil ei abesse intelligatur, si rursum carnem ipsam & corium bouis mortui petat, repellendus est exceptione, non quidem rei iudicatæ, vt perperam nostri putant, sed doli mali quæ cæteris exceptionibus deficientibus subsidiaria esse solet. Neque verò ponit Iulianus condemnationem vllam secutam, sed actum duntaxat esse condictione furtiua, ea autem actione consecutum fuisse actorem precium bouis: Proinde nascitur exceptio non ex eo quod actor egerit contra furem, sed quòd ab eo exegerit. Alioqui si egisset tantùm neque doli mali, neque rei iudicatæ exceptione repelli meo iudicio posset. Quare nec illud ad rem pertinet quod nostri obiiciunt, euidenter iniquum esse exceptionem rei iudicatæ ei proficere contra quem iudicatum est *l. euidenter 16. infr. De exception. rei iudic.* non enim hoc casu exceptio rei iudicatæ furi proficit, sed domino dolus proprius nocet, dolique exceptio, quæ ex dolo illo proficiscitur.

b *Contrà si corium condixerit.* RAT. DVB. Qui plus petit, repelli debet à petitione totius *l. 1. §. item quæritur infr. De aqua quotid. & æst.* vbi à tota aqua ducenda prohiberi potest is, qui maiorem aquæ quantitatem ducit, quàm cuius ducendæ ius habeat. Atquin is qui postquam corium condixit, & precium corij consecutus est, adhuc bouem vult condicere, vtique plus petit. Ergo repelli debet à petitione totius, nec proinde cogendus est offerre precium bouis detracto precio corij. DEC. In indiuiduis id obtinet. Æstimatio autem de qua hîc agitur, cùm in pecunia numerata consistat, semper diuidua est. Neque tam plus petit hic, quàm dolo facit qui bis idem vult consequi, vt suprà diximus. Ideóque non causa cadit, quomodo cadebat olim is qui plus petebat §. *si quis agens Instit. de action. leg. 1. Codic. de plus petit.* sed doli mali exceptione summouetur, quod Bartolus non intellexit, existimans in proposita specie dominum causa non cadere, nec in totum repelli, quia plus petierit absque dolo malo, quod falsum est, sicut & quod idem Bartolus addit, non cecidisse olim à causa eum qui etiam dolo malo plus peteret, si non etiam illud concurrebat, vt dolo malo cautionem ab aduersario in plus exegisset: atque ita debere accipi quod scriptum est in *d. §. si quis agens.* apertè contrà quàm scriptum sit in eo §.

3 ¶ Idem iuris est, vuis subreptis. nam & mustum, & vinacia iure condici possunt.

Ad §. 3. Idem iuris est.

RAT. DVB. Non potest condici nisi illud ipsum corpus quod subreptum est *l. in re furtiua 8. supr.* Atqui subreptis vuis non ideo mustum subreptum videri potest, nec vinacia: sunt enim aliud vuæ, aliud verò & mustum & vinacia. Ergo subreptis vuis nec mustum nec vinacia condici possunt. DEC. Compressis vuis atque ita in forma sua specifica extinctis, superest tamen mustum ex iis vuis factum, supersunt etiam vinacia. Ergo & condici possunt, non minùs quàm caro & corium mortui bouis, sed cum eadem distinctione, vt quemadmodum qui precium bouis per condictionem iam consecutus est, si corium posteà condicat, doli mali exceptione repellendus est. Ita & qui vuas subreptas condixit, & earum precium percepit, si mustum iterum aut vinacia velit condicere æquè doli exceptione repellatur. Itémque è contrario si mustum prius aut vinacia condixerit, deinde vuas ipsas quæ subreptæ fuerunt, velit condicere. Atque ita debet accipi quod scriptum est in *l. si quis vxori 52. §. si quis massam infr. De furt.* vt quod ei loco deest, ex hoc suppleatur, iunge quæ dixi ad *l. ex argento 13. supr.*

15. CELSVS libro 12. Digestorum.

QVod ab alio seruus subripuit, eius nomine liber factus furti tenetur. condici autem ei non potest, nisi liber contrectauerit.

Ad l. Quod ab alio 15.

RAT. DVB. Noxa caput sequitur *l. si cùm quis 41. §. quamdiu infrà de furt. l. 1. Cod. de noxal. act. l. licèt 4. C. an seruum pro suo fact.* Atqui condictio furtiua nascitur ex noxa & delicto, vt diximus ad *l. si pro fure 7. §. vltim. & l. 9. suprà hoc tit. ex l. si ambo 10. §. quoties inf. de compensat. l. sed si damnum 9. aliàs l. peculium §. siue autem infrà de pecul. l. si mulier 21. §. hac actio Rer. amot.* Ergo quandiu seruus viuit, qui furtum fecit, quamuis postea liber factus sit, perinde tamen teneri debet condictione furtiua, atque actione furti ex veteri contrectatione, ex qua etiam furti adhuc tenetur, neque necesse est, vt noua sequatur contrectatio, vt quasi ex nouo furto condictione obligetur.

DEC. Separandæ sunt hac parte actiones ex delicto quæ dantur ad vindictam criminis, ab iis, quæ dantur ad rei persecutionem. In iis quæ sunt prioris generis procedit quod dicimus, noxam caput sequi, ne alioqui delicta impunita remaneant, non etiam in posterioribus, quia sunt ciuiles actiones, ex quibus nunquam seruus teneri potest, ex eo quod gessit in seruitute, neque durante seruitute, neque post manumissionem *d. l. licet & tot. tit. C. an seruum pro suo fact. post manumiss. ten. l. eum actum 17. suprà de negot. gest.* Prioris generis est actio furti, posterioris verò condictio furtiua. Meritò igitur Celsus hîc distinguit, an pro furto quod seruus in seruitute fecit, alij quàm domino conueniatur actione furti post manumissionem an cõdictione furtiua, vt furti quidem conueniri possit, quæ pœnalis est, ne furtũ sine pœna remaneat *l. ita vulneratus 51. ad fin supr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. de solut.* at non etiam condictione furtiua quæ omnino ciuilis nec vllomodo pœnalis est, sed rem ipsam furtiuam tantùm persequitur *d. l. si pro fure 7. §. 1. supr. l. si pignore 54. § cùm furti infr. de furt.* Rei autem persecutio nulla potuit ab initio nasci contra seruum, cum quo nulla ciuilis actio esse potuit *l. cum seruo 107. de regu. iur.* sed tantùm criminalis & pœnalis ex delicto *l. serui 14. de oblig. & action.* Noxa verò ea demum caput sequitur, quæ ab ipso noxæ instanti delinquentem obligat: aut enim pœnæ quis subiicitur statim atque delinquit, & eo ipso instanti, aut nunquam. Atqui seruus cùm facit furtum subiicit se pœnis furti siue pecuniariis siue corporalibus: hac sola differentia quòd pro pœna pecuniaria interim agi cum seruo non potest, qui neque stare in iudicio potest, neque pecuniam habere ex qua soluat, quomodo habet in pelle vnde corporalem furti pœnam luat. Condictione autem furtiua, quæ non pœnalis vlla ex parte, sed omnino rei persecutoria est, nullomodo tenetur, nec quòd verè fur est, facere tamen potest, vt condictione furtiua conueniri possit, sed condicendum est domino id quod ad eum peruenit, in residuum verò noxali actione agendum *l. si seruus 4. supr. hoc tit.* vbi totam rem hanc explicauimus: noua igitur contrectatione serui opus est post manumissionem, vt pro furto quod in seruitute fecerat conueniatur furtiua condictione, at non etiam vt furti actione. Cur verò loquitur Celsus de eo quod seruus subripuit ab alio quàm à domino? Nempe quia furti nomine, quod seruus domino suo fecerit, nulla obligatio inter dominum & seruum contrahi potest, nec magis criminalis quàm ciuilis, vt ex ea post manumissionem conueniri seruus possit à domino: qui eum conuenire domi potest & debet, vt loquuntur Imperatores in *l. vlt. C. an seruum pro suo fact.* Datio enim libertatis omnem præcedentis delicti memoriam quod ad dominum delet, nec minus si ad criminis vindictam, quàm si ad rei persecutionem agere dominus velit. Ex his intelligimus quàm malè Accursius, & Accursium secuti nonnulli hac lege abutantur, vt probent, condictionem furtiuam non nasci ex delicto, quasi actiones omnes ex delicto ad criminis vindictam dari necesse sit, nullam verò ad meram rei persecutionem quod certè falsum est. Inferre potius ex hac lege debuerunt, condictionem furtiuam nullomodo pœnalem esse, multóque minus criminalem, nam si pœnalis & criminalis esset, non minus in ea quàm in furti actione noxa caput sequeretur.

16. POMPONIVS libro 38. ad Quintum Mucium.

QVi furtum cõmittit, vel re commodata, vel deposita vtendo: condictione quoque ex furtiua causa obstringitur. quæ differt ab actione commodati in hoc, quod etiam si sine dolo malo, & culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur: cùm in commodati actione non facilè vltra culpam, & in depositi vltra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.

Ad l. Qui furtum 16.

RAT. DVB. Is demum condictione furtiua tenetur, qui rem alienam furto subripuit, sicuti nec alius ea condictione agere potest, quàm cui res subrepta est *l. prox. l. sed nec legatarius 11. sup. hoc tit.* Atqui cõmodatarius, vel depositarius qui re deposita, vel cõmodata vtitur aliter, quàm vti debuit, non ideò tamen rem depositam, vel commodatã domino subripit. Retinet enim dominus non modò proprietatẽ, sed etiam possessionem rei depositæ vel commodatæ per depositarium & commodatarium *l. rei commodati 8. & seq. inf. Commod. l. licet 17. §. 1. inf. deposit.* Non ergo potest hoc casu cõdictio furtiua locum habere, sed eo tantùm casu quo depositarius vel cõmodatarius in re restituenda dolũ admittat, nec velit eã reddere *l. si quis inficiatus 13. in pr. & §. 1. eod. tit.* DEC. Etiam depositarius & commodatarius furtum faciunt, cùm re deposita vel commodata vtuntur aliter, quàm dominus deponendo vel commodando noluerit. Furtum enim fit, non solùm cùm quis intercipiẽdi causa rem alienam amouet, sed etiam generaliter, cùm quis alienam rem inuito domino contrectat *§. furtum autem fit Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc. l. qui*

iumenta 40.*l. si is cui* 71.*l. si pignore* 54.*in princip. infr. De furt.* Ideóque furtum diffinitur interuersio non tantùm possessionis, sed etiam vsus rei alienæ *l.* 1. *§ vlt. eod. §.* 1. *Instit de oblig. quæ ex delict. nasc.* Atqui quisquis fur est, hoc ipso furtiua cōdictione adstringitur domino, si modò agi cum eo possit *l.* 4. *& 5. supr.* Ergo is etiam qui furtum admisit re commodata vel deposita vtendo aliter, quàm debuit condictione furtiua, perinde obstringi potest, ac si rem ipsam depositam vel commodatam subripuisset. Nec eo minùs tamen tenetur actione Depositi vel Commodati. Nemo enim adiiciendo delictum liberat se à contractu *l. si seruum* 91. *§. nunc videamus infr. De verbor. oblig. l.* 2. *De priuat. delict.* Sed tamen altera actio alterã perimit aut ipso iure, aut quod est tutius, exceptione, scilicet cùm actor ex altera indemnitatem consecutus est *l. qui seruum* 34. *§. si is cui De obligat. & action.*

a *Quæ differt ab actione commodati.* RAT. DVB. Etiamsi casu fortuito res deposita vel commodata perierit, ac citra omnem omnino culpam vel depositarij vel commodatarij, potest tamen interdū teneri depositarius vel commodatarius etiam Depositi actione, vel Commodati, nimirum cùm dolus vel culpa præcessit casum *l. si vt certo* 5. *§. sed interdum infr. Commod. l.* 1. *§. si rem depositam* 25. *infr. Deposit.* Atqui fur & culpam, &, quod magis est, moram in re furtiua contrahere intelligitur, quandiu eam non restituit, quam nec ab initio auferre debuit *l. in re furtiua* 8. *§. vlt. supr. l. vlt. infr. hoc tit.* Ergo fieri nequit, vt non de casu quoque fortuito teneatur depositarius, vel etiam cōmodatarius, qui prætereà fur est, quamuis ille qui nihil nisi commodatarius est, de culpa tantùm, sed qualibet teneatur. Depositarius verò duntaxat de dolo *d. l. si vt certo §. nunc videndum Commod. §. item is cui Instit. quib. mod. re contr. oblig.* DEC. Non omnis culpa vel mora commodatarij aut depositarij, quæ casum præcedit, obligat commodatarium vel depositarium de casu fortuito, sed ea demum quæ ad casum illum ordinata est, vt Bartolus non malè loquitur ex *l. vlt. §. 1. infr. De leg. Rhod. de iact.* Atqui culpa & mora quam depositarius, vel commodatarius contrahit in re furtiua non restituenda, non est ordinata ad casum quo ea res posteà pereat, cùm æquè salua manere possit penes furem, atque penes dominum. Ergo non potest ea res augere obligationem commodati, vel depositi, vt ob id magis & durius obstringatur depositarius vel commodatarius actione Depositi aut Commodati. Proinde illa inter actiones istas quæ ex contractu proficiscuntur, & condictionem furtiuam quę ex delicto nascitur, manebit differentia; quòd re perempta citra culpam vllam cōmodatarij, aut citra dolum depositarij, nulla Depositi vel Commodati actio supererit, sed condictio tamen furtiua supererit, per quam dominus à depositario vel commodatario plenissimam indemnitatem consequatur, at non tanquam à depositario vel à commodatario, sed tanquam à fure.

17. PAPINIANVS libro 10. Quæstionum.

PArui refert ad tollendam condictionem, offeratur seruus furtiuus, an in aliud nomen, aliúmque statum obligationis transferatur: nec me mouet, præsens homo fuerit, nécne^a: cùm mora, quæ eueniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.

Ad l. Parui refert 17.

RAT. DVB. Fur quamdiu rem furtiuam non restituit, moram in ea restituenda facere intelligitur *l. in re furtiua* 8. *§. 1. supr. l. vlt. infr. hoc tit.* Atqui nouatio quamuis priorem obligationem tollat, rei tamē restitutionem non continet, ideóque nec debitorem in plenum liberat, sed ita vt transfundat præcedentem obligationem in sequentem *l.* 1. *infr. De nouat.* Quod in solutione diuersum est, quæ omnē omnino perimit obligationem, ne minùs naturalem quàm ciuilem *§.* 1. *Institut. Quib. mod. tollit. obligat.* Etsi autem oblatio sola quantumlibet realis (de hac enim sola intelligendi sunt Iureconsulti quoties de oblatione loquuntur) non eandem vim habet, quia nec solutionis loco est, nisi secuta demum obsignatione *l. acceptam* 19. *C. de vsur. l. obsignatione* 9. *C. de solut.* ad hoc tamen prodest quòd & priorem morā purgat, & creditorem sine causa recusantem in mora constituit *l. si seruum* 91. *§ sequitur De verb. oblig. l. qui decem* 72. *in princ. & §.* 1. *De solut.* Ideóq; mirum non est condictionem furtiuam tolli per oblationem, nec ideò cōsequens est, vt perinde tolli debeat per nouationē, quæ nec rei restitutionem continet, vt diximus, nec dominum in recipiendæ rei mora constituit. Ergo multùm refert ad tollendā condictionem furtiuam an offeratur res furtiua, an in aliud nomen aliúmq; statum obligationis, quod per nouationem fit, maximè verò per delegationē, transferatur. DEC. Nouatio quælibet, ac præsertim delegatio priorem obligationem perinde tollit, atq; solutio *l. solutione* 23 *De solut.* In eóq; maiorem vim ac potestatem habet quàm oblatio, quæ non nisi ad purgandam moram prodest, & ad constituendum creditorem in mora. Nec enim fieri potest, vt prior tollatur obligatio siue ex contractu, siue ex delicto nascatur, quin mora quoque deleatur, quæ ex ea obligatione contracta fuerat: sufficit autem ad tollendam condictionē furtiuam, vt mora illa tollatur quam in restituenda re furtiua contrahere fur intelligitur, non quasi exinde furtiua res haberi debeat pro restituta, si non etiam illud concurrat, vt post oblationem res perierit (est enim ille vnus ex moræ effectibus vt rei periculum transferat in moratorē *l. si ex legati* 23. *& seq. De verb. oblig.*) Sed quia per oblationem solam dummodò veram, non fictam perinde purgatur odium furis, atque ipsam rei restitutionem: quo solo furis odio inducta condictio est *§. sic itaque Inst. de action.* ex hoc apparet, facilius tolli personalem obligationem, quæ parit condictionē, quàm cæteræ obligationes tollantur, quæ vtiq; etiam post oblationem supersunt: Est enim oblatio modus constituendi aduersarium in mora aut purgandi moram, si qua ex parte offerentis præcesserat, non etiam tollendæ obligationis, aut actionis. Itaque est etiam hoc singulare, vt & alia pleraque, in condictione furtiua, & ratio diuersitatis non illa tantùm est, quam modò

modò attulimus, quòd post oblatione nullum furis odium superſit, quo ſolo innitebatur condictio, ſed etiam quia non vſque adeò fur per eiuſmodi oblationem liberatur, vt non adhuc per vindicationem tanquam poſſeſſor conueniri poſſit, cùm & ipſe poſſeſſor remaneat, & aduerſarius dominus: quæ duo media ſunt, &, vt pragmatici loquuntur, extrema vindicationis. Non enim oblatio ſola mutare dominium poteſt, nec modus eſt amittendi aut acquirendi dominij. Ergo neque tollendæ vindicationis. Nec eſt contrarium quod per eiuſmodi oblationem furti actio non tollitur, ſicut neque per pœnitentiam *l. qui ea mente* 65. *infr. de furt.* Id enim fit quia furti actio pœnam delicti perſequitur delicti autem veritas ne quidem per rei furtiuæ reſtitutionem ipſam deletur. At condictio furtiua licèt æquè ex furto naſcatur, attamen non niſi furis odio comparata eſt, quod poſt oblatam licèt ſine cauſa recuſatam rei furtiuæ reſtitutionem nullum, vt diximus, ſupereſt.

a *Nec me mouet præſens homo fuerit néne.* RATDVB. Oblatio fieri non poteſt niſi rei præſentis, ſicuti neque traditio, cùm nihil aliud ſit traditio quàm datio poſſeſſionis *l. 3. in princip. infr. de action. empt.* Poſſeſſio autem ſine aliquo actu corporeo adprehendi non poteſt *l. 1. in princip. & § penult. infr. de acquir. poſſ.* nec agens vllum poteſt agere in diſtans, vt aiunt, philoſophi. Vnde eſt quòd quoties traditio ficta interueniſſe intelligitur ad transferendum dominium, rem præſentem eſſe oportet, ne alioqui potentior ſit traditio ficta quàm vera *l. eius rei* 46. *& ſeq. ſupr. de rei vindic.* Atqui nouatio hæc per quam dicimus tolli condictionem furtiuam æquiparatur oblationi, eundémque effectum habere dicitur, ergo præſentem rem eſſe oportet, vt per nouationem quoque condictio tollatur. Atque ita Marcellus ſenſiſſe videtur in *dict. l. qui decem § idem reſponſum eſt de ſolut.* vbi ait, ſi quis cùm ſubreptus ſibi ſeruus eſſet ſub condicione ſtipulatus fuerit *quicquid furem dare facere oportet*, furem quidem cõdictione liberari ſi oblatũ ſeruum accipere dominus noluit, ſed ſi tamen cùm in prouincia fortè ſeruus eſſet, ſtipulatio interceſſerit, & priuſquàm facultatem eius reſtituendi nanciſceretur fur vel promiſſor deceſſerit ſeruus, aliud dicendum eſſe, cùm non poſſit videri fur eum propter abſentiam obtuliſſe.

DEC. Alia ratio eſt purgandæ moræ per oblationem, alia verò per nouationem. Purgatur mora per oblationem ita demum ſi præſentia rei interueniat, quia nec offerri verè poteſt, niſi id quod præſens eſt, qua præſentia intercedente, negari non poteſt, quin pro tradita haberi debeat ea res, quæ ne tradita ſit per ſolum creditorem ſteterit. Ex regula *l. in omnibus cauſis* 39. *& l. in iure ciuili* 161. *de regul. iur.* At per nouationem ideo purgatur mora, quia prior obligatio tollitur, ex qua fuerat contracta mora: ſublata namque obligatione, nulla præcedentis moræ ratio haberi poteſt, perinde autem tollitur obligatio per nouationem abſente ea re, quæ in ſtipulationem deducitur, atque ſi præſens illa fuiſſet: ſtipulationem enim inter præſentes quidem at non etiam de re præſenti fieri neceſſe eſt *l. 1. de verb. oblig.* Benè igitur Papinianus ait nihil referre, an præſens fuerit ſeruus furtiuus, an abſens, cùm in ſtipulationẽ nouandi animo interpoſitam transferebatur: cùm vtroque caſu perinde mora furis purgetur, & quidem, ſi nouatio expreſſim facta ſit, ſiue per delegationem, ſiue alio quouis modo, expeditum eſt. Atque ita Papinianum Accurſius noſter cum Marcello conciliat, vt Marcellus eum caſum tractet quo ſtipulatio ſimpliciter interpoſita ſit, Papinianus verò illum quo nouandi animo. Quam conciliationis ineundæ rationem & nos ſecuti ſumus ad *l. in re furtiua.* Neque verò melior alia etiamnum occurrit. Sed nunc me mouet, quòd poſtrema illa huius legis verba *cùm mora quæ eueniebat ex furto veluti quadam delegatione finiatur* innuunt non obſcurè, nullam hîc delegationem veram præceſſiſſe, niſi quæ ex promiſſoris mutatione induci tacitè ſolet, cùm aliud actum non eſt *l. vlt. C. de nouat.* Qui caſus ille ipſe eſt quem Marcellus ſupradicto loco tractat. Et verò non eſſe neceſſariam nouationem ad purgandam moram furis, in eámque rem ſufficere ſimplicem ſtipulationem, apparet euidenter ex eo quod Vlpianus hanc ipſam quæſtionem ex eodem Marcello tractans in *l. ſcire debemus* 29. *§. vlt. de verb. oblig.* ait, ſi à fure hominem ſim ſtipulatus, non valere ſtipulationem, ſed ita demum ſi ſtipulatus ſim, *Quod furem dare facere oportet.* Nemo enim rem ſuam ſtipulari poteſt, ne quidem à fure, niſi ſub condicione *l. nemo rem ſuam* 82. *eod. tit.* quò pertinent verba illa *ſub condicione* apud Marcellum in *dict. §. idem reſponſum eſt.* Hoc enim caſu idem accidit quod in aliis plerìſque, vt expreſſa noceant, quæ non expreſſa non nocerent, quomodo habet iuris regula. *Quòd ſi poſtea*, inquit Vlpianus *ſine mora deceſſiſſe proponatur ſeruus, non teneri furem condictione Marcellus ait* quaſi purgata ſcilicet mora per ſtipulationem, non autem quaſi facta nouatione, ſequitur enim apud Vlpianum ex eodem Marcello *quamdiu enim viuit, condici poterit*, quod vtique falſum eſſet, ſi condictio per nouationem facta fuiſſet ſublata, vt in *l. vlt. in fin. inf. Rat. rem haber.* At ſi deceſſiſſe proponatur ſeruus furtiuus, in ea condicione eſt, vt euaneſcat condictio propter ſtipulationem, vt ibidem Vlpianus ſubiicit, nec tamen addit an præſentem fuiſſe ſeruum neceſſe ſit tempore interpoſitæ ſtipulationis: ſed cùm Marcelli ſententia & authoritate nitatur, vix eſt, vt aliam interpretationem recipere poſſit, quàm ex Marcello ipſo qui præſentiam neceſſariam eſſe putat, vt ſtipulatio ſimpliciter nec nouandi animo interpoſita vim oblationis habere poſſit, cùm nec offerri verè ſeruus poſſit niſi qui præſens eſt: at Papinianus vult ſtipulationem hanc ſimiliorem eſſe delegationi, quàm oblationi, nempe cùm dominus non à fure ipſo ſed ab alio ſtipulatus eſt, dari *quod furem dare facere oportet.* Alioqui, quid obſecro haberet ſimile aut commune promiſſio ab ipſo fure facta cum delegatione, quæ non niſi per mutationem perſonæ poteſt contingere? Ergo quemadmodum delegatio præſentiam rei quę promittitur non requirit, ſed tantùm perſonarum contrahentium, ita nec in hac ſtipulatione ſerui ſubrepti pręſentiam requiri Papinianus credidit ad purgationem moræ. Ideò fortaſſe, quòd ſatis offert is qui ſtipulanti daturum ſe promittit, etiam citra nouationem, & delegationem, licèt res præſens non ſit, quia nec ſtatim ſoluère aut tradere eam vult, ſed cùm ex ſtipulatione agetur. Sibique debet imputare dominus, qui pro oblatione & reſtitutione rei promiſſorem nouum habere maluit, furtiuámque cõdictionem ſibi ex cauſa furti partam ad initium alterius & nouæ petitionis redigere, vt in *l. minor* 41. *ſuprà de minor.* Quod ſi à fure ipſo dominus rem furtiuam ſimpliciter ſtipulatus ſit, nec animo nouandi facilius admitti ſententia Marcelli poteſt, vt ad pur-

gandam moram necesse sit, præsentem esse seruum tempore stipulationis, aut saltem in eo loco vbi restituendi eius facultatem nancisci fur potuerit, antequam seruus moreretur *dict. §. idem responsum est*, quoniam hoc casu neque oblatio vlla facta videri potest, quam tamen Marcellus exigit, neque delegatio, aut quasi delegatio, quę ex sententia Papiniani necessaria est, quoties oblatio vera vel ficta deficit, nec tamen interuenisse videri potest, cùm eadem persona est promissoris quę fuit primi debitoris. Concludamus igitur procedere Marcelli sententiam, cùm fur ille est qui promisit, Papiniani verò, cùm alius: in hac tamen posteriore specie Marcellum à Papiniano dissentire, quatenus in ea quoque præsentiam serui furtiui exigit, non etiam in priore in qua nec Papinianus aliud existimauit. Itaque quod hîc dicitur *in aliud nomen* sic intelligo ac si scriptum esset, *in alium debitorem & in alterius debitoris personam*. Et quod sequitur *aliúmque statum obligationis*, ostendit Papinianum nihil aliud exegisse ad purgandam furis moram tollendámque condictionem, nisi vt mutaretur status obligationis, non item vt nouaretur & in totum perimeretur.

18. SCÆVOLA libro 4. Quæstionum.

QVoniam furtum fit, cùm quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum est, si procurator suos nummos soluat, an ipsi furtum fiat. & Pomponius epistularum libro octauo ipsum condicere ait ex causa furtiua. sed & me condicere, si ratum habeam, quod indebitum datum sit. sed altera condictione altera tollitur.

Ad l. Quoniam 18.

RAT. DVB. Etiam cùm quis per errorem indebitos nummos soluit scienti falso creditori, transfert nihilominus nummorum dominium, ideóque habet condictionem indebiti quam alioqui non haberet, si dominium translatum non esset. Nec enim datur illa domino, vt nec alia vlla condictio, sola furtiua excepta *l. vlt. sup. vsufruct. quem. caueat.* nisi fortè quis putet condictionem indebiti non dari nisi aduersus eum qui indebitos nummos ignoranter accepit, quod nihil aliud est quàm destruere totum illum *tit. de condict. indeb.* vt Bart. loquitur. Atqui nemo rei suæ furtum facit, vt constat ex furti diffinitione posita in *l. 1. infr. de furt. & initio Tit. Instit. de oblig. qua ex delict. nasc.* extra aliquos casus de quibus in *§. aliquando eod. tit. & in l. si is qui rem pignori 66. infr. de furt.* Ergo qui nummos indebitos sciens accepit, aut furtum non facit, aut condictione indebiti non tenetur.

DEC. Contrectatio rei alienæ inuito domino furtum est *dict. l. 1. de furt.* Inuitum autem accipere eum debemus non tantùm qui contradicit, verùm eum quoque qui consensisse non probatur, vt in Edicto de procuratoribus *l. filiusfamilias 8. §. inuitus suprà de procurat.* & in tractatu de seruitutibus *l. inuitum 5. sup. vrban. præd.* nisi putet se ex voluntate domini contrectare, nec enim furtum sine animo furandi & lucrandi committitur *§. placuit de oblig. qua ex delict. nasc. l. inter omnes 46. § rectè dictum est l. qui re 76. de furt.* Atqui errantis nullus consensus est *l. nihil consensui 116. §. vlt. de reg. iur. l. si quis per errorem 15. supr. de iurisd. l. sed hoc ita 10 infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Errat autem qui labitur in persona creditoris, siue putet verum creditorem eum, qui re vera falsus est, & tamen simulat se verum creditorem, vt in *l. falsus 43. in princip. de furt.* siue falsus procurator sit, siue veri siue falsi creditoris, vt in *l. si procuratori falso 14.* vbi diximus, *supr. de condict. caus. dat. l. si vendidero 80. §. vltim. infrà de furt.* Siue denique pro creditore Titio alius Titius dolo malo subiectus sit, qui se creditorem esse dicat, vt in *l. si quis vxori 52. §. cùm Titio & in l. si is qui rem pignori 66. §. si tu Titium eod. tit.* Quibus casibus error soluentis non aliunde nascitur, quàm ex dolo eius qui accipit solutionem, is verò dolus nihil nisi furtum est, vt & in *d. l. si vendidero §. falsus autem.* Quod non similiter dici potest de eo qui proprio suo errore, nimiáque sua facilitate deceptus soluit falso creditori, etiam scienti: ergo superioribus casibus fatendum est eum, qui sciens indebitos nummos dolo malo non tam accipit quàm extorquet à non debitore furtũ eorum nummorum facere: etsi enim soluti sunt à domino, & quidem animo transferendi dominij, soluti tamen sunt sub ea veluti conditione tacita, si creditor ille sit qui accipit solutionem, vt Accursius hîc notat *arg. l. si me in vacuam 34. inf. de acquir. poss. l. voluntate 10. Quib. mod. pign. vel hypoth. soluit l. si iure 18. delegat. 3.* Soluuntur enim à dubitante & titubante debitore, quod longè diuersum est in eo, qui vltro solutionem offert ei quem certò putat, licèt per errorem, verum esse creditorem. Nulla enim solutioni huic condicio talis inest *si sit creditor* nec magis tacita quàm expressa, vt non malè Bartolus hîc distinguit. Porrò quo casu nummorum furtum facit is qui nummos accipit, certum est dominium eorum non transferri in accipientem *d. l. falsus 43 in princip. de furt.* Alioquin eodem instanti condictio furtiua & nasceretur & extingueretur postquàm sua voluntate dominus rei furtiuæ dominium amisisset *l. siue manifestus 10. supr.* quod esset ridiculum, vt idem quoque Bart. subtiliter argumentatur ex *l. Titio cùm morietur 51. supr. de vsufruct. l. promissor 21. §. 1. infr. de pecun. constit.* Consequens igitur est, vt eorum nummorum nomine condictio furtiua competat soluenti tanquam qui dominus manserit, cùm soli domino hæc condictio competat *l. 1. supr.* Non etiam condictio indebiti, quæ domini amissionem & translationem præsupponit: ac proinde si procurator meus tibi falso creditori scienti nummos suos soluerit cùm ipsi furtum factum sit, non mihi, furtiua condictio non mihi competet, qui non sum dominus, sed ipsi quasi domino, nec si ratum habeam, quia ratihabitio non facit me dominum, sed acquiritur mihi hoc casu condictio indebiti, quia ratam habendo solutionem à procuratore meo factam, hoc ipso me obligo ad præstandam ei indemnitatem: quæ res facit, vt mihi non furtiua quidem, sed tamen indebiti saltem condictio acquiri debeat *dict. l. si vendidero 80. §. vlt. iunct. §.* cùm

cùm si Titius infrà de furt. vbi Papinianus eleganter & subtiliter more suo totam quæstionem hanc latius tractat. Quòd si nummorum qui soluti sunt dominium in accipientem translatum esset, neutra procuratori meo condictio competeret, id est, neque furtiua neque indebiti, sed mihi soli condictio indebiti, secuta demum ratihabitione, vt benè Accursius noster notat ex *l. si procurator* 8. *supr. de condict. indeb.* Sed & superiore casu, id est, cùm furtiua condictio non mihi, sed procuratori meo acquisita fuit, si postea procuratore meo contra me agente ratam habeam solutionem, eique indemnitatem præstare paratus sim, æquitas facit, vt per doli mali exceptionem cogendus sit furtiua condictione mihi cedere, ne bis idem consequatur *d. §. si Titius & d. §. vlt.* Non tantùm autem condictionem furtiuam habet procurator, qui soluit falso & doloso creditori, sed etiam actionem furti *d. §. vlt.* Ergo quod in hac lege subiicitur *sed & me condicere ait, si ratum habeam quod indebitum datum sit*, non de condictione furtiua intelligi debet, quæ nõ magis duobus competere in solidum potest, quàm illud fieri, vt duo sint eiusdem rei in solidum domini *l. 5. §. vlt. inf. commod.* nec magis de vtili quæ nulla est quàm de directa, vt malè nonnulli apud Accursium existimant, sed de sola condictione indebiti, vt idem Accursius benè explicat.

19. PAVLVS libro 3. ad Neratium.

IVlianus ex persona filiæ, quæ res amouit, dandam in patrem condictionem in peculium, respondit.

Ad l. Iulianus 19.

RAT. DVB. Actio de peculio non solet dari in patrem vel in dominum, nisi cùm ex cõtractu actio venit *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* Atqui actio rerum amotarum non ex cõtractu nascitur, sed ex delicto, sicut & cõdictio furtiua *l. si mulier* 21. *§. hæc actio infr. Rer. amot.* Ergo ex persona filiæfamilias quæ mariti res amouit, actio de peculio in patrem dari non potest. Quòd si legem hanc non de actione de peculio intelligas, quomodo nos ipsi explicauimus *decad.* 78. *Error.* 7. *ad finem*, sed de furtiua condictione, quomodo alij plerique explicant, alia erit fortiórque dubitãdi ratio quòd condictione furtiua nunquam alius tenetur, quàm qui ipse furtum fecit aut heres eius, non etiam pater furis qui neque fur ipse neque furis heres est *l. ex furtiua* 5. *sup.* Item quòd ex pœnalibus causis actio de peculio in patrem non datur *l. ex pœnalibus* 58. *de regul. iur.* Causa autem condictionis furtiuæ pœnalis est cùm nascatur illa ex furto, quod actionem furti pœnalem parit, quamuis condictio ipsa furtiua pœnalis non sit, vt docuimus ad *l. in condictione* 9. *sup.* Ergo neque condictio furtiua ex persona filiæfamilias, quæ mariti res amouit, contra patrem danda est, ne quidem in peculium. DEC. Non est patri permittendum, vt ex delicto filiæ impunè locupletetur: atqui locupletaretur si neque actione de peculio, neque condictione furtiua conueniri posset, eatenus saltem quatenus ex delicto filiæ, quod nec aliud re vera quàm furtum est, peculium locupletius factum esset *l. 3. §. ex furtiua infr. de pecul. l. 3. §. vlt. inf. Rer. amot. iunct. l. vlt. eod.* Ergo ex persona filiæfamilias quæ mariti res amouit, patrem quoque teneri æquum & iustum est. In eóque prudentes omnes veteres consenserunt. Sed qua actione conueniri debeat, non æquè constanter decreuerunt. Mela enim & Fulcinius, quos Paulus refert probátque in *d. l. 3. §. vlt. Rer. amot.* actionem de peculio in eam rem dandam esse putauerunt, quòd causa actionis rerum amotarum non sit pœnalis, quomodo causa condictionis furtiuæ, quia displicuit eam furti obligari ob honorem scilicet ac pudorem matrimonij *l. 1. & 2. eod. tit. l. vlt. §. vlt. C. de furt.* Atque ita putarunt non offendi supradictam iuris regulam, quæ non patitur, vt ex pœnalibus causis in patrem vel in dominum actio de peculio detur *d. l. ex pœnalibus* 58. *de reg. iur.* Alij verò conuenientiùs putarunt, vt quod ex rebus per filiam amotis ad patrem peruenit, vtili iudicio actionis rerum amotarum petendum sit, quæ Papinianus fuit sententia in *l. viua quoque filia* 5. *rer. amot.* Quæ & mihi probabilior videtur, & iuris regula magis consentanea. Nam quod Mela & Fulcinius dandam putabant actionem de peculio, licèt non pugnet cum *d. l. ex pœnalibus* pugnat tamen cum alia iuris regula, quæ negat actioni de peculio locum esse, nisi cùm actio quæ contra filium vel seruum competit ex contractu venit *d. §. si filiusfamilias.* Qua ratione fortassis motus Iulianus, vt fuit iuris prudentissimus, & religiosissimus, non credidit actionem de peculio locum habere hoc casu posse, sed potiùs condictionem furtiuam, at non simpliciter & in solidum, vt aliàs solet competere, sed in peculium duntaxat, id est, quatenus in peculio est, & in solidum peculium, non quatenus ex ea rerum amotione locupletius peculium factum est, vt Accursius interpretatur & quomodo ex furto serui datur in dominum, nam in residuum contra dominum noxalis est *l. 4. sup.* quæ contra patrem ex delicto filij noxalis esse nunquam potest, cùm filius qui deliquit conueniri ipse ex persona sua possit *l. ex furtiua* 5. vbi diximus *eod.* Neque verò qui putarunt actionem de peculio ex persona filiæfamilias quæ mariti res amouit contra patrem dandam esse restrinxerunt eam actionem ad id quo locupletius peculium factum sit, sed in peculium simpliciter & de peculio dari dixerunt, quod non nisi de solido peculio intelligi certè potest *d. l. 3. §. vlt. rer. amot.* in cuius fine quod scribitur non teneri patrem iudicio rerum amotarum post mortem filiæ nisi quatenus pater ex ea re locupletior factus est, ostendit satis non idem dicere Melam & Fulcinium voluisse, cùm actionem de peculio contra patrem dandam esse scripserunt, quamuis Tribonianus sub Vlpiani nomine contra scripserit in *d. l. 3. §. pen. in fin. de pecul.* Videtur autem Iulianum illud mouisse, quod condictio furtiua, licèt ex delicto non ex contractu nascatur, perinde tamen ciuilis & merè rei persecutoria est, ac si ex contractu nasceretur, nec pœnalis aut famosa vllomodo est: adeóque nec turpis tanquam quæ furti exprobrationem contineat, si detur cum adiectione illa *in peculium* quomodo dabat eum Iulianus. Ostendit enim adiectio illa patrem non

ex persona sua conueniri per condictionem, sed ex persona filij, qui solus peculium habere potest non etiam paterfamilias *l. vlt. C. de inoff. testam. l. si quis cum filiofamilias 43. infr. de pecul.* Hæc quidem paulò aliter in Chiliade explicauimus, sed vt nobis interpretatio quam nunc attulimus magis arrideat, illud facit quod durius sanè est, vt condictionem Iulianus dixerit, aut pro actione de peculio, aut pro actione rerũ amotarum. Neutra enim condictio dici vllomodo potest, neque rursus mirũ videri debet in quæstione quæ prudentes cæteros dissentientes habuerit, Iulianum nouam & temperatiorem, vt ita dixerim, opinionem induxisse. Dices, secundum hanc interpretationem fore, vt durior sit condicio patris cuius filia res amouit, quàm sit domini cuius seruus furtum fecit, cùm hoc casu dominus non teneatur condictione nisi quatenus ad eum peruenit, pater verò ex amotione filiæfamilias in solidum peculium. Sed respondeo quod iam attigi, imò meliorem esse condicionem patris; quia supra eam quantitatem quæ in peculio est, nullomodo tenetur, dominus autem de residuo quod ad eum non peruenit, etiam noxali actione conuenitur *d. l. 4. sup.* Conuenit autem Iulianus cum Papiniano in eo quod denegat cõtra patrem actionem de peculio, quam Mela & Fulcinius dabant, sed dissentit in eo quòd dat Papinianus, vtile iudicium rerum amotarum: Iulianus verò condictionem furtiuam, eámque non vtilem quæ nulla est, vt toties diximus, sed directã, item in eo quod Papinianus dat vtile iudicium rerum amotarum contra patrem, de eo tantùm quod ad ipsum peruenit, Iulianus verò condictionem in solidum peculium, quemadmodum si actione de peculio pater conueniretur: in quo rursum Iulianus cum Mela & Fulcinio consentit.

20. TRYPHONINVS libro 15. Disputationum.

LIcèt fur paratus fuerit excipere condictionem, & per me steterit, dum in rebus humanis res fuit, condicere eam, postea autem perempta est: tamen durare condictionem, veteres voluerunt: quia videretur, qui primo inuito domino rem contrectauerit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

Ad l. vlt. Licèt fur.

RAT. DVB. Etiam is qui solutioni moram fecit, si tamen iudicium accipere paratus fuit, non videtur moram fecisse *l. si quis solutioni 24. l. paratum 47. infr. de vsur. l. qui sine dolo 63. de regul. iur. l. si residuum 5. C. de distract. pign.* Ergo si fur paratus sit iudicium accipere & excipere condictionem furtiuam aduersus dominum, & per dominum steterit dum in rebus humanis res fuerat, eam condicere, posteáque res perempta sit, dicendum est finitam esse condictionem, tanquam finita mora, quæ faciebat, vt condictio duraret.

DEC. Fur qui primum inuito domino rem contrectauit, semper in restituenda ea re moram facere intelligitur, quia nec eam auferre ab initio debuit *l. in re furtiua 8. §. 1. supr.* Ergo non debet ei prodesse ad purgandam moram, quod iudicium accipere & condictionem excipere paratus sit. Nec enim qui paratus est iudicium accipere, videtur ideò rem restituere, at potius rei restitutionem denegare, quam ne restituat litigare malit. Ac prætetea facilius est, moram contrahendam impedire, quod fit cùm debitor iudicium accipere paratus est, quàm contractam purgare: quamquam nec ad impediendam moram sufficit paratum esse debitorem accipere iudicium, nisi iustè ad iudicium prouocet *d. l. si quis solutioni* & *sine dolo malo d. l. qui sine*, quorum neutrum cadere in furem potest, qui semper in dolo est, nec iustè vnquam ad iudicium prouocare potest, non magis quàm iustè furtum facere.

DE

DE CONDICTIONE EX LEGE.

TIT. II.

PAVLVS libro 2. ad Plautium.

SI obligatio lege noua introducta sit, nec cautum sit, eadem lege, quo genere actionis experiamur. ex lege agendum est.

Ad l. vnic. Si obligatio.

RAT. DVB. Sicut actiones omnes personales nascuntur ex personalibus obligationibus *l. licet 42. § ea obligatio supr. de procurat.* Ita & personales obligationes ex contractu vel quasi contractu, aut ex delicto vel quasi delicto, aut ex variis causarum figuris *l. 1. in princip. infrà de oblig. & action.* In quibus omnibus obligationibus inducendis & cōfirmandis authoritatem legis interuenire necesse est, vnde & ciuiles actiones dicuntur, & legitimæ, ad differentiam prætoriarum quæ à lege nec inducuntur nec confirmantur, sed à prætore, qui legem facere non potuit *l. 1. suprà de Publician. iunct. §. quos autem Institut. de bonor. possess. l. 2. Cod. de quadr. præscrip.* Rursus actiones omnes aliter diuiduntur, vt ex contractu sint, vel ex facto vel in factum, inquit Vlpianus in *l. actionum 25. §. 1 de oblig. & action.* Ergo vel nulla est obligatio & actio ex lege, vel omnes hoc nomine donandæ sunt.

DEC. Obligationes quidem & actiones ferè omnes ciuiles & legitimæ descendunt ex lege duodecim tabularum, & ex prudentum veterum ad eam legem interpretatione *l. 2. §. postea & §. deinde ex his legibus*, vbi diximus, *supr. de orig. iur.* Sed tamen quemadmodum emergentibus nouis casibus quibus lex duodecim tabularum non prospexerat [nec enim lex vlla ita scribi potest, vt omnes casus comprehendat *l. neque leges 10. & seqq. suprà de legib.*] nouas obligationes & actiones pro communi ciuium vtilitate induci necesse fuit, vt exigere quisque posset id quod sibi deberetur. Ita nouas leges ferri necesse fuit quæ nouas obligationes & actiones illas inducerent, & ex quibus proinde agendum esset quoties iis legibus cautum non reperiretur quonam alio actionis genere experiendum esset. Vndenim nisi ex lege ipsa ius & nomen actionis sumeretur? Nouas autem leges hîc intelligimus omnes quotqu[..]t secutæ sunt legem duodecim tabularum, quæ sola vetus lex dicitur & ius antiquum adeóque antiquissimum *l. tutelas 7. supr. de capit. minut. l. vltim. infr. de regul. Caton. l. 1. 2. & 3. supr. de hered. petit. l. quoties duplici 91. de regul. iur.* Benè autem Paulus in hac lege addit, *nec cautum sit quo genere actionis experiamur*, quia cùm ex ipsa dictat, quo genere actionis experiendum sit, ea legis authoritas facit, vt illa ipsa actione agi oporteat, nec quicquam causæ est cur generale nomen condictionis ex lege retineamus, cùm specialius aliud nomen habemus. Est enim omnis actio tanto certior & accommodatior, quanto specialior est. Finge noua aliqua lege aut constitutione, inductam esse nouam speciem contractus: Cur dicamus agendum esse condictione ex lege, cùm agi possit ex ipso contractu? Exemplum elegans & accommodatum adfert Bartolus ex constitutione Zenoniana, quæ ius & contractum emphyteuticum antea incognitum prima introduxit *§. adeò Instit. de location. l. 1. & tot. tit. C. de iur. emphyt.* Itaque non condictione ex lege illa Zenonis agendum erit eo casu, sed ex contractu ipso emphyteutico, vt benè Bartolus contra Accursium, cæterósque interpretes disputat. Sed quod addit de obligatione literarum non æquè probare possum, nec enim vlla lex est quæ contractum illum induxerit, sed sola prudentum authoritas, & vsus ac necessitas commerciorum, éstque genus illud contractus omnium ferè antiquissimum, quamuis exceptio non numeratæ pecuniæ posterioribus tantùm temporibus, & à posterioribus Imperatoribus introducta sit, vt Iustinianus refert in *tit. de liber. oblig.* Tunc igitur condictio ex lege locum habet, cùm per legem ciuilem obligatio aliqua immediatè inducitur, nec lege exprimitur aliud nomen actionis, vt Bartolus hic notat. Exempla adfert Iacobus Cuiacius ex lege Iulia & Cincia, & ex legibus Talariis, Accursius verò ex plerisque Imperatorum constitutionibus, quæ extant in Codice, & quæ nouum ius nouúmque genus actionis induxerunt. Vt ex *l. si quis argentum 35. §. fin. C. de donat. l. 1. Cod. de suffrag. l. vltim. § fin autem Cod. de petit. hered. l. vltim. §. licentia Cod. de iur. delib. l. si quis in tantam Cod. vnde vi.* Quibus addit Bartolus *l. iubemus 14. Cod. de sacrosanct. eccles. l. Christianis 6. Cod de pagan & sacrific. & templ. l. si per impressionem 11. Cod. de his quæ vi met. caus. fiunt. l. ne in arbitris 4. Cod. de recep. arbitris. l. 1. C. de fideicom. l. 1. Cod. si per vim vel alio mod. l. meminerint l momentanea l. non abs re C. vnde vi l. si quis conductionis 25. Cod. de locat. l. pen. & vlt. Cod. de litigios. Item Auth. iubemus C. de episcop. & cleri. Auth. habita Cod. ne filius pro patr. Auth. & omnino Cod. ne vxor pro marit. Auth qui semel C. quomod. & quand. iud. Auth. item possessor Cod. qui potior. in*

pignor.hab. Ego addo præcipuas condictiones ex lege quibus hodie vtimur, maximè condictionem ex *l. omnimodo* 30. *Cod. de inoffic. testam.* qua agitur ad legitimæ supplementum in vicem querelæ inofficiosi testamenti, condictionem ex *l. hac edictali.* 8. *C. de secund. nupt.* ad rescindendas liberalitates immodicas, quas coniunx in posteriorem coniugem contulerit in præiudicium liberorum prioris matrimonij. Item ex *l. 2. Cod. de rescind. vendit.* ad rescindendam venditionem ex causa læsionis immodicæ ni iustum precium suppleatur. Item ex *l. vlt. C. de acquir. possess.* ad auocandam, aut, vt alij volunt, retinendam possessionem interuersam ab eo cuius corpore possidebamus. Addo etiam libenter cum Bartolo posse adferri alias plerasque, ac propemodum innumeras, quas omnes conquirere laboriosum esset, vt ille ait magis quàm subtile. Sed omnium maximè placet exemplum quod primus Accursius primo loco attulit ex Pandectis in *l. si postulauerit* 27. *§. vltim. & leg. seq. infrà ad leg. Iul. de adulter. iunct. l. vltim. suprà de calumniat.* Cùm autem condictiones omnes ex lege sint condictiones, fatendum est, non alias hoc nomine dignas esse, quàm quibus intendimus dare aduersarium nobis oportere, quæ propria natura est condictionum omnium *§ sic itaque Institut. de action.* Vt excludam eas constitutiones, quæ non tam dationem imperant, quàm restitutionem: aliud enim est dare aliud restituere, vt diximus ad *l. 3. & ad l. in re furtiua* 8. *suprà tit. prox.* Sicut & excludendæ sunt actiones criminales, si quando per legem inducantur quia accusationes ex lege sunt verius quàm actiones, vt Bartolus docet ex initio *tit. Institut. de public. iudic.* Sed & obseruandum est, iura illa omnia quæ per condictionem ex lege petuntur, esse perpetua, id est, ad triginta vsque annos durare, quia sunt actiones ciuiles quæ non nisi trigesimo demum anno perimuntur *leg. sicut* 3. *Cod. de præscript. 30 vel 40. annor.* Vnde fit, vt quamuis querela inofficiosi testamenti quinquennio præscribatur, & dici soleat actionem in alterius locum subrogatam sapere naturam eius in cuius locum subrogata est *l. si quis eum* 10. *§. qui iniuriarum suprà si quis caution.* condictio tamen ex *dict. l. omnimodo* ad supplementum legitimæ non nisi triginta annis finiatur, vt contra Bartolum cæteri interpretes vulgò sentiunt. Eoque iure vtimur. Item quamuis restitutionum omnium in integrum petendarum ius quadriennio concludatur, eóque vtili quidem ab initio, sed continuo ex quo cœpit currere *l. vltim. Cod. de tempor. petend. in integr. restitut.* condictio tamen ex *dict. leg. 2. Cod. de rescind. vendit.* ad rescindendam venditionem, licèt proponatur per viam restitutionis in integrum, ad trigesimum vsque annum durat, vt ex iis apparet quæ in Codice Fabriano scripsimus sub illis titulis *De inoffic. testam. & de rescind. vendit.* Illud postremo loco non est prætermittendum quod Bartolus quoque notat, condictionem hanc ex lege cum aliis quoque actionibus & condictionibus posse concurrere: nam quoties lex aliqua nouam obligationem introducit, nisi si nominatim cauerit, vt ea sola actione vtamur, constat veteres etiam actiones eo nomine competere, inquit Paulus in *l. quoties* 41. *infr. de obligationibus & action.* Cætera quæ Bartolus ad hanc legem disputat, tot distinctionibus & subdistinctionibus adhibitis, an & quando ex dispositione legis oriatur ius agendi, siue lex permittat aliquid, siue imperet, siue etiam vetet, siue denique puniat, & an cùm ius agendi ex lege oritur actio, illa dicenda sit, an officium iudicis, nos quasi πάρεργα consulto prætermittimus, & tanquam si non à iuris ratione omnia, saltem ab instituto nostro aliena.

DE

DE CONDICTIONE TRITICARIA.

TIT. III.

VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

QVI certam pecuniam numeratam petit, ille actione vtitur, *Si certum petatur* [a]. qui autem alias res: per triticariam condictionem petet. & generaliter dicendum est, omnes res per hanc condictionem peti, si quæ sint, præter pecuniam numeratam: siue in pondere, siue in mensura constent: siue mobiles sint, siue soli. quare fundum quoque per hanc actionem petimus [b], & si vectigalis sit [c]: siue ius stipulatus quis sit, veluti vsumfructum [d], vel seruitutem vtrorumque prædiorum.

Ad l. 1. Qui certam.

SVauis certè est Accursius, qui ad huius tituli rubricam notat, triticariam actionem dictam esse à Triticio quodam, sicut Publiciana dicta est à Publicio §. *namque Instit. de action.* Quo exemplo debuisset ergo dici Triticiana, non autem Triticaria. Sed longè suauior Bartolus, qui authorem huius actionis ait fuisse Franciscanum quendam, aut saltem philosophum qui tanto odio pecuniam numeratam prosequebatur, vt actionem hanc ad res omnes præterquàm ad pecuniam numeratam voluerit pertinere. Nec multo feliciùs vir doctissimus Iacobus Cuiacius Stephanum Græcum interpretem secutus hanc actionem sic dictam vult, quòd qui primus eam dari sibi postulauit, fortè ei res erat de æstimando tritico. Quasi verò nomen hoc casu impositum sit, ac non potiùs ad veram propriámque actionis substantiam & vim denotandam. Nos paullo meliùs, vt nobis videmur, totam rem hanc explicauimus in *error.* 1. *&* 2. *Decadis* 83. *de error. pragmat.* vbi ostendimus condictionem certi sic ideò dictam, quòd per eam nihil vnquam nisi numerata pecunia petatur; quæ semper certa est, & omnium rerum certissima, quippe quæ in Republica benè constituta, qualis fuit Romanorum, semper eiusdem sit æstimationis *l. 3. supr. de in lit. iur l. 3. infr. tit. prox.* Quamuis enim fundus & triticum cæteræque res omnes certæ per hanc actionem non minùs quàm per triticariã petantur, sic tamen petuntur per litis contestationem & apud prætorem, vt ab eo tempore deberi desinant, nihilque debeatur nisi pecunia, id est æstimatio illa quæ fuit præcisè tempore ipsolitis contestatæ, quæ æstimatio, vt nemo non videt, semper in pecunia numerata consistit *leg. vinum* 22. *supr. de reb. credit. l. vltim. infr. hoc tit.* quæ intelligenda omnino est de condictione certi non de triticaria *l. hominem* 37. *infr. mandat.* At per condictionem triticariam, etiam post litem contestatam, & apud iudicem datum, petitur ea ipsa res quæ fuit deducta in contestationem, & quamuis litem pecunia æstimari per sententiam tandem oporteat, nunquam tamen pecunia petitur, sed tantùm in condemnationem necessariò deducitur; quomodo in aliis omnibus actionibus euenit, vt iudicati executio fieri aliqua possit, quæ aliter quàm in pecunia citra vim & impressionem manúmque militarem fieri non posset *l. 4. §. ait prætor l. à Diuo Pio* 15. *§. 1. §. sed si emptor & pass. infr. de re iudic. l. qui restituere* 68. vbi diximus *supr. de rei vindic.* Vnde est quod in triticaria necessariò lis æstimanda est inspecto tempore condemnationis *l. 3.* vbi dicemus *infr.* Dicta autem est triticaria à Tritico, non quia in aliis rebus tam quæ in pondere, numero & mensura consistunt, quàm in cæteris omnibus locum habere non possit: sed quia cùm actiones omnes comparatæ sint ad hominum vtilitatem, & necessitatem: duo autem ad vitam hominis præcipuè necessaria sint, panis, & pecunia, duas quoque actiones præcipuas & generales comparari oportuit, condictionem certi pro pecunia, & condictionem triticariam pro pane, qui ex tritico fit omnium exquisitissimus, nec minùs tamen pro cæteris rebus omnibus extra pecuniam numeratam, quia nõ ab omnibus rebus potuit fieri denominatio actionis, sed ab insigniore denominanda fuit. Etsi autẽ pecuniæ nomẽ generale est in lege duodecim tabularum, vt cæteras quoq. res cõprehendat *l. verbũ legis* 120. *l. pecunia* 178. *de verb. signific.* pecuniã tamẽ numeratã cũ dicimus, strictissimè intelligimus ad exclusionem rerum omnium præterquàm nummorum, vt benè hîc notat Accursius, licèt malè subiiciat, triticariam dari pro frumento, & aliis rebus quæ consistunt in pondere, numero, & mensura, quasi res illæ faciliùs quàm immobiles tritici appellatione contineantur, aut quasi non detur æquè pro cæteris rebus soli & immobilibus, cõtrà quàm hîc scriptum sit & in *l. prox infr.*

a *Illa actione vtitur si certum petatur.* Hinc apparet quàm improbabiliter Accurs. Bart. & alij interpretes vulgò negent esse hoc nomen actionis, cùm Vlpianus hoc ipsum apertè exprimat. Et certè his verbis actio exprimitur, quã nos certi condictionẽ appellamus de qua in *l. certi condictio* 9. *& tot. tit. de reb. credit. si cert. pet. supr.* alius nec leuior eiusdẽ Accursij

error est, quod ait primis verbis huius legis non remoueri, quin condictio certi in aliis rebus quàm in pecunia numerata locum habeat, sed triticariam remoueri, vt locum non habeat in pecunia numerata: quasi Vlpianus non denotet hîc naturam condictionis certi, sed triticariæ. Nam imò verò tam id agit Vlpianus, vt exprimat naturam cõdictionis certi, quàm vt naturam triticariæ condictionis: & falsum est, per condictionem certi aliud peti, quàm pecuniam numeratã, eo nimirum sensu quo supra explicauimus. Actio enim tum esse incipit, cùm datur à prætore per formulam, per quam & iudex datur post litem contestatam: à quo tempore constat nihil nisi pecuniam numeratam peti, quamuis fundus tempore contestationis fuerit petitus *l. fundum 28. infr. de nouat.* Fit enim nouatio per contestationem *leg. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. eod. tit.* & ea demùm petitio verè dicitur quæ per contestationem fit *l. ampliùs non peti 15. infr. rat. rem haber.* Et quidem in eam petitionem quæ fit per litis contestationem, illud ipsum omnino deducendum est, quod fuit in obligatione, ac proinde fundus non pecunia, si fundus non pecunia debebatur *l. certum 6. l. cùm fundus 31. supr. de reb. credit. & d. l. fundum 28. de nouat.* Sed in petitionem quæ fit in iudicio post litem contestatam datámque à prætore actionem, dico nunquam deduci, nisi pecuniam numeratam, cùm certi condictione agitur, secus verò esse in condictione triticaria, per quam scilicet res ipsa, quæ debita fuit ante contestationem, perinde petitur post litem contestatam, vsque ad sententiam. Itaque cùm dicimus certi condictionem generalem esse, ita accipi debet, vt ex quacunque quidem causa detur, & ex quocunque contractu, siue certo, siue incerto, dummodò certum sit quod debeatur, & quod petitur, siue in specie, siue in quantitate consistat: *dict. leg. certum & dict. leg. certi condictio*, sed non vt per eam actor quicquam aliud consequi aut petere ex die litis contestatæ possit, quàm pecuniam numeratam, cùm per triticariam res ipsa etiam in iudicio petatur, quamuis per eam actor æquè nihil nisi pecuniam consequatur, quia etiam in triticaria lis omnimodò æstimanda est *d. l. 3 infr.* Nec verendum est, vt malè iudicet iudex qui pro fundo aut tritico petito condemnat reum ad æstimationem *arg. l. vltim. Cod. de fideic. libert.* cùm id faciat non tantùm ex mera iuris necessitate, vt post sententiam iudicati executio aliqua inuito etiam condemnato fieri possit sine vi & impressione per capionem pignorum *d. l. à Diuo Pio 15. §. si pignora & pass. de re iudic.* Sed etiam ex præscripto formulæ, à qua nec si velit, possit vnquam recedere. Proinde generalior est triticaria, quàm condictio certi si tempus illud inspicias, quod inter contestationem & sententiam medium intercedit, non etiam si tempus ipsum litis contestatæ, aut ferendæ sententiæ. Nam & in certi condictione litis contestatio fieri potest pro rebus omnibus, certis tamen, etiamsi in specie non in quantitate consistant. Condemnatio autem etiam in triticaria fieri debet in pecuniam numeratam, perinde ac in condictione certi. Est etiam generalior triticaria in eo quod per eam petuntur etiam res incertæ & iura, vt sequitur in hac lege, quæ tamen per certi condictionem peti non possunt, quia nec digito demonstrari, nec per relationem ad aliud quid certum, certa fieri iura possunt, cùm sint incorporalia *Tit. de reb. corpor. & incorp.* apud Iustin. *d. l. certum 6. supr. de reb. credit.* Nemo autem peius, meo iudicio, quàm Iacobus Cuiacius vim & naturam condictionis huius triticariæ explicauit, cùm scripsit in condictione certi iudicem datum inseruire contractui, arbitrij inopem: In hac verò triticaria æstimare rem petitam habita ratione loci & temporis, quasi verò sit hæc quoque actio arbitraria, vt illa de eo quod certo loco, de qua dicemus *Tit. prox.* Quod certè non ita est. Sunt enim condictiones omnes stricti iuris, nec minus triticaria, quàm cæteræ, nulla penitus arbitraria, nisi cùm promissioni locus adiectus est. Neque sanè in toto hoc Tit. videas factam mentionem vllam adiecti loci vel temporis, vt alterutrius rationem habere iudex possit aut debeat, nisi in *l. vlt. hoc tit.* quæ non de triticaria est, sed de condictione certi, & ostendit potiùs non posse locum esse condictioni triticariæ quoties loci vel temporis ratio habenda est, quia eo casu præcisè æstimari lis debet inspecto eo tempore vel loco quo dari res debuit, nec potest ex postfacto æstimatio crescere vel decrescere, vt in triticaria. Reliqua quæ ad huius condictionis tractatum pertinent, petenda sunt non ex *lib. 16. Coniecturarum nostrarum*, vbi pleraque malè scripsimus, cùm huius condictionis vim & potestatem adhuc ignoraremus, sed ex postrema parte Chiliadis nostræ *de error. pragmat. Chiliade 83.* vbi omnia meliùs, subtiliùs, & veriùs.

b *Quare fundum quoque per hanc actionem petimus.*

RAT. DVB. Fundus, si denominationem adiicias Corneliani, aut Semproniani, tam certus est, quàm pecunia numerata, & quantitas centum aureorum *l. certum 6. supr. de reb. credit. l. stipulationũ 74. & seq. infr. de verb. oblig.* Ergo per certi condictionẽ peti potest perinde ac pecunia numerata. DEC. Peti quidem potest & debet fundus ipse vsque ad litem contestatam, & in ipsa litis contestatione si erat in obligatione, sed post litem contestatam datámque formulam, à quo tempore actio & iudicium incipit, non debetur nisi pecunia, quia nec aliud in iudicium condictionis certi deductũ intelligitur, nisi quanti fundus fuit tempore litis contestatæ *d. l. cùm fundus 31. de reb. credit. iunct. leg. sequent. eod. tit. & leg. vltim. infr. hoc tit. dict. leg. fundum 28. infr. de nouat. leg. hominem 37. infr. mandat.* Cùm tamen in iudicium condictionis triticariæ, si per eam fundus petatur, ipse quoque fundus deducatur, non eius æstimatio, quæ præcisè fuerit tempore litis contestatæ, ita vt nec alia quantitas deducenda sit in condemnationem, quàm quæ fuerit tempore latæ sententiæ *leg. 3. infr.* Multùm ergo interest an fundus debitus petatur per condictionem certi, an per triticariam, nullo etiam adiecto loco vel tempore. Adiectio enim loci facit actionem arbitrariam non triticariam: adiectio verò temporis non magis arbitrariam quàm triticariam, vt contra Cuiacium dicemus ad *leg. 5. infr. tit. prox.*

c *Etsi vectigalis sit.* RAT. DVB. Fundus vectigalis ille est, cuius retinendi potestatem possessor habet, etiam inuito domino quandiu vectigal soluit: quem & vindicare potest vtili in rem actione, si fortè nulla sua culpa possessionem amiserit *leg. 1. & tot. tit.* vbi diximus *supr. si ager vectigal. & emphyt. petat.* Non ergo potest venire in condictionem siue triticariam siue aliam, quia per condictionem sicuti nunquam petimus id quod nostrum est nisi à fure, vt sequitur in textu: Ita

petimus

petimus ſemper id quod noſtrum fuit *leg. videamus 38. in princip. & §. ſi actionem infr. de vſur.* Fundus autem vectigalis neque in poſſeſſoris dominio vnquam fuit, neque ita eſt domini, vt abſolutè poſſit cum ſuum dicere *l. lex vectigali fundo 31. infr. de pignor. l. ſi finita 15. §. ſi de vectigalibus infr. de damn. infect.* Per condictionem verò quamlibet etiam furtiuam intendimus aduerſarium dare nobis oportere *§. ſic itaque & ſeq. Inſtit. de action.* DEC. Tam qui vectigalem fundum poſſidet, quàm qui eius fundi dominus eſt, ius aliquod in eo fundo habet, eiúſque iuris dominus eſt. Ergo condicere ius illud poteſt, non quidem per condictionem certi, quoniam iura omnia cùm incorporalia ſint, incerta eſſe creduntur *l. vbi autem 75. §. fundi autem & ſeq. verſic. qui verò infr. de verb. oblig.* ſed per triticariam, per quam incerta & conſequenter etiam iura petuntur. Fundus enim vectigalis partim in re, partim in iure conſiſtit. Quidni ergo per triticariam condici poterit, ſicut & cætera quæ in iure tantùm conſiſtunt? Illud obſeruatione dignum eſt, quod ad factum non magis datur triticaria, quàm condictio certi, ſed diuerſa ratione. Condictio quidem certi, quia facta omnia ſunt incerta *leg. vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig.* Triticaria verò quia licèt ad res quoque incertas detur, non tamen datur ad pecuniam numeratam: in omnibus autem faciendi obligationibus ſuccedit in locum obligationibus facti obligatio præſtandæ pecuniæ *l. ſi quis ab alio 13. in fin. de reiudic.*

d *Siue ius ſtipulatus quis ſit veluti vſumfructum.* RAT. DVB. Vſusfructus portionis inſtar obtinet, in eóque differt à ſeruitutibus prædiorum vtrorumque, tam vrbanorum quàm ruſticorum *l. cùm filius 76. §. dominus de legat. 2.* quia emolumentum rei continet. *l. Mauius 66. §. fundo eod. tit.* ideóque in multis caſibus dominij inſtar obtinere dicitur *l. 4. l. ſi Titio 33. §. 1. ſupr. de vſufr. l. qui vſumfructum 58. infr. de verb. oblig.* Conſiſtit enim vſusfructus ex vtendo fruendo *leg. 1. ſupr. quand. dies vſusfr. legat. ced.* quod vtique facti non iuris eſt *l. ſi vſusfructus 66. infrà de iur. dot.* Non ergo ius ſtipulatus videri poteſt, is qui ſtipulatus eſt vſumfructum. DEC. Vſusfructus licèt effectu ipſo emolumentum rei contineat, formaliter tamen in iure non in parte conſiſtit *d. §. fundo l. ſi à reo 70. §. ſi reo infr. de fideiuſſ.* Cúmque ſit ſeruitus perſonalis, proculdubio ius eſt, vt & cæteræ ſeruitutes omnes tam perſonarum quàm prædiorum *Tit. de rer. corpor. & incorpor. in fin.* apud Iuſtin. Vnde eſt, quod qui fundi quamuis certi vſumfructum ſtipulatus eſt, incertum ſtipulatus intelligitur *l. vbi autem 75. § fundi certi infr. de verb. oblig.* quoniam ſcilicet iura omnia ſunt incerta, quippe quib. non poſſit conuenire diffinitio certi poſita in *l. certum 6. ſupr. de reb. credit.* quamuis ius ipſum per ſe non minùs certum ſit, quàm finitum *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor.* Planè de ſeruitutibus vtrorumque prædiorum tam vrbanorum quàm ruſticorum, de quibus hîc Vlpianus ſubiicit, nemo dubitat quin ſint iura, cùm non modò in iure conſiſtant, ſed nec emolumentum rei contineant: in quo differunt ab vſufructu *d. §. dominus*, quamuis generaliter dici poſſit iura prædiorum nihil aliud eſſe, quàm ipſa prædia qualiter ſe habētia *l. quid aliud 86. de verb. ſignification.* vnde & ratio dubitandi ad hunc locum ſumi poteſt. Ergo tā vſusfructus quàm cæteræ ſeruitutes promiſſæ per hanc actionem rectè petentur, & condicentur antequàm conſtitutæ ſint, nam poſtquàm conſtitutæ & traditæ fuerint eo ſcilicet modo quo iura tradi poſſunt, non condicuntur, ſed vindicantur propria actione, de qua in *Tit. ſi vſuſfru. pet. & tit. ſi ſeruit. vindic.* Condicere enim ſuam ſeruitutem ſiue perſonalem ſiue realem non magis quàm aliam rem ſuam quiſquam poteſt, *§ prox. inf.* vbi bene Accurſ. contra Azonem, & poſt Accurſium Bartolus.

1 ¶ Rem autem ſuam per hanc actionem nemo petet, niſi ex cauſis, ex quibus poteſt: veluti ex cauſa furtiua, vel in re mobili vi abrepta a.

Ad § 1. Rem autem ſuam.

RAT. DVB. Condictio triticaria concurrit cum cæteris condictionibus omnibus præterquàm cum certi condictione generali, vt ſuprà diximus. Atqui condictio furtiua datur etiam domino *leg. 1. ſupr. de condict. furt.* Ergo etiam condictio triticaria poteſt dari domino, vt rem quoque ſuam condicat. DEC. Nulla condictio eſt, per quam non intendat actor dari ſibi rem oportere *§. ſic itaque Inſtit. de action.* Cúmque dare nihil aliud ſit, quàm dominium transferre *leg. vbi autem 75. §. vltim. infr. de verb. oblig.* apparet id quod meum iam eſt, dari mihi ampliùs non poſſe, quia nec magis meum fieri poteſt *dict. §. ſic itaque leg. non vt ex pluribus 91. de regul. iur. leg. in bello 12. §. ſi quis ſeruum infr. de capt. & poſtlim.* Niſi cùm agitur contra furem, cuius odio hoc receptum eſt, vt non minùs condictione quàm vindicatione teneatur *leg. vltim. ſupr. vſufr. quem caueat.* Atqui condictio triticaria tam verè condictio eſt, quàm cæteræ condictiones, eiuſdémque naturæ & poteſtatis eſt. Ergo per eam æquè intendit actor dari ſibi oportere. Et conſequenter rem ſuam petere per hanc condictionem nemo poteſt, niſi ex quibus cauſis poſſet ſpecialiorè alia condictione, id eſt contra furem. Habet enim hoc caſu condictio triticaria naturam condictionis furtiuæ, ſicut & aliis caſibus naturam retinet earum condictionum cum quibus concurrit. Planè, quinetiam ſuæ rei poſſeſſionem poſſit quis per hanc actionem condicere nemo dubitat, ſicut & per condictionem indebiti *leg. indebiti 15. §. ſed ſi nummi* vbi dixi *ſupr. de condict. indeb.* Poſſeſſio enim cùm facti ſit magis quàm iuris, ad alium pertinere poteſt, licèt proprietas rei ſit mea, quandoquidem nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione *leg. naturaliter 12. §. nihil commune leg. penult. infr. de acquir. poſſ.* Itaque qui poſſeſſionem rei ſuæ ab alio detentam condicit, rem alienam condicit non ſuam. Nam & poſſeſſio rei appellatione generali continetur *l prox. in fin. infr.*

a *Vel in re mobili vi abrepta.* Putauimus aliquando poſſe meliore ſenſu legi, *re immobili vi abrepta.* Non quod ignoraremus raptorem eſſe furem improbiorem *leg. item ſi cùm 14. §. qui vim intulit ſupr. Quod met. cauſ. leg. 2. §. cæteri infr. vi bonor. rapt.* ideóque rei immobilis non magis rapinam quàm furtum fieri poſſe *§. quod autem Inſtit. de vſucap. leg. quam rem 38. infr. eod. ill. tit.* ſed vt Vlpiani ſententia latiùs acciperetur, & ad rem quoque immobilem extenderetur. Sed nihil certè mutandum eſt. Nam vt benè Accurſius monet, tam abripi quàm rapi res mobilis tantùm dicitur, immobilis verò inuadi *§ pen. Inſtit. vi bonor. rapt.* Et quemadmodū dicimus,

etiam illi qui vi rapuit condici posse furtiua condictione *l. siue manifestus* 10. §. *ei quoque supr. de condict. furt.* Ita & monendum fuit posse dari triticariam condictionem rei propriæ aduersus raptorem, non minùs quàm contra furem, exemplo condictionis furtiuæ. Nam contra eum quoque dari debere, qui alium de fundo vi deiecit, subiicitur in *leg. prox. seq.*

2. IDEM libro 18. ad Sabinum.

SEd & ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit. & ita etiam Celsus. sed ita, si dominus sit, qui deiectus condicat. cæterum, si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

Ad l. Sed & ei 2.

RAT. DVB. Condictione triticaria nemo rem suam persequi potest, nisi iis ipsis casibus quibus posset eam persequi per condictionem furtiuam §. *vlt l prox. supr.* Atqui per furtiuam condictionem nemo potest fundum condicere, quia rei immobilis furtum fieri nunquam potest, vt proximè diximus. Ergo nec per triticariam condicere fundum vi possessum quisquam potest. DEC. Condictio triticaria sicuti latiùs patet, quàm condictio certi, vt diximus ad initium legis præcedentis, ita & latiùs quàm condictio furtiua. Hæc enim ad res mobiles tantùm pertinet, non ad immobiles, neque ad iura, quorum scilicet furtum fieri non potest, quia nec possideri possunt, *Tit. Instit. de reb. corpor. & incorp.* Triticaria verò & ad res immobiles, & ad iura quoque competit *d. l. prox. supr.* Et diuersitatis ratio euidens illa est, quia condictio furtiua nascitur ex furto *l. si ambo* 10. §. *quoties infr. de compensat. l. sed si damnum* 9. *aliàs l. peculium* §. *siue autem inf. de pecul.* ita vt vbi furtum non est, neque condictio furtiua locum habere possit *l. si duo* 13. §. *idem Iulianus supr. de iureiur.* At triticaria non item: Et sicuti lex Attinia de rebus furtiuis lata est, ne possint vsucapi, ita & lex Iulia Plautia de fundis & immobilibus vi possessis §. *furtiuæ quoque res Instit. de vsucap.* Cæterùm quamuis latiùs pateat condictio triticaria, quàm furtiua, in eo tamen retinet similitudinem cum furtiua, quòd sicuti non datur furtiua pro re actoris propria nisi contra furem & raptorem, itémque triticaria, ita nec datur triticaria domino nisi contra violentum inuasorem, nec contra violentum inuasorem nisi domino, vt nec melior nec deterior condicio sit inuasoris, quàm raptoris & furis. Quòd si is cuius possessionem alius inuasit, non sit dominus, habebit quidem nihilominùs condictionem triticariam, sed pro possessione tantùm non etiam pro dominio. Quamquam & cùm dominus est, si malit possessionem cōdicere quàm dominium, adhuc audiendus est, nam & possessionis dominium quoddam est, vt & proprietatis, tametsi faciliùs amittatur illud quàm proprietatis *leg. si quis vi* 17. §. *differentia infr. de acquir. poss. iunct. l.* 1. *de bonor. poss.* Et ita benè hîc Accursius, notans etiam per actionem personalem perinde atque per interdicta possessionem peti posse ex *l. indebiti* 15. §. *sed si nummi supr. de condict. indeb. l.* 1. §. *restituend. infr. vti possid.*

3. IDEM libro 27. ad Edictum.

IN hac actione si quæratur, res, quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat? verius est, quod Seruius ait, condemnationis tempus spectandum. si verò desierit esse in rebus humanis [a]: mortis tempus, sed ἐν πλάτει, *q. d. latiùs*, secundùm Celsum erit spectandum: non enim debet nouissimum vitæ tempus æstimari: ne ad exiguum pretium æstimatio redigatur in seruo fortè mortiferè vulnerato. In vtroque autem [b], si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro 20. habendam æstimationem, quantò deterior res facta sit. & ideo, si quis post moram seruum eluscatum dederit, nec liberari eum quare ad tempus moræ in his erit reducenda æstimatio.

Ad l. In hac actione 3.

Vix alia est in toto iure nostro lex quæ obscurior & difficilior esse credatur, nec immeritò apud eos, qui condictionis triticariæ naturam & potestatem ignorant. Mihi nulla videtur facilior, & ex iis quæ ad legem primam scripsimus, remanet iam ni fallimur, propemodum explicata, ait Vlpianus in hac actione, id est in condictione triticaria, si quæratur res, quæ petita est cuius temporis æstimationem recipiat, verius esse quod Seruius ait condemnationis tempus spectandum esse. In quo illud primùm occurrit, quod interpretes omnes mirantur, cur petitò per triticariam homine debito æstimatio ipsius deducatur in condemnationem.

RAT. DVB. quia in condemnationem deducendum est illud ipsum quod petitum fuit, & deductum in libellum, vt sententia fit conformis libello *l. vt fundus* 19. *supr. commun. diuid.* & fatuus iudex esse dicitur qui iudicat vltra petita *l. vlt. C. de fideic. libert.* vbi de hoc ipso iudice tractat Iustinianus qui pro petito homine condemnauit reum ad æstimationem. Sed decidendi ratio est, quia prætor in edicto de re iudicata & de sententiarum effectu & executione voluit in actionibus omnibus litem à iudice æstimari per sententiam, vt iudicati executio aliqua fieri posset, quæ alioqui non posset citra vim & impressionem, siue ad dandum siue ad faciendum quis condemnaretur *l.* 4. §. *ait prætor infr. de re iudic.* Pecunia enim sola est, quæ per pignorum capionem & distractionem explicari commodè potest, inuito etiam condemnato, & ipso tamen non hoc vel illud facere, sed pati tantùm coacto *l. à Diuo Pio* 15. §. *si pignora & pass. eod. tit.* Idque pluribus à nobis ostensum est in *error.* 1. & 2. & 7. *Decad.* 85. Neque hîc repetemus. Sed addemus hanc ipsam iudicandi rationem, aut potiùs necessitatem, licèt à Triboniano stulta & absurda dicatur in *dict. leg. vltim. C. de fideic. libert.* & ab Accursio nostro fatua ad hanc legem, apud veteres tamen prudentes non solùm receptam, sed etiam indubi-

Indubitatam fuisse, nec eius rei luculentiorem probationem vllam quærendam esse, quàm quæ extat in *dict. leg. vltim. Cod. de fideic. libert.* vbi refert Iustinianus, in specie illa de herede iusso dare seruum legatario ad eum manumittendum, si heres seruum dare noluerit, sed litigare maluerit, & condemnatus ad litis æstimationem eam præstiterit, dubitatum fuisse apud veteres iuris interpretes, an aliquod obstaculum libertati ex hac causa procederet. Non ait dubitatum fuisse, an sententia eo modo concipi posset aut deberet. Quid enim fuisset stultius, quàm iuris quæstionem mouere circa eius sententiæ effectum & executionem, quæ perperam ac nullo iure lata esset? Sed ait dubitatum fuisse duntaxat, an ex eiusmodi sententia mādata executioni libertas impediretur. Videbatur enim impediri, cùm non posset libertas præstari neque ab herede qui serui æstimationem legatario ex condemnatione præstitisset neque à legatario qui seruum non haberet, sed pro seruo æstimationem ipsius accipere iussus esset. Nec satè ratio vlla esset conseruandæ huius libertatis, nisi aliqua ex parte ad SC. Rubrianum pertinere videretur, de quo in *leg. cùm verò 26. §. subuentum & seqq. infr. de fideic. libert.* Videtur enim hic casus proximè accedere ad illum de quo in *§. vltim. dict. leg. cùm verò*, vbi tractat Vlpianus, si heres latitet à quo seruus legatus fuerat, legatarius verò qui libertatem præstare rogatus fuerat, præsens sit, an Senatusconsultum Rubrianum deficiat. Et ait deficere, & libertatem impediri, si ponas legatarium eius serui dominium nunquam nactum fuisse. Senatus enim eum duntaxat casum complexus est, quo ij a quibus libertatem præstari oportet euocati à prætore adesse noluerint *dict. §. subuentum.* In proposito autem latitat heres, qui libertatem præstare iussus non est, legatarius verò præsens est, qui libertatem dare iussus fuit. Ob eam nimirum causam subiungitur ex Paulo in *leg. sequ.* principem hoc casu adeundum esse, vt & in hac specie libertati prospiciatur. Quo exēplo non malè Iustinianus supradictam constitutionem edidit ad conseruandam libertatem. Quid enim refert, an heres latitet ne à legatario conueniatur, an verò sui copiam faciat, sed vt litiget cum legatario, præstetque ei æstimationem serui, seruum verò ipsum sibi retineat? Sed malè Iustinianus occasionem ferendæ nouæ constitutionis, & materiam sumpsit ex stultitia iudicis, cùm ex mera ratione ac necessitate iuris eam sumere potiùs debuisset, miratique prudentum veterum stultitiam, non noui iudicis qui secundum veterem Iurisprudentiam iudicasset. Videtur autem Tribonianus in illa constitutione ad ius illud nouum respexisse, quod ipse totam veterem iurisprudentiam peruertendo induxerat in *leg. qui restituere 68. supr. de rei vendic.* vt ibi docuimus. Etsi lex illa ad actiones tantùm arbitrarias pertinere videtur, non etiam ad actiones strictas, cuiusmodi sunt actiones omnes tam ex stipulatione quàm ex stipulatu, itémque condictiones, & consequenter triticaria, vt diximus. Quare non est quod cum Accursio, Bartolo aliisque interpretibus dicamus hominem debitum, qui in specie huius legis petitus fuerat per triticariam, fuisse quidem adhuc in rerum natura tempore sententiæ, sed non in dominio debitoris, qui proinde cùm petitoris eum perfectè facere non posset, condemnari debuerit ad æstimationem: totum enim hoc commentitium & diuinatorium est. Nec minùs illud quod Bartolus tanquam subtilior de ingenio suo subiungit, fuisse in rerum natura hominem tempore sententiæ, sed periisse ante iudicati executionem, quasi verò lis æstimetur in iudicati executione duntaxat si iudicato non satisfiat, non autem per sententiam ipsam & condemnationem *l. prox. infr.* Atque hic primus nostrorum in huius legis interpretatione error est. Sequitur alia longè grauior huius legis difficultas, quæ alium quoque, & grauiorem interpretum errorem inuexit in eo quod Vlpianus ex Seruij sententia scribit veriùs esse, in hac actione spectandā eam æstimationem quæ est tempore condemnationis.

RAT. DUB. In actionibus omnibus stricti iuris, quoties de ineunda rei debitæ æstimatione quæritur, inspiciendum est præcisè tempus litis contestatæ *l. vinum 22. supr. de reb. credit. l. prox. infr. l. 3. §. in hac infr. commod. l. hominem 37. mandat. l. fundum 28. de nouat. & deleg.* Est enim hoc proprium iudiciorum bonæ fidei, vt in iis rei iudicandæ tempus spectetur *d. §. in hac*, aut moræ vero tempore res pluris fuit *l. 3. §. si per venditorem de action. empt.* Atqui condictio triticaria est stricti iuris, vt & cæteræ condictiones omnes, si sufficiens est, vt est, actionum omnium bonæ fidei enumeratio apud Iustin. *in §. actionum Instit. de action.* Ergo in triticaria perinde atque in condictionibus cæteris omnibus tanti lis æstimanda est per sententiam, quanti præcisè fuit tempore litis contestatæ. DEC. Ex eo tempore quidque æstimandum est, quo solui nouissimè potuit *l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* Atqui res per triticariam condictionem petita potuit solui vltimo instanti ante condemnationem, eiúsque solutio haud dubiè peperisset debitori liberationem *§. vlt. Instit. de perpet. & tempor. act.* vbi dicitur iudicia omnia hoc sensu esse absolutoria. Ergo si ea res soluta non sit ante sententiam, tempus cōdemnationis in ea præcisè spectandum est: Iustius enim illud primum est, quo res petita præstari & solui posse desinit, quia semper lis æstimanda est per sententiam. Litis autem æstimatio, nisi in pecunia numerata, fieri nullomodo potest. In cæteris cōdictionibus omnibus aliud iuris est, in quibus scilicet pecunia deberi incipit, & res petita solui posse desinit ex tēpore litis contestatæ propter nouationem, quæ fit per contestationem, & quæ tamen nulla fit in triticaria, quoniā in ea hoc ipsum expressim agitur, vt nulla fiat, sed vt illud ipsū quod in obligatione & petitione fuit tempore litis contestatæ, in eadem causa maneat vsque ad tempus rei iudicatæ. Valeat ergo Placentinus, qui dixit legem hanc intelligendam esse de condictione triticaria, quæ proficiscatur ex cōtractu bonæ fidei, quasi verò possit aliqua condictio triticaria esse bonæ fidei, aut ex contractu bonæ fidei nasci actio stricti iuris: contrà quàm scriptum sit in *l. in bonæ fidei 7. vers. si tamē infr. tit. prox.* Aut quasi condictio triticaria generalis dicatur, ideò quòd ex quolibet contractu etiam bonæ fidei possit cōpetere, ac non potiùs quòd ad res omnes competat præterquàm ad pecuniam numeratam & ad fictum. Valeant itē, qui distinguunt speciem debitā à rebus cæteris, vt in specie debita, & per triticariā petita tēpus condemnationis spectetur, in cæteris verò rebus quæ in pondere, numero, & mensura consistunt, tempus litis contestatæ. Obstat enim lex quæ sequitur in hoc tit. vbi postquam dixit Caius, si merx aliqua petatur per condictionem certi,

quæ nec loco nec tempore certo dari debuerit, spectandum esse tempus quo petita est, id est litis contestatæ, subiungit de cæteris rebus idem iuris esse. Sed neque quod scriptum est in *dict. leg. 3. §. in hac commod.* ad alium casum pertinere potest, quàm quo species debeatur, vt antithesis aliqua sit inter contractum commodati, & contractus stricti iuris, quandoquidem extra commodati causam sunt res omnes, quæ pondere, numero, & mensura constant *dict. leg. 3. §. vltim. & leg. 4. eod. tit.* Valeat etiam quod Bulgarus, & post eum Bartolus dixit restringendam esse hanc legem ad eum casum, quo res per triticariam petita pluris fuerit tempore cōdemnationis, nō enim distinguit Vlpianus, an pluris eo tempore fuerit, an minoris, sed condemnationis tempus præcisè spectandum esse ait: Non etiam quomodo interpretes ferè omnes vulgo intelligunt, vt in triticaria quoque spectandum sit, quanti plurimi res vnquam fuerit à tempore moræ ad tempus vsque condemnationis. Quod est ridiculum. Nam neque in bonæ fidei iudiciis id obtinet, in quibus spectamus tantùm vtro tempore res pluris fuit, aut moræ, aut condemnationis *l. 3. §. vlt. infr. de action. empt.* quomodo accipi debet quod scriptum est quantum ad bonæ fidei contractus pertinet in *d. l. 3. §. in hac commod.* Quanto minùs ergo in strictis iudiciis id obtinebit? Deniq. inauditum est in libris nostris nomen æstimationis quanti plurimi extra casum legis Aquiliæ *l. 1. l. ait lex 21. supr ad leg. Aquil.* & condictionis furtiuæ *l. in re furtiua* 8. §. 1. vbi diximus *supr. de condict. furt. l. 2. §. quæsitum infr. de priuat. delict.* vbi tamen additur quod ad sententiam nostram confirmandam valde facit, etiam in condictione furtiua æstimationem quanti plurimi non egredi retrorsum iudicij accipiendi tempus, id est litis contestatæ. Cur non enim egrederetur ad tempus vsque furti commissi, si à tempore moræ etiam in strictis iudiciis æstimatio quanti plurimi deberetur, cùm ab eo tempore fur moram semper facere intelligatur, neç odiosior mora vlla sit quam quę furis est *d. l. in re furtiua §. 1. & l. vltim. eod. tit.*? Concludamus ergo, adeò non attendi tempus moræ in contractibus stricti iuris, quod ad incundæ rei æstimationem attinet, vt nec in condictione furtiua contra furem ipsum attendatur. Neque obstat quod in fine huius legis scriptum est, quod interpretes omnes decepit, si homo debitus & per triticariam petitus deterior post debitoris moram factus sit, ad tempus moræ æstimationem reducendam esse. Aliud enim est deteriorem factum esse hominem post moram, aliud verò factum esse viliorem. Etsi enim quisquis deterior fit, hoc ipso fit vilior: potest tamen fieri vilior etiam is qui tamen nullomodo factus sit deterior. Nec videtur præstari homo debitus, si post moram præstetur deterior *dict. leg. 3. §. si reddita infr. commodat.* cùm tamen non eo minùs præstari possit, quòd factus sit vilior dum ne deterior. Sed & longè aliud est dicere, reducendam esse æstimationem ad tempus moræ, vt Vlpianus ex Marcello in fine huius legis loquitur, aliud verò æstimandum esse hominem quanti plurimi vnquam fuerit à tempore moræ, quomodo interpretes nostri intelligunt. Prioris enim locutionis sensus est, inspiciendum esse præcisè tempus moræ, id est, quanti res fuerit vltimo illo instanti quod præcessit deteriorationem. Posterior autem locutio è contrario totum illud tempus complectitur, quod deteriorationem subsecutum est. Denique sic Marcellus loquitur, habendam esse æstimationem *quanti deterior res facta sit post moram*, vt intelligamus solius deteriorationis, non etiam totius rei debitæ faciendam esse æstimationem, cùm mora deteriorationem præcessit. Itémque nullam penitus moræ rationem habendam si res debita vilior tantùm facta sit, non etiam deterior, quamuis mora præcesserit: quæ sententia interpretum errorem manifestissimè conuincit, qui monstrum hoc, vt appellare soleo, æstimationis quanti plurimi etiam in condictione triticaria, cæterisque stricti iuris contractibus inducunt, quoties mora aliqua præcessit, licèt nulla deterioratio interuenerit. Suasores verò sunt interpretes, qui in incunda æstimatione rei debitæ etiam ex contractu stricto, ideo tempus moræ spectari volunt, quòd tanti lis æstimanda sit quanti res fuit eo tempore quo dari debuit, vt scriptum est in *leg. sequent.* Dari autem debuit etiam ante litem contestatam, sic enim ad hanc legem argumentatur Accursius, nec videt Caium in *leg. prox. sequent.* cùm ita loquitur, eum casum tractare, quo res certo die dari debuerit, extra quem casum apertè profitetur Caius, tanti litem æstimandam quanti tunç res fuerit, cùm iudicium acciperetur: alioqui nec tempus moræ spectandum esset, nec quanti plurimi ab eo tempore res fuisset, vt volunt interpretes, sed tempus ipsum contractus, quo res ipsa purè promissa fuerit, aut quanti plurimi ab eo tempore res fuit, cùm ab eo tempore dari debuerit. Igitur quemadmodum non attendimus tempus illud, quo dari res debuit, quousque interpellatio & mora secuta sit, iuxta ipsorum interpretum sententiam, ita neque tempus moræ, si qua per interpellationem extraiudicialem secuta sit: Non quasi in stricti iuris contractibus nulla contrahi mora possit per interpellationem extraiudicialem, sed tantùm per litis contestationem, vt quidam malè crediderunt, sed quia in iis nullus moræ effectus esse potest ad augendam principalem obligationem, sed tantùm ad eam perpetuandam, hactenus vt siue res debita perierit, siue deterior facta sit post moram, nihil tamen de obligatione principali detrahatur, sed talis res præstanda sit qualis ante moram fuit, *leg. si ex legati* 23. *& sequentib. leg. si seruum* 91. *§. sequitur & sequent. & vltim. infr. de verbor. oblig.* Idque adeò verum est, vt tum quoque cùm species debita post moram periit, non tamen æstimanda sit, quanti fuit tempore moræ, multóque minùs quanti plurimi fuerit à tempore mortis ad tempus vsque moræ, sed quanti est, cùm petitur, quod quoniam æstimari non potest citra iusiurandum in litem, quia rei quæ non extat, nulla præsens est æstimatio, ideò nimirum in strictis quoque actionibus hoc casu ex necessitate iuratur in litem *l. in actionibus 5. §. planè supr. de in lit. iur.* Cuius iurisiurandi præstandi nulla subesset necessitas, si æstimanda res esset quanti plurimi à tempore moræ fuisset, vt cernere est in actione legis Aquiliæ, in qua occisus homo æstimatur commodissimè quanti plurimi eo anno fuit, sine vlla iurisiurandi delatione. Itémque in condictione furtiua, in qua furtiuus homo, si post litem contestatam mortuus sit, æstimatur quanti plurimi fuit non à tēpore moræ, id est admissi furti,

sed à

sed à die tantùm litis contestatæ ad tempus vsque mortis, nec vllo in eam rem iureiurando est opus, sed eo tantùm casu quo seruus furtiuus ante litem contestatam decessisse proponatur, ne alioqui deterioris condicionis sit furtiua condictio, quàm cæteræ condictiones omnes, & actiones stricti iuris. Illud ferri nullomodo potest, quod vult Accursius, nullam esse hac parte differentiam inter actiones bonæ fidei & strictas, cùm de ineunda rei debitæ æstimatione quæritur, sed tantùm cùm de accessionibus agitur, id est de fructibus, de vsuris, & de eo quod interest accessoriè debito. Differentia enim apertissimè ponitur in *d. l. 3. §. in hac infr. Commod.* vbi de æstimanda tantùm re agitur, non de fructibus aut de vsuris, probatúrque eadem differentia ex aliis legibus suprà in hanc rem citatis. Nec verius est, licet subtilius videatur, quod Bartolus tradit ad *d. §. in hac*, eo tantummodò casu admittendam esse differentiam inter contractus bonæ fidei & stricti iuris quo debita res æstimanda sit per iusiurandum in litem, sicque intelligi debere quod scriptum est in *d. §. in hac*, non etiam cùm aliis modis & probationibus res æstimatur. Pugnat enim hæc quoque sententia cum verbis *d. §. in hac*, vt ibi dicemus. Sequitur in hac lege,

a *Si verò desierit esse in rebus humanis.* RAT. DUB. Iudex non potest sine delatione iurisiurandi æstimare rem, quæ non extat *l. in actionibus 5. §. planè supr. de in lit. iur.* Ergo iusiurandum actoris in litem hoc casu necessarium est, nec permitti debet iudici, vt litem æstimet inspecto tempore mortis, ne quidem sumpto eo tempore ἐν πλάτει, vt lex ait. DEC. Multum interest, an homo debitus perierit post moram & ante litem contestatam vt in *d. §. planè*, an verò post litem contestatam siue mora aliqua præcedente, siue nulla. Priore casu necessarium est iusiurandum in litem, quia sicuti homo debitus, & post promissoris moram mortuus, peti adhuc potest *d. leg. si seruum 91. §. vlt. de verb. oblig.* Ita æstimandus est ac si viueret inspecto præcisè tempore quo petitus est, id est litis contestatæ: Dici autem non potest citra iusiurandum in litem, quanti eo tempore æstimandus sit homo iam mortuus, & qui amplius nullus est. At posteriore casu subdistinguendum est, an debitus homo & post litem contestatam mortuus, petitus esset per condictionem certi, an per triticariam. Si per condictionem certi æstimandus est quanti fuit præcisè tempore litis contestatæ, quod facile sciri potest eo quoque mortuo, & quidem citra iusiurandum in litem, cùm illo tempore vixerit, quemadmodum contingit in actione legis Aquiliæ, vt diximus. At si per triticariam neque æstimatio illa spectari potest, quæ fuit præcisè tempore litis contestatæ, quia in huiusmodi actione litis contestatio non facit, vt res ipsa deberi desinat, eiúsque precium deberi incipiat, quomodo in condictione certi, aliisque actionibus omnibus siue bonæ fidei siue stricti iuris contingeret, neque rursus illa æstimatio quæ est tempore condemnationis, cùm eo tempore iam desierit viuere, & consequenter desierit præstari posse? Necessariò igitur ea æstimatio facienda est, quæ fuit tempore mortis. Latiùs tamen & ἐν πλάτει, ne alioqui ad exiguum penéque nullum precium redigatur æstimatio, si præcisè inspiciatur, vltimum instans vitæ seruo mortiferè vulnerato, quodnam enim precium esse potest serui iamiam morituri? Dices ita futurum vt moroso debitori magis noceat mora extraiudicialis per simplicem interpellationem contracta, quàm iudicialis commissa per contestationem. Sed respondendum est id fieri non propter moræ extraiudicialis potestatem, sed potiùs ex necessitate iuris, & quia mora extraiudicialis, licet eam vim habeat, vt obligationem perpetuet, non tamen habet eam vim, vt eius ratio aliqua possit haberi in ineunda æstimatione rei debitæ post moram peremptæ: Quia si haberi aliqua posset, inspiceremus quanti res fuisset præcisè attento tempore moræ, neque actoris iusiurandum in eam rem exigeremus, quod proinde necessarium est, ne alioqui actor non tam minus quàm nihil consequi possit, atque ita fiat inanis & illusoria obligatio, quæ tamen ne intercidat per moram perpetuatur. At cùm mora iudicialis contracta est per litis contestationem, nihil causæ est, cur alterius temporis æstimationem exigamus, quàm quæ fuit tempore litis contestatæ, si condictione certi, non triticaria actum sit, quia & illud ipsum tempus inspiceremus si seruus viueret *l. hominem 37. infr. mandat.* Aut si triticaria non certi condictione actum fuerit, eam æstimationem inspiciemus quæ fuit tempore mortis id est primo illo instanti quo ex vulnere mortifero infirmari cœpit. Ex regula *d. l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* non item illam, quæ fuit tempore litis contestatæ, quia in actione triticaria non facit contestatio, quin etiam post litem contestatam species quæ adhuc petitur, adhuc præstari possit. Hinc porrò euidentiùs apparet, quàm falsum sit, quod interpretes somniant de æstimatione quanti plurimi etiam in specie huius legis ineunda. Nam si æstimatio quanti plurimi hoc casu deberetur, quid necesse esset ad eam æstimationem recurrere, quæ mortis tempore ἐν πλάτει sumpto reperiretur? An nō latiùs & verius ἐν πλάτει, fieret æstimatio condemnato promissore quanti homo à tempore litis contestatæ ad tempus vsque mortis valuisset? An non pluris fuit homo post litem contestatam priusquàm vulneraretur mortiferè quàm quo tempore cœpit ex vulnere infirmari? Tractat siquidem Vlpianus eum casum, quo petitus homo post litem contestatam decesserit, non quo post moram extraiudicialem, & ante contestationem, ac proinde in quo secundum interpretes deberetur æstimatio quanti plurimi homo fuisset à tempore extraiudicialis moræ, si qua ante litem contestatam contracta probaretur? Periisse enim hominem post litem contestatam ex eo constat, quod ponit Vlpianus fuisse petitum per triticariam, petitio autem nulla fieri intelligitur nisi per contestationem. Qui enim nondum litem contestatus est, non tam petit quàm petere vult *d. l. amplius 15. infr. rat. rem haber.* Et verò cur ita scriberet hîc Vlpianus *non enim debet nouissimum vitæ tempus spectari* si non ita ius esset, vt in æstimanda re debita certi alicuius temporis rationem haberi præcisè oporteret, non autem in toto illo temporis spatio negari quod à die moræ in diem vsque mortis serui aut condemnationis intercessisset? Nam neque in bonæ fidei iudiciis in quibus pleniores & vberiores præstationes fiunt, æstimatio vnquam præstatur, quanti plurimi res fuerit à tempore moræ ad tempus vsque rei iudicatæ, sed vtro tempore res pluris fuit aut moræ aut condemnationis, vt Vlpianus loquitur in *l. 3. §. vlt. de action. empt.* Quod & in aliis ferè omnibus iuris partibus æquè obseruatur etiam in æstimando eo quod interfuit, vt ad certum præcisè tempus restringatur æstimatio, neque ex eo, quod

pluris vel minoris posteà interesse cœperit, recipiat actio augmentum vel diminutionem *l. vbi exigitur 8. §. 1. supr. de edend. l. 4. §. hæc autem actio infr. vi bonor. rapt. l. si qui in puteum 11. §. quod ait Prætor quod vi aut clam. d. l. fundum 28. de nouat. l. 3. §. diui fratres de iur. fisc. l. 5. §. vlt. supr. de ser. corrupt. l. cùm certum 9. de aur. & argent. legat. d. l. vinum & l. prox. infr.* Sequitur

b *In vtroque autem.* Id est siue res extet tempore condemnationis, siue ante condemnationem perierit post litem contestatam, non item si perierit ante contestationem post moram extra iudicialem. Nec enim hunc casum tractat Vlpianus, sed quo res debita petita sit per triticariam, nam prius quàm petatur, licèt iam debita sit, nesciri tamen adhuc potest, an & quando futurum sit, vt petatur, & cùm petetur, an per condictionem certi, an per triticariam, inter quas actiones nulla est differentia quod ad ius debiti, & obligationis pertinet, sed tantùm in hac vel in illa actione eligenda & exercenda, post litem contestatam ait lex,

c *Si post moram res deterior facta sit.* Non ait Vlpianus *si vilior* quomodo ad interpretum errorem confirmandum loqui debuisset, sed *si deterior.* Aliud enim est, fieri rem deteriorē, aliud verò fieri viliorem. Non potest equidem res fieri deterior, quin hoc ipso fiat vilior, sed potest fieri vilior etiam non facta deterior. Adeòque quod magis mirum est, fieri potest per accidens, vt facta deterior fiat tamen preciosior aucto precio rerum quæ sunt eiusdem speciei vel generis. Finge commune precium seruorum tempore moræ fuisse vigenti aureorum, tempore verò subsequenti auctum esse, vsque ad quadraginta aureos. Seruus post moram eluscatus adhuc poterit æstimari triginta aureis, qui antequàm eluscatus esset, non fuerat dignus nisi viginti, sed qui tamen hodie dignus esset quadraginta si non esset eluscatus. Idémque multo faciliùs euenit in frumento, vino, & aliis mercibus quarum precia in singulos ferè dies mutantur. Quàm enim sæpe accidit, vt frumentum vel vinum deterioratum cariùs tamen vendatur, quàm quanti fuit ante deteriorationem, sed semper vilius tamen quàm si deterioratum hodie non esset? Rem aliquam viliorem factam cùm dicimus, nihil nisi valoris diminutionem significamus, cùm verò factam deteriorem, significamus diminutionem substantiæ. Res debita etiamsi facta sit vilior nihilominùs solui potest, ex eâque solutione contingit liberatio, sed facta deterior, quamuis preciosior in quantitate precij, quod ex ea colligi potest, mutato autóque, vt diximus, rerum eiusdem generis precio, non potest solui, vt ex ea solutione inuito creditore debitor liberetur, quomodo scriptum est in hac lege & in *d. l. 3. §. si reddita infr. Commod.* Scilicet si facta sit deterior post moram aut per culpam debitoris, alterutrum siquidem sufficit *leg. qui sibi 33. §. 1. infr. de solut.* nam ex die moræ omne periculum pertinet ad morosum debitorem, quod alioqui ad creditorem pertinuisset *d. l. si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur & seq. & §. vlt. infr. de verb. obligat.* Et ideò benè Vlpianus ex Marcello subiungit, re facta deteriore habendam esse æstimationem *quanto deterior res facta sit*, non autem *quanto vilior.* Potest enim fieri, vt etiam subducto precio deteriorationis res prætereà vilior facta sit, quo tamen casu Marcellus non diceret reducendam esse ad tēpus moræ æstimationem, nihil enim debitoris interest, an crescat, vel decrescat æstimatio rei debitæ, nec si post moram ea diminutio contigerit, si modò debitor ex contractu stricto teneatur, dum ne ea valoris diminutio ex superueniente deterioratione contingat. Semper enim periculo debitoris qui in mora fuit, cedit deterioratio, quia & eius periculo cederet si tota res periret. Quæ enim fit deterior, ex aliqua parte perit, quatenus scilicet deterior facta est. Cùm autem post Marcellum & Vlpianum dicimus, re facta deteriore post moram, habendam esse rationem, quanto deterior res facta sit, & ad moræ tempus reducendam esse æstimationem, vt in fine huius legis scriptum est. Non illud significamus quod putant interpretes, æstimandam esse rem quanti plurimi fuit à tempore moræ, adeóq; nec quanti res illa fuit inspecto præcisè tempore moræ, aut potiùs instanti illo vltimo quod deteriorationem immediatè præcessit, nondum secuta contestatione, quo instanti potest res debita pluris esse aut minoris quàm fuerit tempore moræ, sed hoc potiùs, tanti litē æstimandam quanti esset tempore cōdemnationis rès extans, aut tempore mortis ἐν πάτει sumpto, perempta post litem contestatam, si post tempus moræ deterior facta non fuisset. Finge hominem debitum post promissoris moram eluscatum adhuc viuere tempore condemnationis, sed propter eluscationem non esse dignum nisi triginta aureis, qui si eluscatus non fuisset, dignus esset quadraginta, vt in exemplo superiùs allato. Hunc ipsum verò seruum antequàm eluscatus esset, ac eo tempore quo mora per interpellationem congruo loco & tempore factam commissa est, non fuisse dignum nisi viginti, quòd eo tempore commune seruorum precium vilius esset: An in condictione triticaria æstimabimus eum viginti duntaxat aureis, hoc est quanti fuit seruus integer tempore moræ, an triginta quanti est tempore cōdemnationis propter eluscationem? An denique quadraginta, quanti esset si non fuisset eluscatus? Et non dubito, quin quadraginta æstimari debeat; alioqui prodesset moroso debitori, quod post moram seruus deterior factus fuisset, si ob deteriorationem illam non nisi ad viginti teneretur, qui si mora facta non esset, teneretur ad triginta, etiam deteriorato, & eluscato seruo, adeóque ad quadraginta si eluscatus homo non fuisset. Sensus ergo Marcelli & Vlpiani est, inspiciendum esse tempus moræ, vt sciatur qualis seruus æstimari debeat, vt nimirum æstimetur integer, non autem eluscatus, sed non vt sciatur qualiter & quanti æstimari debeat, semper enim lis æstimanda est inspecto tempore condemnationis, aut mortis, sed integri hominis, non eluscatis quæ porrò integri hominis æstimatio nō posset fieri, nisi reduceretur ad tempus moræ quo erat seruus integer. Itaque coniungendum est tempus moræ cum tempore condemnationis vel mortis, non vt lis æstimetur vtro tempore res pluris fuerit, quomodo in bonæ fidei contractu contingeret *d. l. 3. §. vlt. de act. empt.* sed vt æstimetur homo quanti est tempore condemnationis, nulla habita ratione vilitatis quæ per deteriorationem post moram superuenit, sed perinde ac si post moram deterioratus non esset. Planè non aucto seruorum precio, atque ita quod necessario consequens est, imminuta serui debiti propter deteriorationem post moram æstimatione, tempus moræ præcisè spectandum erit. Ecta commodè intelligi hic versic. poterit, si ad hūc casum restringatur quo nulla mutatio superuenerit in precio communi seruorum, sed tantùm in æstimatione serui debiti. Est enim ille casus paullo anctior

& ra-

& tarior quo seruorum omnium precium auctum sit vel imminutum, nec facilè mutandi sunt termini. Quòd si post moram & ante litem contestatam debitus homo esset mortuus, tum verò æstimandus esset, non quanti fuisset tempore moræ aut mortis, sed quanti tunc cùm peteretur, & consequenter per actoris iusiurandum in litem, cùm aliter non possit iudex rem quæ non extat, sed tamen pro extante adhuc habetur ex præsenti tempore æstimare, vt suprà diximus ex *d.l. in actionibus 5. versic. planè supr. de in lit. iur.* Atque hæc quidem germana mihi videtur huius legis interpretatio. Ratio igitur dubitandi specialior illa est ad hunc versiculum, quòd in actionibus strictis qualis est condictio triticaria, vt & alia quælibet, non solet haberi ratio moræ, sed tantùm in contractibus & iudiciis bonæ fidei *leg. mora 32. §. in bonæ fidei l. videamus 38. §. pen. l. & in contraria 36. inf. de vsur. l. 3. C. de in integr. rest. minor.* Sed decidendi illa fortior quod in iudiciis strictis, licet non habeatur ratio moræ ad augendã obligationẽ, habetur tamẽ ad eã perpetuãdã si ue debita res post morã in totũ perierit, siue deterior facta sit, vt docuimus.

4. Caivs libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI merx aliqua, quæ certo die dari debebat, petita sit: veluti vinum, oleum, frumentum: tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit. si de die nihil conuenit: quanti tunc, cùm iudicium acciperetur. Idémque iuris in loco esse: vt primùm æstimatio sumatur eius loci quo dari debuit: si de loco nihil conuenit, is locus spectaretur, quo peteretur. Quod & de ceteris rebus iuris est.

Ad l. vlt. Si merx aliqua.

Huius legis interpretatio non alia à nobis expectanda est, quàm quæ ex iis colligi potest, quæ ad legem proximam scripsimus, & ad *l. vinum 22. supr. de reb. credit.* vbi ex Sabino eadem omnino sententia proponitur, quæ hîc ex Cassio. Fuerunt enim Sabinus & Cassius eiusdẽ scholæ authores, earundémq; opinionum sectatores, vnde alij prudentes Sabiniani & Cassiani dicti, ad differẽtiam Proculianorum, qui licet non semper, plerunque tamen contra Sabinum & Cassium sentiebant. Itaque mirum est Accursiũ opponere hanc legem quasi contrariam *dictæ legi vinum*, cuius tamen non modò idem sensus est, sed eadem quoque propemodum verba, nisi quod in *d. l. vinum* scribitur, Si de die quo vinum præstari debuerit, nihil conuenerit, tanti æstimandum esse quanti tunc fuit cùm petitum est. Quod Accursius eo loco intelligit, etiam extra iudicium, dummodò congruo loco & tempore. Hîc verò Caius scribit tanti æstimandam eo casu litem quanti tunc merx fuit, cùm iudicium acciperetur. Sed non sunt hæc contraria. Petitum enim id demùm dicitur quod per litis contestationem petitum est, vt sæpiùs diximus, quia is qui controuersiam aut minatur aut mouet, necdum tamen litem contestatur, non tam petit quàm petere vult, inquit *l. amplius non peti 15. rat. rem haber. iunct. l. sed si 25. § si ante supr. de petit. hered.* Quod Accursius in sua illa interpretatione non benè obseruauit. Præcipua legis huius difficultas in eo est, quod pugnare videtur cum *l. prox. supr.* Illa enim vult in condictione triticaria spectari eam æstimationem, quæ fit tempore condemnationis, hæc verò eam, quæ tempore accepti iudicij, & litis contestatæ. Et pugnaret sanè si hæc quoque lex vt superior de condictione triticaria intelligeretur, neque conciliationis ratio vlla satis commodã iniri meo iudicio posset. Nam quod vulgò putant, legem superiorem loqui de specie debita, hanc verò de merce, verum quidem est, sed tamẽ etiam de specie hæc lex loquitur in postremis illis verbis, *Quod & de ceteris rebus iuris est*, quæ scilicet in specie non in genere, vt merces consistunt. Neque rursus differentiæ rationem vllam probabilem adferre possunt, qui hac parte speciem à merce distinguunt. Etsi enim species perire potest, & perit facile, non etiam merx, vt nec aliud quicquam eorum quæ recipiunt functionem in suo genere, quoties per modum generis debentur *vulg. l. incendium 11. C. si cert. petat. l. in ratione 30. § incerta inf. ad leg. falcid.* Cùm tamen species extat nec aut perempta aut deterior post moram facta est, quid impedit quominùs æstimetur inspecto tempore litis contestatæ, sicuti merx, aut merx quoque inspecto tempore rei iudicandæ vt species? *l. 3. § in hac infr. Commod. l. hominem 37. infr. mandat.* quæ & de homine loquitur, & de condictione certi ex stipulatione, vt & *lex fundum Cornelianum 18. infr. de nouat.* de fundo debito ex stipulatione. Negandum igitur est loqui hanc legem de condictione triticaria, quamuis sub hoc Tit. posita sit, sed potiùs de condictione certi, de qua & in *d. l. vinum d. l. hominem & d. l. fundum*. Nam nec triticaria locum habere vnquam potest, si res debita fuit, soluenda certo die, quia eius temporis æstimatio hoc casu præstanda est præcisè, nec quicquam prodesset agere triticaria vt condemnationis tempus spectaretur *dict. l. vinum & hac lege & d. l. hominem iunct. l. quoties 59. & seq. infr. de verb. oblig.* nec de qualibet condictione certi, sed de ea quæ ex mutuo non de ea quæ ex stipulatione. Quæ tamen omnia quam rationem habeant, quia pluribus explicauimus in *error. 4. & 7. decad. 84. de error. pragmat.* nec malè, vt nobis videtur, & longiore tractatu indigent, consulto hîc prætermittimus, vt te, mi Lector, ad perlegendam probandámque Chiliadem nostram, præsertim verò vltimam illam partem, inuitemus. Quòd si rationes dubitandi & decidendi speciales ad hanc quoque legem quæris, eas vide quas attulimus ad *d. l. vinum*. cuius cùm eadem sententia sit, quæ huius legis, vt diximus, non alias proculdubio admittere potest, siue dubitandi siue decidendi rationes.

DE EO QVOD CERTO LOCO DARI OPORTET.

TIT. IIII.

Caivs libro 9. ad Edictum Prouinciale.

ALio loco, quàm in quem ſibi dari quiſque ſtipulatus eſſet, non videbatur agendi facultatẽ competere. ſed quia iniquum erat, ſi promiſſor ad eum locum, in quem daturum ſe promiſiſſet, nũquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis neceſſariò diſtringeretur, non poſſe ſtipulatorẽ ad ſuũ peruenire: ideo viſum eſt, vtilem actionẽ in eam rem cõparare.

Ad l. Alio loco I.

EXplicito condictionum omnium tractatu diſficillimo certè ac obſcuriſſimo, ſuccedit *tit. De eo quod cert. loc. dar. oportet.* non minùs difficilis, & perplexus quàm ſuperiores, in quo agitur de actione vtili & arbitraria, quæ nec aliud quàm huius tituli nomen habet *de eo quod cert. loc.* Videtur autem huic titulo hîc ſubiungendo cauſam dediſſe quod ſcriptum eſt in *l. vlt. tit. præced.* de ineunda per condictionem certi æſtimatione rei, quæ certa die aut certo loco ſolui debuit, ſi aut non ſua die ſoluta ſit, aut non ſuo loco, de eo quod certa die dari debuit, nec datum eſt, titulum nullum Prætor propoſuit, nec actionem vllam vtilẽ & arbitrariam, quia quod Calendis Ianuariis præteritis dari debuit, ſi datum non ſit, multo magis dari debet Ianuariis ſequentibus, quia ſaltem hodie dandum eſt, quod iam olim dari oportuit *l. ſi ſterilis* 21. §. *cùm per venditorem in fin. infr. de action. empt.* Itaque ſufficit in eam rem directa actio ex ſtipulatione, vt quocunque tempore peti poſſit, adeò vt nec priùs naſcatur actio & condictio certi ex ſtipulatione, quàm totum tempus præterierit, quod ſtipulatione comprehenſum erat *leg. qui hoc anno* 42. *leg. liber homo* 118. §. *decem leg. continuus* 137. §. *cùm ita de verb. oblig.* Plus enim tempore actor peteret, ſi ante totum illud tempus præteritum peteret, quod liberum eſt debitori ad ſoluendum *leg. quod certa* 70. *de ſolut. leg. ſtipulatio iſta* 38. §. *inter incertam de verb. oblig.* At loci alia ratio eſt, nec enim locus vnus in alio continetur, ac proinde quod certo loco ſolui promiſſum eſt, in alio peti non poteſt directa actione. Ob eámque cauſam fuit neceſſe proponi à Prætore actionem hanc vtilem, & arbitrariam, *De eo quod cert. loc.* per quam permittitur ſtipulatori etiam alio loco petere, ſed æſtimata tamen vtilitate loci, in quo fieri ſolutio debuit ex parte tam actoris quàm rei *leg.* 2. §. *nunc de officio infr. hoc tit.* Rat. dvb. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt *leg.* 1. §. *ſi conuenerit infr. depoſit.* præſertim verò ſtipulationes conuentionales, quæ inde nomen acceperunt *leg.* 5. *leg. in conuentionalibus* 52. *infr. de verb. oblig.* & quæ adeò pendent ex verbis, vt quicquid ſtipulatione comprehenſum eſt, id fieri oporteat, quicquid autem omiſſum eſt, pro omiſſo haberi *leg. quicquid adſtringendæ* 99. *eod. tit.* Atqui ponimus ſtipulationem ita conceptam eſſe *Capuæ centum dari.* Ergo fieri nequit vt alibi quàm Capuæ ea centum petantur, alioqui ageretur ex ſtipulatione non tantùm præter ſed etiam contra verba ſtipulationis. Nec enim locus minùs quàm dies in ſtipulatione adiectus facit partem ſtipulationis *l.* 1. §. *editiones ſupr. de edend.* quaſi ſtipulator eligendo vnum locum videatur aliis renunciare *arg. l. vlt. C. de pact. conuent.* Indéque eſt quod qui certo loco dare promiſit, eam æſtimationem debet, quæ in eo loco fuit, vbi ſolutio fieri debuit *l. vlt. ſupr. tit. prox. l. vinum* 22. *ſupr. de reb. credit.* Nam & contraxiſſe quiſque intelligitur in eo loco, in quo vt ſolueret ſe obligauit *l.* 3. *infr. de reb. author. iudic. poſſid. l. contraxiſſe* 21. *de oblig. & act. l. omnem* 21. *ſupr. de iudic.* Dec. Nunquam debet eſſe in poteſtate debitoris an debeat, aut an ſoluat *l.* 2. §. *Scæuola infr. l. ſub hac condicione* 8. *inf. de oblig. & action.* Eſt enim obligatio iuris vinculum quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluendæ, ſecundum ciuitatis noſtræ iura, vt Iuſtinianus diffinit in Inſtit. *tit. de oblig. & act.* vt proinde vbi neceſſitas illa non eſt, nec obligatio eſſe aliqua videri poſſit *l. ſtipulatio* 17. *infr. de verb. oblig.* Atqui eſſet in poteſtate & arbitrio promiſſoris, qui certo loco dare promiſiſſet, vt nũquam ſolueret, nec vllibi gentium conueniri poſſet. Quid enim ſi ad eum locum in quem daturum ſe promiſiſſet, nunquam accederet, ſiue data opera & dolo malo id faceret, ſiuè quia aliis locis neceſſariò diſtringeretur? An non eſſet iniquum etiam ceſſante dolo promiſſoris, adeóque nulla ipſius culpa interueniẽte, puta ſi vrgente quo alio creditore in carceres detruſus ſit, nullam miſero creditori ſupereſſe rationem debiti ſui conſequendi? Nec enim vnquam talis interpretatio fieri debet ſtipulationis, vt inutilis fiat ſtipulatio *l. Titia* 134. §. 1. *de verb. oblig. l. ſi ita ſtipulatus* 126. §. *Chryſogonus verſ. planè eod.* Benè igitur Prætori viſum eſt ſi actione directa prorſus deficiẽte vtilẽ in eam rem compararet, vt quocũque loco cõueniri per arbitrariam poſſet is qui certo loco dare promiſiſſet, nec vtrobique tantùm id eſt in loco vel domicilij vel ſolutionis, vt malè Accurſius hîc notat, ſed vbique *leg. ſi duo* 16. §. 1.

16.§.1. *infr.tit.prox.* perinde atque is qui nullo certo loco debet, de quo in *l. eum qui* 43. *supr.de iudic. l. qui loco certo* 27. *supr. de cond. ind.* quamuis ille qui certo loco dare promisit, alibi soluere inuito stipulatore non possit *l pen.* vbi dicemus *infr.* Hæc autem actio cur dicatur vtilis, nõ est difficile intelligere, cùm detur ex sola æquitate, vt & cæteræ omnes vtiles & præter, cõtraque verba stipulationis, ex quibus tantùm potest directa competere. Sed cur arbitraria dicatur per emphasim & antonomasticè, ita vt arbitrariam simpliciter cùm dicunt Iureconsulti hanc intelligant, difficilius est dicere, cùm nec ei conueniat diffinitio arbitrariarum actionum, quam tradit Iustin. *in §. præterea Instit. de act.* in quibus, inquit, nisi pareatur arbitrio iudicis, cõdemnatio fieri ex bono & æquo debeat. Certum enim est in actione ista nullum præcedere arbitrium de re restituenda, quod in cæteris arbitrariis omnino præcedere necesse est, vt sequi possit condemnatio, sed rectà peruenitur ad condemnationẽ nec duas hîc ferri sententias, vnam quæ arbitrio causam præbeat, aliam verò quæ condemnationem vel absolutionem cõtineat, quomodo in cæteris actionibus arbitrariis contingit *leg. qui restituere* 68. *supr. de rei vindic.* Vnde fit, vt in hac actione de eo quod certo loco semper reus condemnandus sit, ad solutionem in eo loco, in quo cõuenitur, faciendã, non tantùm si per eum steterit quominùs destinato loco facta solutio sit, sed etiamsi per actorem (quamuis in minorem quantitatem condemnandus sit hoc casu detracto scilicet eo quod eius interest soluere potiùs suo loco) absoluendus verò nunquam, nisi in casu *l. 4. §. 1. hoc tit.* vt pluribus docuimus *decad.* 90. *&* 91. *de error. pragmat.* maximè verò in *Error.* 3. *&* 4. & dicemus ad *d.l.* 4. §. 1. Sed dicendũ est quod nos etiam explicauimus in *Error.* 1. *&* 4. *dictæ decadis* 91. dici hanc actionem arbitrariam, quòd in ea fiat semper condemnatio arbitrio iudicis *l. 2. §. vlt. l. 3. l. centum* 8. *infr.* non item in cæteris arbitrariis: in quibus scilicet arbitrium iudicis nullum est circa faciendam condemnationem, sed tantùm circa rei restitutionem impetrandam. Fit enim in iis & fertur arbitrium ex bono quidem & æquo *d. § præterea*, sed tamen condẽnatio secundum eam formam quæ vel edicto Prætoris constituta est, vt in actionibus, Quod metus causa de dolo & aliis plerisque similibus, vel ex ipsis legibus, vel denique authoritate prudentum: vt ex singularum exemplis in Chiliade à nobis demõstratum est, ita vt si æquitatis alicuius prætextu aliam cõdemnationem facere iudex vellet quàm quæ singulis actionibus præscripta est, non esset ei permittendum. Habet autem locũ hæc actio ex stipulatione, & ex ea nascitur, vt cõstat ex hac lege, & apertiùs scriptum est in *l prox. §. 1. infr.* vt intelligamus non æquè nasci eam ex aliis contractibus, non solũ qui sint bonæ fidei in quibus sola potestas formulæ in hanc rem potest sufficere, ob verba illa *ex bona fide* quæ in dictandis à Prætore bonæ fidei actionibus nũquam prætermittebatur *l. in bonæ fidei* 7. *infr. iunct. §. in bonæ fidei Instit. de action.* sed etiãsi stricti iuris sint puta ex mutuo, quia condictio ex mutuo cùm nascatur ex numeratione, potest exerceri quolibet loco etiam directa, quamuis conuenerit vt certo loco soluatur, cùm non obligationis, sed solutionis tantùm causa possit locus adiici in contractu mutui, vt dicemus ad *l. aut mutua* 6. *infr. hoc tit.* Quod & in cæteris omnibus contractibus excepta stipulatione iuris est. Porrò ne quidẽ ex stipulatione nascitur arbitraria, nisi cùm locus stipulationi insertus est obligationis tãtùm causa, vt si promissum sit *Capuæ centum dari hac leg. & d.l. prox. §. 1. inf.* Nam si solutioni tantùm adiectus sit, potest actio directa sufficere. Verùm de his omnibus vide quæ scripsi latiùs *dict. decad.* 90. *&* 91. vbi & refutata videbis ferè omnia quæ Accursius, Bartolus, & alij circa hunc tractatum peccauerunt.

2. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

ARbitraria actio vtriusque vtilitatem continet, tam actoris, quàm rei. quòd si rei interest, minoris fit pecuniæ condemnatio, quàm intentatum est. at, si actoris, maioris pecuniæ fiat.

Ad l. 2. Arbitraria.

RAT. DVB. Hæc actio cùm sit arbitraria & vtilis, nullã potest parere condemnationẽ nisi ex æquitate *l. 4. §. 1. infr.* Atqui æquitas non patitur, vt in eodem casu vtilitatis vtriusque litigatoris ratio habeatur, id est & actoris & rei. Nam vel alteruter tãtùm in mora est, vel vterque, vel neuter: si alteruter tantùm, æquitas dictat vt habẽda sit ratio vtilitatis aduersarij, cui nihil imputari potest, quisquis ille sit, siue actor siue reus, non etiam illius, cui aliquid imputari potest, ex regula *l. quod quis* 203. *de reg. iur.* si verò vterque in culpa sit vel in mora, neutrius vtilitas æstimanda est, sed vtriusque culpa compensanda vt in *l. si ambo* 10. *infr. de compensat. l. viro* 39 *solut. matr.* aut potiùs vtilitas eius negligenda est, qui posteriorem morã contraxit, semper enim posterior mora nocet, & purgat priorem *l. qui decem* 72. *in princ. & §. 1. infr. de solut. l. si seruum* 91. *§. sequitur de verb. oblig l. illud pen. infr. de peric. & commod. rei vendit.* Quòd si neuter in mora nec in culpa fuit, æquum est solius rei vtilitatem spectari non etiam actoris. Etsi enim actio hæc actoris potissimùm gratia cõparata est, ne alioqui iacturam debiti sui facilè incurreret, si alibi quàm in loco solutioni destinato conuenire debitorem suum non posset, cùm tamen ex æquitate non minùs quàm ex necessitate comparata sit, eam secum legem & condicionem trahit, vt indemnitati rei consuli oporteat, cui certè alioqui fiat iniuria, si in alio loco, quàm qui solutioni destinatus est, conueniatur. Nam nec congrua esset interpellatio ad constituendum debitorem in mora, tanquam quæ non congruo loco facta esset *leg. mora* 32. *infr. de vsur. l. qui Romæ* 122. *in princip. de verb. oblig.* Qua fortassis ratione motus Accursius scripsit ad hunc locum, semper habendam esse rationem vtilitatis rei, actoris verò non aliter quàm si imputari aliquid reo possit. Sed malè: nam sicuti verum est, non aliter æstimandam esse vtilitatem actoris, quàm si reo aliquid imputari possit, scilicet quòd in loco solutioni destinato non soluerit, cùm posset, nec ad eum accesserit locum, in quo & conueniri potuisset, & soluere debuisset: Ita falsum est habendam esse rationem vtilitatis rei, quoties ei imputari aliquid potest. Quemadmodum vix etiam est, vt reo prospiciatur, quin actori imputari aliquid possit, vel ob hoc ipsum quòd alio loco debitorem cõueniat, quàm in quem dari stipulatus fuerat, nisi cùm id facit ex necessitate, quòd aliter ad suum peruenire non possit, vt loquitur Caius in *l. prox. præced.* Ergo fieri nequit vt in

hac arbitraria actione vtriusque litigatoris vtilitas æstimetur, vt Ioannes putabat, quem Accursius refert & probat. DEC. Vtriusque vtilitatem dixit hic Vlpianus, pro *alterutrius*. Et ita hic locus intelligi omnino debet, vt constat ex *l. centum Capuæ* 8. *infr. & ex l. vnic. C. hoc tit. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promis.* vt mimirum aliquando actoris solius vtilitatem inspici oporteat, aliquando solius rei, nũquam verò vtriusque. Illud enim potissimùm spectare, & ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est, per quem factum sit, vt alio loco agatur, quàm vbi solutio fieri debuit, an per actorem, an per reum: vt actoris vtilitas æstimetur si per reum steterit, aut rei si per actorem. Nũquam vtriusque simul. In eóque Ioannes sanè errauit, tametsi Accursius & Bart. eum sequantur. Effectus autem huius iuris ille est, quòd si rei interest, minoris pecuniæ fit cōdẽnatio quàm intentatũ est, si verò actoris, in maiorẽ quantitatem fieri debet condemnatio, & æstimata vtroque casu omni vtilitate loci quàm actor vel reus amittit, ob id quòd alio loco agatur, nõ adhibita distinctione, quàm Accursius hic adhibet, an intersit ratione rei, an ratione personæ, vt in exemplo quod adfert de restitutione in integrũ: Sufficit enim quoquomodo interesse ratione loci, & ita benè hic Bartolus cõtra Accursiũ. Ita fit vt per arbitrariã istã actionẽ petatur quidem ea præcisè quantitas quæ debetur, sed nunquam cõdẽnetur reus ad eã præcisè quantitatẽ quæ petitur. Quod & in cæteris arbitrariis iuris est, sed diuersũ in eo, quod in cæteris sẽper in plus cõdemnatur reus, quia sẽper in culpa & mora est ꝙ iudicis arbitrio parère noluerit *l. qui restituere* 68. *supr. de rei vindic. l. vlt. inf. de fideiuss.* nũquã in minus, quia nũquã actor in culpa est. Iũge §. *vlt. infr.* & quæ ibi dicemus.

1 ¶ Hæc autem actio ex illa stipulatione venit, vbi stipulatus sum à te, *Ephesi decem dari.*

Ad §. 1. Hæc autem actio.

RAT. DVB. Actio arbitraria nascitur etiam ex mutuo *l. aut si mutua* 6. *infr. hoc tit.* & ex testamento *l. si heres* 5. *eod.* & ex constituto *l. si duo* 16. §. 1. *infr. tit. prox.* Ergo non tantùm ex stipulatione, sed etiam ex cæteris actionibus stricti iuris. Nam de actione ex testamento, nemo dubitat, quin sit stricta *leg. aliàs* 6. *supr. de in lit. iur.* quamuis quod ad fructus & vsuras pertinet, imitetur naturam actionum bonæ fidei *leg. in minorum* 5. *C. de in integr. restit. minor.* Atque ita vulgò interpretes omnes sentiunt, actiones arbitrarias fieri ex strictis, nullámque esse actionem strictam, quæ non adiectione loci possit fieri arbitraria. DEC. Stipulatio sola admittit, vt locus inferatur stipulationi, non tantùm solutionis, sed etiã obligationis causa, si excipias actionem ex testamento, cùm heres legatum vel fideicommissum certo loco dare iussus est *d. l. si heres*, vbi dicemus *infr.* Nam condictio certi, cæteræque condictiones omnes, quæ sunt stricti iuris omnes, non ita loci adiectionem admittunt nisi solutionis causa, ideóque nec per adiectionem loci fiunt arbitrariæ, sed facit tantùm adiectio loci, vt æstimationem rei debitæ & petitæ fieri oporteat, inspecto quanti res fuit tempore litis contestatæ in eo loco in quo fieri solutio debuit *l. vinum* 22 *supr. de reb. credit. l. vlt. supr. tit. prox.* Obligationes enim omnes ex quibus proficiscuntur condictiones omnes, nascuntur ex re aliqua, & ex negotio, non ex verbis, excepta condictione certi ex stipulatione, & condictione incerti ex stipulatu, quæ nascuntur ex verbis & obligatione verborum *tit. de verb. oblig. Instit. in princip.* Quare neque ex omni stipulatione venit actio arbitraria, sed ex illa tantùm in qua locus adiectus fuit obligationis gratia, quam Vlpianus exprimit illis verbis *Capuæ centum dari*. Quibus verbis nemo non videt locum Capuæ ita esse insertum obligationi, vt nec intellectu concipi possit huius stipulationis substantia sine loco: aliter quàm si concepta sic esset stipulatio *Centum dari soluenda Capuæ*. Eo namque casu fatendum esset non fuisse adiectum locum ad substantiam obligationis, sed tantùm ad effectum solutionis vt in *l. heres absens* 19. §. *vlt. supr. de iudic. l. quæro* 100. *infr. de solut. l. qui Romæ* 122. *in princip. de verb. obligat.* quod longè diuersum est *l. eum qui ita* 56. §. *qui sibi vers. quòd si soli infr. de verb. oblig. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *quæsitum de solut.* ac proinde nulla hoc casu subest necessitas aut vtilitas inducendæ actionis arbitriæ, cùm possit stipulator agere directa actione ex stipulatione contra promissorem, aut in loco domicilij etiamsi debitor non ibi inueniatur, aut in loco solutioni destinato si ibi inueniatur, ita vt alterutrubi defendere se omnino debeat, aut ni id faciat, cogatur pati venditionem bonorum *d. l. heres absens* §. *vlt. l.* 1. 2. & 3. *infr. de reb. author. iudic. possid.* At per arbitrariam conueniri nullo loco potest debitor, nisi in quo inueniatur, ne quidem in loco domicilij, quoniam directa actio, quæ ex stipulatione competit, vt agatur Capuæ, omnem alium locum excludit præter eum in quẽ collata stipulatio est, nec minùs locum domicilij, quàm loca cætera. Nam & quãuis stipulator qui centum Capuæ sibi dari stipulatus est, directam actionem habeat, non arbitrariam ad conueniendũ promissorem Capuæ *l. 1. supr.* Perinde tamen requiritur vt inueniat eũ Capuæ atque si ageret arbitraria. Alioqui nulla esset necessitas inducendæ arbitrariæ, tametsi nunquã debitor accederet ad eum locum in quem collata stipulatio fuisset, quod tamen euidenter falsum est *d. l. 1. supr.* Cæterùm non est existimandum actiones arbitrarias esse sui natura strictas, vt vulgò interpretes existimant. Tertiam enim speciẽ actionum constituunt, tam à strictis quàm à bonæ fidei actionibus differentem §. *præterea Instit. de action. l.* 3. §. *in his infr. de vsur.* sed maximè à strictis, in quibus nulla vnquam bonæ fidei aut æquitatis ratio habetur, cuius tamen ratio semper habenda est in arbitrariis *d. §. præterea*, maximè verò in hac de eo quod certo loco, in qua potissimùm æquitatem ob oculos habere semper iudex debet *l. 4. in fin. infr.* Fateor nasci hanc ex stipulatione, quæ sui natura stricta est *l. quicquid adstringendæ* 99. *de verb. oblig.* & adiectione loci ad substantiam obligationis fieri hanc actionem ex stricta arbitrariam, vt scriptum est in hoc §. & *l. prox. supr.* Sed nego perinde strictas cæteras per adiectionem loci posse semper fieri arbitrarias *d. l. vlt. supr. tit. prox. l. vinum* 22. *supr. de reb. credit.* Nego item cæteras arbitrarias puta vindicationem directam, aut Publicianã, aut hypothecariam, aliásque similes nasci ex actionibus strictis, aut habere quicquam simile aut commune cum strictis, sunt enim omnes sui natura & ab initio arbitrariæ, nunquam strictæ, vt pluribus docuimus in postrema parte *Chiliadis nostræ de error. pragmat.*

2 ¶ Si quis Ephesi decem, aut Capuæ hominem dari stipulatus, experiaturi non debet detracto altero loco experiri: ne auferat loci vtilitatem reo. Scæuola libro quintodecimo quæstionum ait, Non vtique ea, quæ tacitè insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate. sed quid debeat esse in eius arbitrio: an debeat, non esse. Et ideo cũ quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quem soluat, quamdiu ambo viuunt: cæterùm vbi alter decessit, extingui eius electionem, ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult viuum præstare, quẽ solum debet. Quare & in proposito eum, qui promisit Ephesi aut Capuæ: si fuerit in ipsius arbitrio, vbi ab eo petatur: cõueniri non potuisse: semper enim alium locum electurum. sic euenire, vt sit in ipsius arbitrio, an debeat, quare putat posse ab eo peti altero loco & sine loci adiectione. damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scæuola petitorem electionem habere, vbi petat: reum, vbi soluat: scilicet ante petitionem. Proinde mixta (inquit) rerum alternatio, locorum alternationi, ex necessitate facit actoris electionem & in re propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reseruare reo optionem.

Ad §. 2. *Si quis Ephesi*.

Præfandum necessariò est, interpretes nostros malè hunc §. sic intelligere, quasi separandus sit à *versic. Scæuola*, & quasi alia lex illa sit, quam inchoant ab illis verbis *non vtique*, & illa Scæuolæ, cùm hæc sit Vlpiani. Sunt enim etiam sequentia Vlpiani nunc Scæuolam, nunc Iulianum, nunc etiam Marcellum referentis. Loquitur nimirum de Scæuola, sicut de Iuliano & Marcello in tertia persona. Et verba illa *non vtique ea quæ tacitè stipulationibus insunt* regi à præcedentibus illis *Scæuola libro quintodecimo quæstionum ait* ostendunt sequentia *semper in Rei esse potestate*. Scribendum enim erat *sunt* non *esse* si Scæuolæ scribentis non Vlpiani referentis verba essent: & verò hanc ipsam speciem quæ proponitur in hoc §. de eo qui Ephesi decem, aut Capuæ hominem dari promisit, eandémque quæstionem, an in vno ex his locis detracto altero experiri possit, Vlpianum prosequi in sequentibus constat euidentissimè ex *versicul. Quare & in proposito* vbi post intermixtum aliud exemplum de eo qui duas res in vno eodémque loco alternatiuè debuit, redit Vlpianus ad quæstionem propositam initio huius §. & contrà quàm hic scriptum sit, concludit ex Scæuola posse stipulatorem in alterutro loco sine alterius loci adiectione petere; quod in illo loco solui promissum fuerat. Interpretes fefellit non solùm quòd Scæuolæ dictum pro noua lege, quæ Scæuolæ non Vlpiani esset, vt diximus, acceperunt, sed etiam, quòd Scæuolæ sententiam corruptè legerunt. Nam cùm in Pandectis Florentinis scriptum sit, & benè, *an debeat, non esse. Et ideò cùm quis Stichum*. Sic enim legendum est repetita littera S in dictione *qui* ex sequenti littera S maiuscula quæ est in verb. *Stichum* more perpetuo & familiari librario Florentino. Quem morem Antonio Augustino notissimum, hîc tamen non fuisse ab eo obseruatum miror. Is enim *libr. prim. Emendat. cap. 9.* textum hunc quasi mendosum sic emendat, vt pro *cum* legat *eum*. Habet siquidem hæc lectio *eum qui* bonum sensum quem non habet illa *cùm qui Stichum* nisi nobiscum legas *cùm quis Stichum* quo nihil verius, neque expeditius. Vulgaris verò interpres quidam dictionem illam *eum* nullius sensus esse videns putauit mancam & imperfectam esse vocem, maluitque reponere *locum*. Sic enim habet vulgata lectio quam Accursius secutus est & post eum cæteri *sed quid debeat esse in eius arbitrio, an debeat non esse, & ideo locum*. Et quod sequitur *Qui Stichum & Pamphilum promittit*, habent pro §. separato, diuersóque à sententia præcedente. Quæ omnia perridicula certè sunt & absurda. Quem enim sensum habere obsecro potest illa locutio, *& ideo locum*. An non prorsus mancum & imperfectum? Nisi cum Accursio suppleas lineam integram hoc modo *scilicet dicimus in eius arbitrio non esse semper*. Quo sensu debuerat siue Scæuola siue Vlpianus scribere *& ideo nec locum* non affirmatiuè, quomodo scriptum volunt, *& ideò locum*. Quàm meliùs secundum lectionem nostram, nulla etiam facta emendatione, cum librario Florentino sic legimus, *Et ideo cùm quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quem soluat quandiu ambo viuunt, cæterùm vbi alter decessit extingui electionem, ne sit in eius arbitrio an debeat, dum non vult viuum præstare quem solum debet*. An non enim est optima illatio ex eo, quod immediatè Vlpianus ex Scæuola scripserat, posse in arbitrio debitoris esse quid debeat, sed an debeat non esse? Potuítne aliud accommodatius exemplum adferri vllum? Sed omnium optimè quadrat quod sequitur, *quare & in proposito*, quæ verba rursum malè interpretari Accursius cogitur, vt error ex errore solet fluere, quasi Vlpianus scripserit aut Scæuola *in proposito casu obscurè*, inquit, *proposito à Scæuola iis verbis, & ideò locum non esse*, qua interpretatione imponit primùm Scæuolæ qui non ita scripsit si vulgatam lectionem sequare, sed simpliciter *&*

ideo locum. Neque rursus verum est etiam admissa interpretatione Accursij casum vllum proponi iis verbis *& ideo locū dicimus in eius arbitrio non esse.* Thesis.n illa generalis est, nō specialis hypothesis. Et casū adhuc quærimus in quo possit & debeat dici locū non esse in arbitrio promissoris, cùm sub alternatione locorum aliquis promisit. Eum verò ipsum casum quem nos frustrà quærimus, idem Vlpianus an non apertè exprimit, cùm addit *eum qui promisit Ephesi aut Capuæ?* Vbinam verò casum illum proposuerat nisi in principio huius §.? Ergo ab his verbis *si quis Ephesi* vsque ad §. *si quis ita*, vnus, idémque §. est, & continuata tractatio De eo qui Ephesi decem aut Capuę hominem promisit, an possit Ephesi decem petere detracto altero loco Capuæ, nullâque mentione facta hominis qui alternatiuè Capuæ dari debuit. Nam hunc ipsum casum tractari & repeti in *d. versic. Quare & in proposito*, licèt nulla hîc neque pecuniæ neq; hominis mentio fiat, probatur etiam ex *versic. proinde*, vbi ponit Vlpianus eū se casum tractare, in quo mixta sit alternatio rerum alternationi locorum. Non enim mixta esset in hoc exemplo *Ephesi aut Capua decem* sed in illo de quo in hoc §. *Ephesi decem aut Capuæ hominem.* Et verò mixta [illegible] alternatio est rerum & locorum quæ ex necessitate [illegible] actoris electionem & in rem, hoc est etiam [illegible] propter locum, ne alioqui tollas actionem stipulatori, dum vis reo reseruare optionem. Iam ergo dubitandum non est, quin ita legēdus sit hic § vt diximus. Restat tantùm vt explicemus quomodo sit intelligendus. Ideò enim difficilis & obscurus visus est omnibus interpretibus, quòd finis §. hoc modo pugnaturus sit cum principio, & sententia Scæuolæ cum sententia Vlpiani. Hoc verò sibi persuadere interpretes non potuerunt vt tam citò támque facilè Vlpianus sententiā suam correxerit *arg. l. non ad ea 89. De cond. & demonst.* Et Rogerium vnum ex veteribus glossatoribus qui iam olim ita senserat, Accursius nominatim reprehendit quòd licèt actor in locis habeat electionē, ita et tamen inquit, ob hoc solùm ne sit in Rei arbitrio, an debeat, non autem ob hoc, vt reus in altero loco conuentus alterius loci non prætendat vtilitatem: in quo tamen fallitur. Implicat enim contradictionem, vt electio locorum ex iuris necessitate danda sit actori, & tamen actor electionis suæ pœnam illam patiatur, vt ex ea causa præstare debeat Reo quanti eius interest non esse relictam Reo electionem, quod enim fit iure non modò permittente, sed etiam cogente, pœnam certè nullam meretur *vulg. l. Gracchus 4. C. ad leg. Iul. de adulter.* In proposito autem fauemus actori ex mera iuris necessitate, vt Scæuola dicebat, vt & in specie *l. si mulier 59. §. ex asse in fin. infr. De iur. dot.* Et sanè ita est omnino vt Rogerius dicebat. Corrigit Scæuola sententiam Vlpiani, aut potius id quod Vlpianus scripserat, non tam ex sua quàm ex aliorum opinione, qui ante Scæuolam ita responderant, quasi ex iuris ratione, vt si quis decem Ephesi aut Capuæ hominem dari stipulatus experiri velit, non debeat detracto altero loco experiri, id est Ephesi præcisè decem petere, ne, inquit, auferat loci vtilitatem reo: nec tantùm loci, sed etiā rei, cùm aliud promissum sit Ephesi, aliud Capuæ, & fieri queat, vt promissori facilius sit hominem Capuæ dare, quàm decem Ephesi. Et verò fatendum est plausibilem esse hanc rationem, quæ veteres prudentes illos mouebat, vt pro Reo responderent, cùm in alternatiuis obligationibus omnibus tacitè id actum videatur, vt electio sit promissoris, nisi cùm in contrarium expressè actum & dictum est, vt electio sit stipulatoris *l. plerunque 10. §. vltim. infr. De iur. dot. l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. infr. De solut. cap. in alternatiuis De reg. iur. in 6.* Sed Scæuola longè meliùs ac subtiliùs vidit quod priores non viderant, non vtique ea quæ tacitè insunt stipulationibus semper in Rei esse potestate, sed ita rem temperandam & distinguendā, vt in potestate & arbitrio Rei esse possit quid debeat, sed an debeat, non possit. Sub hac enim condicione *si velam* nulla prorsus fit obligatio, & pro non dicto habendum est quod præstare si nolis, cogi non possis *l. sub hac 8. De oblig. & act. l. stipulatio non valet 17. De verb. obligat.* cùm obligatio nihil aliud sit, quàm iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, vt diximus ad *l. 1. supr.* ex obligationis diffinitione quam à Iustiniano habemus initio *Tit. Instit. De oblig.* Vnde fit, inquit Scæuola, vt cùm quis Stichum aut Pamphilum promisit, quæ rerum duntaxat non etiam locorum alternatio est, eligere promissor possit quod soluat, id est, Stichúne an Pamphilum quamdiu ambo viuunt. At vbi alteruter decessit, extinguatur electio, & qui solus superest, omnimodo prǽstandus sit, ne sit in arbitrio promissoris an debeat, dum non vult viuum præstare eum quem solum debet *d. l. Stichum aut Pamphilum in princ.* Nec est quod addas cum Accursio *fortaßis vel mortui precium ex l. cùm res 47. §. sed si Stichus De leg. 1.* Sunt enim verba illa proculdubio imperiti & errantis, titubanter tamen, interpretis, cùm idem Vlpianus noster in præcedentibus apertè scribat, si ex duobus seruis alternatiuè legatis alteruter decesserit, alterum omnimodo præstandum. Quid enim illud est *omnimodo* nisi idem quod si Vlpianus scripsisset, *nulla heredi reliqua electione?* Nam neque mortui hominis præsens precium vllum esse potest, nisi quod iudex per iurisiurandi delationē æstimauerit mortuo post moram homine debito *l. in actionibus 5. § planè supr. De in lit. iur.* neque solet Vlpianus noster, aut alius quisquam ex prudentibus, adeò titubanter loqui, vt neque solent illi qui veram iuris rationem callent. Interpretem verò fefellit, vt arbitror, quod paullo antè scripserat Vlpianus, superstitem præstandum esse, aut absentis æstimationem. Quasi verò sicut absens æstimari potest, ita & mortuus possit, aut quasi homo mortuus suo fato ante moram debitoris possit remanere in obligatione siue pura siue alternatiua: quod etiā falsum est. Sola enim mors id facere potest *l. si fideiussor 19. supr. De dolo l. si seruum 91. §. sequitur §. nunc videamus & §. vlt. De verb. oblig. & d. l. Stichum aut Pamphilum 95. De solut.* Verum igitur est quod Scæuola dicebat, nec Vlpianus negat, eum qui Stichum aut Pamphilum promiserat mortuo alterutro solum debere illum, qui viuus superest, atque ita in ipsius arbitrio futurum non quid deberet, sed an deberet, si adhuc electio ipsi aliqua superesset. Semper enim eligeret præstarè mortuum qui nullus esset, neque præstari amplius posset, ne viuum præstare cogeretur. Ex quo magis intelligimus, quàm verum sit, quod proximè diximus, mortui precium nullomodo deberi, non enim esset in potestate debitoris an deberet alterutro ex seruis mortuo, etiam conseruata ipsi electione, si adhuc aut Stichum viuū, aut Pamphili mortui precium deberet, idque adeò verum est, vt etiamsi facto & culpa debitoris Pāphilus sit mortuus, si tamē posteà Stichus quoq. sine culpa debitoris moriatur, nullo-

nullomodo ex stipulatione agi possit, ne quidem ad occisi Pamphili æstimationem, cùm in illo tempore quo Stichus moriebatur, non commiserit stipulationem, vt eleganter ac subtiliter ratiocinatur Papinianus in *dict. l. Stichum aut Pamphilum* §. 1. Porrò quemadmodum in exemplo illo quod propositionis suæ confirmandæ causa attulit Scæuola de eo, qui Stichum aut Pamphilum debebat, & eligere poterat, vtrum præstare mallet, & cui tamen altero mortuo adimimus electionem ne in eius arbitrio sit an debeat, apertissimum est adimi electionem promissori quam ab initio habuit, ne alioqui adimatur stipulatori actio. Ita & in proposito casu de quo cõcepta primùm fuit quæstio, si quis Ephesi decẽ aut Capuæ hominem dari promiserit, fatendũ necessariò est eadem penitus vrgente ratione electionem debere stipulatoris esse vbi petat, non autem rei vbi ab eo petatur. Alioqui nullomodo conueniri poterit neq; Ephesi neque Capuæ, quia semper alium locum eliget, quàm eum in quo conuenietur, vt neutribi conueniatur: ita sequetur & eueniet idem absurdũ, vt in eius arbitrio sit an debeat. Similis penè ratio est in *l. si idem* 11. *sup. de iurisd. l. inter stipulantem* 83. §. 1 *inf. de verb. obl.* Consequens igitur omnino est, vt possit stipulator altero loco ab eo petere etiam sine alterius loci adiectione, cõtrà quàm Vlpianus primùm scripserat, qui & ipse quasi victus tam vera & subtili ratione Scæuolæ transit libenter in eius sententiam, cùm ita concludit *damus igitur actori electionem petitionis*. Rectè verò *petitionis* at non etiam solutionis. Nam ne quis fortè putet durius agere Scæuolam cum promissore, si omnem omnino electionem ipsi auferat, & vt quiuis intelligat non nisi coacta ratione fieri, vt electionem petitionis actori concedamus, subiungit Vlpianus ex eodem Scæuola, *Et generaliter definit Scæuola petitorem electionem habere vbi petat, reum vbi soluat.* Itaque nulla promissori fit iniuria, cùm possit ille eligendo prius vbi soluat, id est, soluendo vbi volet, impedire ne actor possit vnquam eligere vbi petat, atque ita eligendi facultatem actori præripere. Quod cùm ita sit, tanto certè absurdior & iniquior est Accursij nostri sententia, iam à nobis superius confutata, existimãtis actore electionem occupante petendi vbi volet, non eo minus æstimandam esse vtilitatem alterius loci in fauorem rei, cùm imputari reo possit, cur nõ aduersus incommodum illud sibi prospexerit soluendo vtrubi maluisset, antequàm actor petẽdi locum elegisset. Nec simile est, quod cùm debitor actione arbitraria conuenitur alio loco, quàm in quo ex verbis stipulationis dare debuit, vtilitatis tamen loci ratio habetur fauore debitoris, qui tamen potuerat ab initio vbique soluere *l. continuus* 137. §. *cùm ita de verb. oblig.* Potuit enim quidem vbique soluere antequam certo loco deberet, id est, priusquàm ad locum in stipulatione comprehensum peruenire posset, quomodo textus ille intelligendus est, at nõ posteaquàm certo loco debere cœpit, is enim qui certo loco dare promittit, nullo alio loco quàm in quo promisit soluere inuito stipulatore potest *l. pen. infr.* Non enim fuit necessaria actio arbitraria pro reo, cui facultas soluendi non eripitur, etiamsi alio loco quàm in quem collata solutio est, soluere prohibeatur, sed pro stipulatore cui adimeretur actio, si non ei quocunque loco agendi facultas concederetur. In quæstione autem proposita, cùm quis Ephesi decem aut Capuæ hominem dari promisit, si conueniatur Ephesi actore locum illum eligente, non arbitraria actio illa est, sed directa quæ in eo ipso loco qui stipulationis verbis comprehensus est, exercetur *l. 1. supr. l. 4. in princ. infr.* Proinde quamuis detracto altero loco expetiatur, & ita alterius illius loci vtilitatem reo auferat, non ideò tamen vtilitas loci æstimanda est, quæ nunquam æstimatur nisi ex æquitate, cùm arbitraria agitur, non autem cùm in eo ipso loco in quo dari res debuit, itémque cùm actor aufert reo electionem, quam tamen hîc non aufert, sed iure suo vtitur agendo Ephesi, quandoquidem ex stipulatione sic concepta *Ephesi decem aut Capuæ hominem dari* ius ab initio quæsitum est stipulatori, vt electionem loci ad petendum habere omnimodo deberet, non etiam promissor vbi ab eo peteretur: nec quod electio fuit promissoris, vbi mallet soluere, ad rem facit: electionem enim loci ad soluendum habuit quidem reus, sed ante petitionem, vt Vlpianus hîc ex Scæuola subiungit, non autem postquàm Ephesi ab eo petitum est per contestationem, cùm in litis contestatione apud prætorem facta, & in accipiendo iudicio quasi contrahatur *l. 3. §. idem scribit infr. de pecul. l. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *infrà de nouat. & delegat.* Nam & inde est, quòd in ineunda rei debitæ æstimatione ex contractu stricto inspicimus tempus litis contestatę, tanquam nouissimum instans, quo solui res potuit ex *l. si Calendis* 11. *infr. de re iudic.* vt diximus ad *l. penult. & vltim. supr. tit. prox.* Item quod sic concepta stipulatione *fundum illum si illi non dederis, mihi dare spondes*, dicimus finem dandi alteri fore quando iudicium acciperetur, & ideo occupantis fore actionem *l. si Titius* 9. *infr. de verborum obligationibus.* Denique ne cætera omnia conquiramus, in omnibus faciendi obligationibus purgari posse moram vsque ad litem contestatam, non postea *l. si insulam* 84. *eod.* Petitionem itaque hîc intelligere debemus non extraiudicialem illam interpellationem, quę ad moram contrahendam sufficeret *l. mora* 32. *infr. de vsur.* sed litis contestationem quæ petitionis nomine propriè significatur *l. amplius non peti* 15. *infr. rat. rem haber. l. sed etsi* 25. §. *si ante supr. de hered. petit.* Ad quam vsque permittitur promissori variare quoties velit *l. eum qui certarum* 138. §. 1. *de verb. oblig. l. si quis stipulatus* 57. §. 1. *de solut.* Non tantùm autem locorum electionem damus stipulatori in stipulatione illa, de qua in hoc §. agitur, sed etiam rerum, non vt cùm agit Ephesi, possit ibi petere aut decem aut hominem, sed vt decem præcisè, acsi stipulatio simplex hoc modo concepta fuisset *Ephesi decem dari.* Idque in necessariam consequentiam, quia cùm debitor non promiserit *Ephesi decem vel hominem* sed *Ephesi decem vel Capuæ hominem* fieri certè nequit, vt stipulator ex eã stipulatione decẽ vel hominẽ Ephesi petere possit. Quãuis enim nullã videatur stipulator iniuriã facere promissori, cùm petẽdo Ephesi decem vel hominẽ dat ei electionem, an pecuniã soluere malit an Stichũ: malè tamen agit, qui hominẽ nullomodo deductũ in stipulationẽ deducit in petitionẽ, quia nihil potest peti ne quidẽ alternatiuẽ quod prius non sit in obligatione *l. illud aut illud* 25. *infr. tit. prox. l. si duo* 128. *in fin. de verborum obligationibus.* Proinde si melius loqui volumus, non tam acquirit sibi hoc casu stipulator electionem rei; quo petitur, quàm adimit reo electionem rei soluendæ: aut acquirit sibi quidem electionem etiam rei soluendæ, sed eius tantùm quæ debetur in eo loco quem eligit. Non enim potest eligere locum Ephesi ad petendum, quin hoc ipso cogatur eligere decem

quæ Ephesi dare debitor promisit, aut locum Capuæ quin hominem petere debeat non decem, fitque hoc ex mera necessitate ob mixtam alternationem rerum & locorum, vt Vlpianus ex Scæuola hîc concludit. Est enim locus vnus separatus ab altero, itémque res vna ab altera, sed non similiter res vlla ab eo loco in quo solui debuit: planè si alio & tertio loco velit stipulator petere [quod facere per arbitrariam potest, ne alioqui non possit vnquam agere, si neque Ephesum neque Capuā venire vnquam reus velit *d. l. 1. supr.*] poterit vtique aut decem aut hominem petere, sed relicta reo electione, nec sine vtriusque loci adiectione, vt si reus decem soluat, æstimetur vtilitas loci Ephesi, si verò hominem, æstimetur vtilitas loci Capuæ, quia non nisi per arbitrariam actio huiusmodi institui potest. Igitur ratio dubitandi ad Scæuolam non aliunde sumenda est quàm ex eo quod Vlpianus initio huius §. scribit, non esse auferendum reo vtilitatem alterius loci in quo ex verbis ipsis stipulationis possit soluere: quod tamen fieret si in alterutro loco permitteretur stipulatori agere sine alterius loci adiectione. Sed decidendi ratio fortior pro Scæuola & quę Vlpianum vicit, illa est, quòd hoc casu electio loci in quo petendum est, ad actorem pertinere debeat, licèt electio loci in quo soluere reus velit, ad ipsum spectet ante petitionem, ne alioqui tollamus actionem stipulatori, dū reo volumus reseruare optionē. Nunquam enim reo permittendum est, vt in eius arbitrio ac potestate sit actori adimere actionem *d. l. si seruum 9. §. nunc videamus De verb. oblig. l. Granius 71. § pen. De fideius.* Sicut nec in actoris potestate esse debet, vt reo competentem exceptionem possit adimere *l. vlt. supr. De pact.* vt proinde cùm stipulator petit decem præcisè Ephesi, non arbitraria agat, sed directa, in qua nunquam alterius loci & vtilitatis ex eo emergētis ratio vlla habetur. Fuit Scæuola ex præcipuis & subtilioribus Iureconsultis, cui sæpe accidit, vt & Iulianum & Marcellum, qui ad Iulianum notas scripsit, reprehenderet vt *in l. si aliena 10. §. Scæuola & leg. non solùm 35. in princip. infr. De verborum. obligationibus.* Facilèque suspicor sententiam quæ initio huius § proponitur, & quam Scæuola reprehendit fuisse Iuliani, quem tota ferè hac reliqua lege authorem laudat Vlpianum, licèt nulla hîc dum Iuliani mentio fiat: quòd si Vlpianus de Scæuola loquens adiecisset dictionem aliquam aduersatiuam hoc modo, *at Scæuola* vel *Scæuola autem* vt Scæuolæ notam hanc & reprehensionē esse appareret, vix vlla difficultatis & dubitationis materia ne cuiquis quidem interpretibus superfuisset. Et hęc apertissima certè & ni fallor, verissima huius loci sententia est ab Accursio Bartolo, & aliis tā malè intellecta, in eo maximè quòd putāt nihil interesse an stipulator agat in eo loco, qui non sit destinatus solutioni, an verò in vno ex pluribus locis in obligatione alternatiua positis, quasi vtroque casu vtilitatis loci ratio habenda sit. Perinde enim est, acsi dicerent, nihil hac parte referre, an stipulator directa actione experiatur, an arbitraria, quòd ex prudentibus nemo vnquam dixit. Sed & in eo errat Accursius quod ait, si quis promiserit Ephesi dare, aut Capuæ & Ephesi inueniatur, antequam peruenire Capuam potuerit, nō posse illum Ephesi interim conueniri *arg. l. si testamento 49. §. vlt. infr. De fideiuss.* Nam cū electio sit stipulatoris, vbi velit petere, quid refert, obsecro, an reus Capuam peruenire iam potuerit necne, cùm etiamsi potuisset, Ephesi tamen eum conuenire actori permitteretur? Longéque alia species est, quæ proponitur in *d. §. vlt.* vbi Capuæ tantùm locus erat in stipulatione comprehensus, nō vt in proposita specie ille aut ille, nisi quis dicat electionem quidem esse actoris vbi petat, sed rei vbi soluat, non posse autem illum soluere Capuæ priusquàm perueniri Capuam possit, atque ita futurum vt auferretur ei soluendi electio, si Ephesi præcisè conueniri interim posset, quod ferendum non est. Sed hæc ratio non tam concludit, malè stipulatorem agere, si petat Ephesi, quàm fieri hoc casu actionem arbitrariam ideóque faciendam mentionem loci Capuæ, ne vtilitas eius loci reo auferatur, qui etiā Capuæ soluere inuito stipulatore posset, si non præmatura petitione soluendi Capuæ facultas & electio ei præriperetur.

3 ¶ Si quis ita stipuletur, *Ephesi & Capuæ?* hoc agit, vt Ephesi partem, & Capuę partem petat.

Ad §. 3. Si quis ita.

RAT. DVB. Solutio per partes habet magna incommoda ex parte creditoris *l. 3 supr. Fam. ercisc.* nec verisimile est eum qui stipulatur *Ephesi & Capuæ decem dari* id agere, vt quinque Ephesi & alia quinq; Capuæ accipere cogatur, sed potiùs vt vtrobique decem petere possit, acsi stipulatus esset Ephesi aut Capuæ decem dari. Nam nec nouum est, vt coniūcta pro disiunctis & vicissim disiuncta pro coniunctis accipiantur *l. coniunctionem 29. l. sæpe 53. De verb. signif.* Alioqui finge stipulatū esse me *Ephesi & Capuæ hominē.* An nō absurdū fuerit cogi te partē Stichi aut alterius hominis mihi soluere Ephesi, nec tamē vlla ex parte liberari, quin hominē integrū à te petere adhuc possim, acsi nihil soluisses, quousq; eiusdē Stichi partē alterā Capuæ mihi solueris? Nec. n. is qui hominē promisit, partē soluēdo Stichi liberatur ne quidē pro parte, in quo differt debitū hominis à debito pecunię nec si alterius hominis partem quoq; soluerit *l. stipulatus sum 9. §. 1. infr. De solut. l. qui hominē 34. in pr. eo.* DEC. Pluralitas & diuisio locorū facta per copulam *&* diuidit quoque summā quæ in iis locis ex verbis stipulationis solui debuit, vt pars eius summæ solui debeat in vno loco, alia pars in alio, sicuti pluralitas & enumeratio personarum diuisionem quantitatis inducit *l. reos 11. §. cùm tabulis infr. De duob. reis l. si mihi & Titio 110. De verb. oblig.* adeóque condicionis, quamuis ea sui natura sit indiuidua *l. cui fundus 56. De cond. & demōstr.* Ergo non aliam interpretationē recipere potest hęc stipulatio, quā si à te stipulatus essem dari mihi Ephesi quinq; & quinq; Capuæ, mihique imputare debeo si id agebam, vt possem Ephesi aut Capuæ decē integra petere, cur non aliter conceperim stipulationem, legémq; dixerim apertiùs *l. quicquid adstringendæ 99. in princ. De verb. obl. l. veterib. 39. supr. De pact.* stipulatoris enim est legem dicere, non promissoris, cùm responsio interrogationi congrua esse debeat, vt valere possit stipulatio *l. 1. de verb. oblig.* nisi cùm extrinsecus aliquid adiicitur quod ad stipulationis substantiam non pertinet *l. quæ extrinsecus 65 eod.* Nec [illegible] verò absurdi quicquam est in eo, quod dicimus stipulatorē cogendū quinque accipere Ephesi & quinq; Capuæ, vt absurditatis huius euitandæ gratia mutari coniunctiua debeat in disiunctiuam ex *d. l. sæpe & d. l. coniunctionem.* Cùm ita stipulator voluerit, possitque eius interesse sic summam diuidi, nec in alterutro locorum totam solui, sed partem Ephesi dimidiam, & Ca-

& Capuæ dimidiam alteram: partem enim simpliciter quoties dicimus, dimidiam intelligimus *l. nomen filiarum 164. §. 1. eod. tit. l. etiam partis 43. supr. De vsufr.* Ex eo autem quod Vlpianus hîc scribit, diuisionem locorum factam per copulam & inducere diuisionem quantitatis promissæ, intelligimus aliud ergo dicendum esse, si in stipulationem deductum sit aliquid indiuiduum, puta si quis Ephesi aut Capuæ hominem in genere stipulatus sit. Hominis enim in genere stipulatio indiuidua est *l. 2. §. 1. De verbor. oblig.* licèt orationis compendio singulos homines contineat, vt Papinianus loquitur in *l. Mauius 66. § duorum De legat. 2.* alioqui redderetur stipulatio inutilis: quæ maligna certè esset interpretatio *l. si ita stipulatus 126. §. Chrisogonus vers. sequens stipulatio l. Titia 134. §. 1. De verb. oblig.* Potiúsque accipienda esset hoc casu coniunctio pro disiunctione, vt totus homo peti alterutro loco posset, sicut & in exemplo quod affert Bart. si conuenerit vt Ephesi & Capuæ & vbicunque fuerit inuentus reus dare debeat decem. Integra enim decem peti vbicunque poterunt, ne alioqui summa ad exiguum deducatur, & stipulatio ita fiat inutilis. Idque præterea conuenit præcedentibus. Nam in superioribus tractauit Vlpianus in §. 1. *de stipulatione illa Ephesi decem dari & in §. seq. de illa Ephesi decem aut Capua hominē dari.* Itémque in *leg. 4. in princip. infr. de certa summa Ephesi danda, numquam verò de homine Ephesi soluendo.* Neque verò pars hominis in genere vlla est, sed tantū Stichi aut Pamphili *d. l. 2. §. 1. De verb. oblig.* Quid ergo si stipulator decem tota velit petere Ephesi? Potest vtique, sed per arbitrariam hanc actionem De eo quod certo loco, non per directam, cùm petat aduersus verba stipulationis. Itaque ratio vtilitatis loci Capuę habenda erit pro quinque illis quæ Capuæ peti & solui debuerunt. nam etsi mallet stipulator tota decem Romæ petere per arbitrariā posset vtique, dummodo detracta vtilitate locorum in quibus ex stipulatione solui debuit. Et ita benè hîc Bartolus, licèt malè putet hunc §. aliquid habere commune cum superiore, itémque sequentes §§. quod omnino falsum est.

4 ¶ Si quis insulam fieri stipuletur, & locū non adiiciat: non valet stipulatio.

Ad §. 4. Si quis insulam.

RAT. DVB. Quod certo loco fieri promissum nō est, vbique fieri potest, vt diximus ad *l. 1 supr. ex l. eum qui 43. supr. De iudic. l. qui loco certo 27. supr. De cond. indeb. l. continuus 137. §. cùm ita infr. De verb. oblig.* Ergo si quis insulam fieri simpliciter stipuletur, quamuis locum non adiiciat, non eo minus tamen valere debet stipulatio, cùm possit stipulator vbique agere & promissor vbique insulam facere. Præsertim cùm in obligationibus faciendi generale sit vt in iis succedat obligatio eius quod interest *l. si quis ab alio 13. in fin. De re iudic. l. quoties quis alium 81. l. cùm stipulatus 113. §. vlt. De verb. oblig.* Id verò quod interest sicuti in pecunia numerata semper consistit *l. vlt. De stipulat. prætor. l. si commissa 13. Rat. rem haber.* ita solui & præstari facilè quocunque loco potest. DEC. Cùm quis insulam fieri stipulatus est, nec locum adiecit, prorsus vaga & incerta est stipulatio, ita vt nesciri possit, an & quando satisfecisse videri reus debeat. Nam si dicat stipulator velle se insulam fieri Romæ, dicet promissor eam se velle ædificare Ephesi, atque ita numquam in locum consentient. Opus autem omne quod solo cohæret necessario requirit locum, vt Barr. hîc notat distinguens opus ab operis, quarum promissio valet etiam sine loci adiectione *Tot. tit. De oper. libert. & l. interdum 73. §. 1. De verb. oblig.* Nec rursus hæc stipulatio aut alia vlla valere aliter potest quàm si intersit stipulatoris *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri De verb. oblig.* Posset autem fieri, vt promissor in eo loco insulam ædificaret, in quo ædificari eam nihil stipulatoris interesset, quæ Accursij ratio est nec mala. Sed mihi omnium optima & accommodatissima illa videtur, quòd ex obligationibus faciendi nunquam agitur ad faciendum quod sine vi & impressione fieri posset, sed post elapsum tempus intra quod fieri potuit, & debuit. si factum non sit, datur actio ad id quod interest, secundum Proculianos *l. si ita stipulatus 124. & seq. eo. tit.* adeóq; ex quo cœpit mora fieri ædificandæ insulæ, secundum Sabinianos *l. stipulationes non diuiduntur 72. § vlt. eod.* atqui non potest sciri, quanti intersit stipulatoris ædificatam esse insulam si nullus locus in stipulatione adiectus sit, cùm ex diuersitate locorum possit longè pluris vel minoris interesse ędificatum habere in vno loco potiùs quàm in alio: & præterea id quod interest, facilè in infinitum excurreret, cùm in pecunia numerata, vt diximus, semper consistat, nisi certo loco vel tempore coarctaretur. Vnde est, quòd nulla iuris nostri parte videas ratione pecuniæ præstari id quod interest, nisi cùm ex loci vel temporis adiectione taxari potest, ne in immensum procedat *l. prox. infr. l. 1. supr. De in lit. iur.* Meritò igitur placuit stipulationē faciendę insulę, si locus nullus adiectus sit, non valere *l. qui insulam 95.* vt nec legatum domus si nullam domum testator habeat *l. si domus 71. De leg. 1. l. ita stipulatus 115. in princ. infr. de verb. oblig.* vbi & alij casus huic persimiles proponuntur, in quibus ob incertitudinem viciatur stipulatio. In stipulationibus dandi diuersa sunt omnia, quia si quod dandū est, sit quid immobile suo loco præstari omnino debet, nec alio pręstari potest, si verò sit pecunia aut quid aliud mobile nullo adiecto loco & præstari & peti vbique potest, vt diximus. Sed & optimum consilium pro stipulatore est, vt non modò locum stipulationi adiiciat, sed etiam tempus vt in *d. l. eum qui 43. De iud.* ne cum Proculianis & Sabinianis disputandum habeat, quando futurum sit vt committatur stipulatio. Itémque ne purgare moram posteà reus possit. Nam nullo adiecto die, tametsi tantum temporis præterierit quanto insula ędificari potuit, indubitatè quidem commissa est stipulatio, vt ad id quod interest agi possit, adhuc tamen purgari mora potest ad tempus vsque litis contestatæ *l. si insulam 84. De verb. oblig.* quod præterito die certo non idem est *d. l. eum qui.* Maior enim vis est hac parte taciti temporis quàm expressi *l. eum qui certarum 138. §. 1. De verb. oblig. l. si ita legatum 65. §. 1. De legat. 1.*

5 ¶ Qui ita stipulatur, *Ephesi decem dari*: si ante diem, quàm Ephesum peruenire possit, agat: perperā ante diem agit. quia & Iulianus putat, diem tacitè huic stipulationi inesse. Quare verum puto, quod Iulianus ait [a], eum, qui Romæ stipulatur, *Hodie Carthagine dari*, inutiliter stipulari.

Ad §. 5. Qui ita stipulatur.

RAT. DVB. Quicquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis stipulationis exprimatur, pro omisso habendum est *l. quicquid adstringendæ 99. infr. De verb. obligat.* Hoc enim est quod dici solet stipulationem esse stricti iuris adeóque strictissimi, cùm nihil aliud sit quàm verborum solemnis conceptio & obligatio. Atqui tempus quod in stipulatione adiicitur, non tantùm obligationis, sed etiam solutionis gratia pars est stipulationis, non minùs quàm summa ipsa in stipulationem deducta *l. 1. §. editiones supr. De edend.* Ergo si quis ita stipulatus sit *Ephesi decem dari* nec tempus adiecerit, non potest dici tempus vllũ inesse huic stipulationi, cùm nullum expressum sit, & consequenter non est prohibendus stipulator ex ea stipulatione agere per arbitrariam alibi quàm Ephesi priùs etiam quàm Ephesum perueniri possit. DEC. Semper in stipulationibus perinde ac in cæteris contractibus sequimur id quod actum est, de quo si nõ appareat, tum demum sequimur id quod expressim dictum est *l. semper in stipulationibus 34. De reg. iur.* Multa enim tacitè aguntur in contractibus & negotiis quibuscunque, tametsi non exprimantur, & quæ nec exprimi est necesse *l. pen. infr. De euict. l. inter socerum 2. §. cùm inter infr. De pact. dotal. l. 3. supr. De reb. credit.* Imò quòd magis est interdum etiam extra id quod actum fuit, obligatio quædam tacita nascitur quæ actionem quoque parit, vt euenit in condictionibus omnibus *l. is qui 13. §. vlt. infr. commod.* Quid autem magis actum uideri debet, quàm vti ne rei alicuius impossibilis contracta videatur obligatio, quæ nec expressa cõtrahentium voluntate contrahi posset, *l. impossibiliũ 185. De reg. iur. l. non solùm 31. De oblig. & act. l. impossibilis 7. l. si homo mortuus 69. De verb. oblig.* Atqui certum est impossibile esse, vt qui Romæ alióve quolibet loco extra Ephesum promittit decem Ephesi dari, ea decem det Ephesi, priusquàm Ephesum perueniri possit. Ergo vt valeat stipulatio, quæ alioqui valere non posset, fatendum necessariò est tempus tacitè inesse huic stipulationi, intra quod scilicet Ephesum perueniri possit *l. eum qui Calendis 41. §. 1. l. continuus 137. §. cùm ita eod. tit.* vbi latiùs & eleganter explicat Venuleius, quodnam & quantum tempus illud esse debeat. Maligna enim est interpretatio, per quam fit, vt stipulatio corruat, quæ benigna interpretatione potiùs adiuuanda est, vt valeat *l. si ita stipulatus 126. §. Chrisogonus versic. sequens stipulatio l. Titia 134. §. 1. iunct. l. quoties 80. eod. tit. l. quoties 12. De reb. dub.* Consequens igitur est, vt si stipulator priùs agat ex ea stipulatione quàm Ephesum perueniri potuerit, non tam malè agat, vt aliàs solet, qui ante diem agit, quia tempore plus petit *§ si quis agens Instit. De action.* quàm perperam, vt ex Iuliano, Vlpianus hîc loquitur, id est nihil agat, ita vt nec actionem eo nomine competituram consumat, quia necdum nata est, adeóque nec obligatio vlla vt in *l. vnic. in fi. supr. Quand. dies vsusfr. legat. ced. l. eum qui 41. § penult. De verbor. oblig.* Neque aliud est in legatis *l. 1. §. vlt. De condict. & demõst.* & in stipulatione operarum liberti *l. quoties 24. infr. De oper. libert.* Vide quid simile in *l. promissor 21. §. 1. infr. Tit. proxim.* Sic & condicio interdum tacitè inest stipulationi, vt stipulatio quæ ex conceptione verborum videtur pura, dilationem tamen ex tacita condicione recipiat vt in *l. interdum 73. De verbor. obligat.* Quamuis rarò id accidat, vt vel dies vel condicio quæ expressa non est, tacitè subintelligi debeat, id est, nisi cùm id actum fuisse apparet, vt benè Paulus explicat in *dict. §. Chrisogonus in fin.* Vbi addit, quod maximè notandum est, personam tamen nisi expressa sit in stipulatione, nunquam extrinsecus subintelligi debere, in eóque differre à tempore & condicione. Nec certè dari casus vllus potest in quo id actum videri possit, vt persona aliqua suppleatur.

a *Quare verum puto quod Iulianus ait.* RAT. DVB. Semper id actum intelligi debet inter contrahentes, vt actus valeat potiùs quàm vt fit inutilis *dict. l. quoties 80. De verb. oblig. l. quoties 12. De reb. dub.* & aliis suprà citatis. An non enim ridiculus sit, qui dicat se actum derisorium facere voluisse: nam nec stipulatio aliter fieri intelligitur quàm si quis seriò interroganti, seriò respondeat, in quo maximè differt stipulatio à pacto nudo *l. iuris gentium 7. §. quod ferè supr. De pact.* Idque est quod Varro dicebat *libr. 5. de ling. Latin.* non omnem qui dicit *Spondeo* obligari ex sponso, sed duntaxat eum qui seriò sic respondeat, & animo se obligandi. Ob eámque causam non omnis verborum conceptio facit stipulationem, sed ea demùm quæ habeat verba solemnia & cõgrua, ex quibus appareat inter contrahentes seriò rem agi *l. 1. De verb. oblig.* Ergo si quis Romæ cùm esset, decem hodie Carthagine dari stipulatus sit, potiùs dicendum est tollendam esse dictionem *hodie* quæ impossibilem facit promissionem, quàm vt stipulatio ex hoc fiat inutilis, ne alioquin vtile per inutile vitietur, contrà *l. placuit 29. infr. De vsur.* Nam & cùm quis stipulanti respondet *arma virúmque cano spondeo* constat non eo minùs validam esse stipulationem reiectis prioribus illis verbis, quæ ineptam eam facere videbantur *l. quæ extrinsecus 65. De verbor. obligat.* DEC. Contractibus omnibus commune illud est, vt impossibilis rei adiectione vitientur: vix enim est vt non velint contrahentes nihil agi adiecta ea condicione, quam impossibilem esse sciunt, inquit eleganter Marcianus in *l. non solùm 31. in fi. De obligat. act.* cúmque ex duorum consensu ac voluntate perficiantur, parum esset si alteruter contrahentium aliud à se actum diceret, si non alius quoque consentiret, quo tamen casu adhuc noua stipulatio necessaria esset. In eóque differunt contractus ab vltimis voluntatibus, quæ quoniam ex solius testatoris voluntate pendent, & legis vim obtinent *l. verbis 120. De verb. signific.* impossibilis condicionis adiectione non vitiantur, sed condicio ipsa impossibilis reiicitur, quia nec legis est actum aliquem derisorium facere, nec impossibilem vllam condicionem admittere *l. 1. De cond. instit. l. 3. De cond. & demonst.* dummodò sublata condicione impossibili id quod superest, tale sit, vt legis vim & executionem aliquam habere possit. Non enim sicuti lex tollit impossibilitatem quæ ex impossibilis condicionis adiectione nascitur, ita & eam tollere potest quæ ex manca testatoris volũtate inducitur, vt puta si testator, qui nullam domum habebat, domũ suam tibi legauerit *l. si domus 71. in princ. De lega. 1. iunct. l. si mihi & tibi 12. §. 1. eod. l. non tantùm 19. C. eod.* Et quod dicimus, etiam in contractibus vtile nõ vitiari per inutile in iis quidem quæ diuidua sunt, verum est *d. l. placuit*, sed non in indiuiduis cuiusmodi sunt essentiæ omnes contractuũ quoties de ipsorum validitate quæritur *l. cùm ex causa 129. De verb. oblig.* vt & essentiæ cæterarũ rerum omnium apud philosophos. Proinde si stipulationi adiectum sit tempus quod impossibilem eã faciat, non potest detrahi, cùm partem stipulationis perinde ac summa ipsa constituat, *dict. §. editiones*

l. 1. De

l. 1. de edend. quam tamen ex stipulatione detrahi vel immutari posse nemo vnquam dixerit. Atqui impossibile est, vt quod hodie Romæ promittitur, hodie Carthagine detur. Ergo fatendum est inutilem esse stipulationem propter impossibilitatem, id est, cùm impossibilis sit rei promissio. Sic enim lego apud Iustinianum pro eo quod vulgò *repromissio* in *§. loca etiam in fin. Instit. de verb. obligat.* Nec aliud est in stipulatione quamuis omnium fauorabilissima operarum liberti *l. quoties 24. infrà de oper. libert.* Generaliter enim verum est impossibilium obligationem nec esse vllam nec esse posse *dict. l. impossibilium 185. de regul. iur.* Vnde fit, vt si qua ratione desinat hæc stipulatio esse impossibilis, valeat, vt in eleganti specie *l. vlt. §. si inter eos infr. de verb. oblig.* id est, si ita contigerit, quod certè potest contingere, vt tam stipulator quàm promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum fecerit in eum diem futuram stipulationem, ac demandasset promissor quidem suo dispensatori, vt daret, stipulator autem suo, vt acciperet: hoc enim casu non continet impossibilem causam stipulatio, vt in *d. §. Caius scribit.* Dicat aliquis dictionem hanc *hodie* in stipulationibus non tam pro certo die ac tempore adiecto haberi debere, quàm vt præsens ostendatur esse responsum, ac si pura omnino esset stipulatio, vt subtiliter Papinianus tractat in *l. liber homo 118. §. 1. de verb. oblig.* vbi ait ex hac stipulatione *decem hodie dari* posse stipulatorem vel eo ipso die pecuniam petere, neque videri præmaturius agere, non finito stipulationis die, quod in aliis temporibus iuris est: nam peti interim non debet, quia intra comprehensum tempus solui potest. Cùm ergo dictio *hodie* non faciat, vt stipulatio in diem facta videatur, sed è contrario potius, vt præsens & pura sit, ac si ea dictio adiecta non esset, cur non valet illa quoque stipulatio Romæ facta *hodie decem Carthagine dare spondes*, vt perinde tempus tacitè stipulationi credatur inesse, intra quod Carthaginem perueniri possit, quomodo si sublata dictione *hodie* ita concepta esset stipulatio *Carthagine dare spōdes?* Subtilis certè obiectio est, sed quæ tamen dilui facilè potest, si dicamus dictionem *hodie* licèt non faciat stipulationem in diem, quomodo si sic concepta proponeretur, *cras dare decem Carthagine spondes* attamen facere eam tanto magis impossibilem, cùm nec vnius quidem diei spatium promissori liberum relinquatur ad soluendum, verbis ipsis stipulationis id euincentibus, & omnem illam taciti temporis supplendi interpretationem impedientibus. Expressum enim, vt est in vulgari nostrorum brocardico, facit cessare tacitum *l. vlt. C. de pact. conuent. tam sup. dot.* Aut potius, vt est in iuris regula, *expressa nocent, quæ non expressa non nocerent l. expressa 195. de regul. iur.*

6 ¶ Idem Iulianus tractat: an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio soluatur, nihilominus possit intendere, sibi dari oportere. & Iulianus scribit, liberationem non contigisse: atque ideo posse peti, quod interest. Marcellus autem & aliàs tractat, & apud Iulianum notat posse dici, & si mihi alibi soluatur, liberationem contigisse: quamuis inuitus accipere non cogar. planè si non contingat liberatio, dicendum ait, superesse petitionem integræ summæ, quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quàm vbi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summæ solutio distare à fabrica insulæ: & ideo, quod interest, solum petendum.

Ad §. 6. Idem Iulianus.

RAT. DVB. Adiectus solutionis causa ius habet accipiendæ solutionis perinde ac ille ipse qui stipulatus est, adeóque inuito stipulatore in cuius potestate esse non debet, vt stipulationem immutet, quę ab initio certam legem habuit *l. obligationum ferè 44. §. accessio infr. de oblig. & act. l. cùm quis 55. & seq. §. qui sibi infr. de verb. oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quæsitum l. aliud est 106. l. vlt. de solut. iunct. l. vero procuratori 12. §. pen. l. qui hominem 34. in princip. & §. stipulatus sum l. qui res 98. §. mihi dare & §. mihi Romæ eod. l. vlt. §. cùm mihi de verb. oblig.* quamuis adiectus neque agere possit, neque nouare, quia non obligationis sed solutionis gratia adiectus est *l. cui rectè 10. de nouat.* Idque adeò verum est, vt si is qui stipulatus est *sibi aut Titio dari* ageret præcisè ad hoc, vt sibi solueretur, nulla Titij facta mentione, malè ageret, & causa plus peteret, quoniam adimeret reo electionem soluendi Titio *arg. §. huic autem Instit. de action.* Ergo si cùm quis Ephesi dari sibi aut Titio stipulatus fuit, alibi Titio soluat debitor, dicendum est liberationem ei contingere non minus, quàm si stipulatori ipsi alibi solueret, ideóque nullam stipulatori actionem superesse per quam possit intēdere dari sibi oportere, nec magis id quod stipulatoris interesset, quàm summam ipsam solutam. Nam si stipulatori mihi etiam alibi solueretur, ne Iulianus quidem negaret liberationem ex ea solutione contingere, quamuis cogi non possem, vt alibi acciperem solutionem, *l. qui Romæ 122. in princip. de verb. oblig.* Et hæc præcipua ratio Marcelli fuit propter quam notauit & reprehendit contrariam Iuliani sententiam. Nec valdè dissimilis Pauli ratiocinatio est in *dict. l. qui res 98. §. mihi dare de solut.* vbi ait, si mihi Calendis Februariis aut Titio Calendis Ianuariis dari stipulatus sim, posse quidem dubitari, an vtiliter stipulatus sim, quod ad Titij adiectionem pertinet, sed tamen magis esse, vt sit vtilis stipulatio & Titij adiectio. Nam cùm in diem sit, inquit, mea quoque obligatio [sic enim legendum est non *ea*] etiam mihi solui potest ante Februarias. Igitur & illi solui poterit. Aut si quis cum Iuliano adhuc dicere velit, liberationem ex eiusmodi solutione non contigisse, dicendum erit, inquit Marcellus, non eius tantùm quod interesset stipulatoris, vt Iulianus dicebat, sed integræ summę petitionem superesse, quemadmodum, inquiebat idem Marcellus, si quis insulam alibi fecisset, quàm vbi promisisset, in nihilum liberaretur.

DEC. Quisquis solutionis tantùm causa adiectus est, solutionem quidem à reo accipere etiam,

inuito & prohibente stipulatore potest, & debitori plenam liberationem præstare,& quidem non tantùm ope exceptionis, sed etiam ipso iure, nisi cùm alia res in persona Titij, alia verò in persona adiecti designata est, vt in *d.l.vlt.§.cùm mihi de verb.oblig.* [etsi videtur hoc fuisse inter prudentes veteres controuersum *d.l.obligationum ferè 44.§. accessio de oblig. & action. d.l.qui res 98.§.mihi Roma de solut.*] sed stipulatori auferre vtilitatem loci non potest, in quo fieri solutionem stipulator voluit. Est enim id extra causam accipiendæ solutionis. Quòd si nec stipulatori permittitur, vt stipulationis legem, quæ ab initio constituta fuit, immutet *dict. l. vero procuratori 12. §. pen.de solut.* cùm tamen soli stipulatori obligatio tota & actio acquiratur, quanto minus permittendum est adiecto, vt inuito vel ignoranti stipulatori auferat vtilitatem loci, in quem non tantùm solutio, sed etiam obligatio ipsa & stipulatio collata fuerit, & qui non minus quàm dies partem faciat stipulationis *l.1.§.editiones supr. de edend.* Nec enim ius ipsum obligationis vllomodo commune est ei, qui solutionis tantùm causa adiectus fuit, sed totum residet in persona stipulatoris, qui nec si voluisset extraneo, tamen stipulari potuisset *l.stipulatio ista 38. §. alteri dict.l. eum qui ita 56. §. qui sibi l.si mihi & Titio 110. de verb. obligat.* Communis autem est duntaxat facultas accipiendæ solutionis, dum ne à lege per stipulationem dicta recedatur. Ergo si quod ex verbis stipulationis Ephesi solui debuit stipulatori aut Titio, alibi solutum sit Titio, non potest ea res facere quin stipulatori supersit integra petitio non quidem summæ integræ [quod enim solutum est Titio, benè solutum est, quatenus solutum est, cùm solutionem vbique accipere potuerit ad præstandam reo soluti liberationem] sed eius quod interest stipulatoris Ephesi potius quàm alio loco solutum fuisse: nec enim habet actor qua de alia re conqueratur quàm quòd adiectus solutionem accipiens alio loco vtilitatem loci, qui stipulatione comprehensus erat ipsi ademerit. Nulla igitur ei actio superesse potest, nisi ad consequendam indemnitatem: quia sicuti nec actionem nec exceptionem damus, nisi ei cuius interest, ita neque nisi quatenus interest. Verum igitur est, vt Vlpianus contra Marcellum concludit, vtrumque illud quod Iulianus dixerat, neque in plenam liberationem contigisse promissori qui adiecto soluit alibi, quàm vbi ex lege stipulationis solui debuerat, neque tamen summæ solutæ petitionem vlla ex parte stipulatori superesse, sed hactenus tantùm saluam ei esse actionem, vt quod ratione loci eius interest, consequi possit. Nam quod Accursius putat id quod solutum est, tam in sortem quàm in solutionem eius quod interest, cedere debere *arg.l.vlt.infr.hoc tit.* rectè reprehendit Bartol. ex eo quod in fine huius §. Vlpianus scribit, solum id quod interest petendum esse, nec in vlla parte sortis plenam liberationem contigisse. Quamuis hoc ipsum difficile videatur, vt cum Vlpiano dicamus, liberationem quantitatis debitæ non contigisse, & tamen id quod interest, solum petendum esse. Bartolus sic intelligit, vt tota quantitas etiam quæ soluta est, petenda sit, sed non absolutè, vt eam stipulator iterum consequatur, sed cum illa adiectione, vt id quod sua interest ratione loci consequi solùm possit. In quam rem adfert quod scriptum est in *l.Iulianus 131.§.1.de verb.oblig. & in l.etiam 27.de solut l.3.§.si reddita infr. Commod.* Ego verò facilè Bartolo hac in re adsentior. Certum enim est, vtilitatem loci per se solam peti non posse, cùm non debeatur nisi officio mercenario, vt nostri loquuntur, & arbitrio iudicis, qui arbitrariæ actioni adiectus est *§.prox. infr. l.4.§.1.l. centum Capua 8.l.vlt.hoc tit.* Actionem igitur arbitrariam superesse ac retineri necesse est, vt loci vtilitas peti & exigi possit *d.l.centum in fin.l. qui per collusionem 49.§. 1.infr. de action.empt.l.4. C. deposit.* Non etiam vt quod iam solutum est, rursum soluatur. Plenam enim liberationem contigisse reo necesse est, ne in posterum conueniri vllomodo possit, & vt actio arbitraria omnino extinguatur. Plena autem liberatio non potest contingere nisi ex plena satisfactione *l. Neratius 63.supr.de condict.indeb.l.item liberatur 6.§.1.infr. quibus mod.pign.vel hypoth solùit.l.satisfactio 53.de solut.* Porrò non potest videri plenè satisfactum stipulatori quandiu aliquid soluendum superest quod ei solui oporteat, sicut & cùm rei solutæ aliquid deest, vt in *d.l.Iulianus & dict.l.etiam.* Nec benè hic casus comparabitur ei, quo stipulator ipse totius sortis solutionem acceperit alio loco, quàm in quo fieri solutio debuerat. Quo casu certũ est nullam ei arbitrariam superesse pro vtilitate loci consequẽda quam cum sorte ipsa exigere & consequi debuerat: nam sibi imputet qui hanc ipse sibi actionem facto suo ademit, at cùm adiecto solutum est, alibi quàm in loco destinato, nihil est quod stipulatori imputare possis, ne illud quidem quòd talem personam stipulationi causa solutionis adiecerit, cùm adiiciendo certam solutioni faciendæ & accipiendæ legem dixerit, quam excedere & prętergredi adiectus non potuit, vt nec alius quilibet mãdatarius: Diligenter enim mandati fines custodiendi sunt *l. diligenter 5. infr.mandat.§.is qui exequitur Instit.eod.tit.* Esse autem adiectum hunc mandatarium ex eo apparet, quod actione mandati tenetur, vt quod à debitore accepit, stipulatori restituat *l. qui res 98. §. qui stipulatus in fin.infr.de solut.§.si quis alij Instit.de inutil.stipulat.* Cur ergo ei permittamus, vt accipiendo solutionem contra mandati formam liberet in plenum debitorem, locique vtilitatem auferat stipulatori? Nisi fortè proponas plenum ei datum arbitrium ad solutionem accipiendam, vt in *l.qui Romæ 122.§.Callimachus in fin.de verb.oblig.* Planè quin ad ratam vsque acceptæ sortis debitorem liberauerit, dubitari non oportet, cùm in eo nihil contra mandatum fecerit, sed in eo tantùm quòd alio loco solutionem accepit: quæ res non ipsius summæ solutionem afficit, sed loci duntaxat vtilitatem stipulatori detrahit. Nec bona comparatio est, qua Marcellus contra Iulianum vtebatur, vt probaret, si ex eiusmodi solutione liberatio plena promissori non contigerit, in nihilum igitur liberatum eum esse, id est, ne quidem pro sorte quam adiecto soluit, exemplo eius qui insulam fecisset alibi, quàm vbi promisisset. Nam vt benè Vlpianus pro Iuliano respondet, multum distat solutio certæ summæ à fabrica insulæ. Factum enim certo loco promissum, vt addit Bartolus, substantialiter variatur ex locorum diuersitate, facti autem vnius pro alio facto solutio non parit liberationem, vt ex eodem Iuliano nostro Paulus docet in *d.l.qui res §.mihi Roma*, at præstatio summæ non ęquè, quoniam eadem summa est, quę alibi quoque solui potuit, & quocunque loco præstetur, adfert suam recipienti vtilitatem, perindéque dominium pecuniæ transfertur: qui vnicus effectus est obligationis dandi *l.vbi autem 75.§. vlt. de verb. oblig.* nec aliud dominium est quod transfertur Capuæ quàm

quod

quod Ephesi transferretur si solutio ibi facta fuisset, ac quemadmodum is cui mandatum fuerat vt quinquaginta solueret, si centum soluerit, non eo minus habet actionem mandati ad quinquaginta repetenda secundum eam prudentum veterum sententiam, quam Iustinianus probat in *dict. §. is qui exequitur*. Ita & is cui mandatum erat, vt centum sibi soluenda acciperet si quinquaginta tantùm acceperit, non eo minus liberat debitorem in quinquaginta, quia nec nihil, nec aliud accipit quàm quod mandatum fuerat, sed minus. Huic porrò similis ille est qui solutionem Ephesi accipere iussus, acc epit eam Capuæ: accepit enim id ipsum quidem quod debebatur, sed alio loco quàm in quo debebatur, nec æstimata vtilitate loci, ac proinde nec nihil, nec aliud quàm quod mandatum ei fuerat, vt acciperet, sed minus quàm debebetur & quàm accipere iussus esset, liberat ergo debitorem in ea quantitate quam ab eo accepit non liberat in ea quam non accepit, & quam tamen accipere ex mandato debuerat.

8 ¶ Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est: vtrum quantitati contractus debeat seruire, an vel excedere, vel minuere quantitatem debeat: vt si interfuisset rei, Ephesi potius soluere[a], quàm eo loco, quo conueniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem secutus[b], etiam actoris habuit rationem: cuius interdum potuit interesse, Ephesi recipere. itaque vtilitas quoque actoris veniet. quid enim si traiecticiam pecuniam dederat, Ephesi recepturus, vbi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus: & distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur: & res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam, quod interfuit, veniet: & quidem vltra legitimum modum vsurarum[c]. quid si merces solebat comparare? an & lucri ratio habeatur, non solius damni? puto & lucri habendam rationem[d].

Ad §. vlt Nunc de officio.

RAT. DVB. Actio arbitraria nascitur ex contractu, & quidem stipulationis, qui omnium strictissimus est, vt diximus ad *§. 1. huius legis & ad l. 1. supr.* Ergo non potest latius patere & extendi, quàm contractus ipse stipulationis: qualis enim contractus est qui parit obligationem, talis & obligatio est quæ ex eo proficiscitur. Et rursum qualis obligatio est, talem & necesse est actionem esse quam parit obligatio *l. lucèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* Denique qualis actio est, talem prætor dat formulam ex cuius præscripto iudex pedaneus iudicandum necessariò habeat, ita vt ne latum quidem vnguem possit ab ea recedere. Vnde est quod iudex datus etiam in hac actione dicitur addictus actioni & formulæ in *l. 4. §. 1. infr.* tanquam seruus addictus glebæ. Cur ergo dubitamus an quantitati contractus inseruire debeat, an verò possit excedere vel diminuere quantitatem?

DEC. Actio quidem ex stipulatu stricta est & strictissima, sed arbitraria, quæ nascitur ex stipulatione propter adiectionem loci, quamuis non sit bonæ fidei, attamen nec stricta est, sed arbitraria, quæ proinde iudicem obligat, vt pronunciet ex bono & æquo *§ præterea Instit. de action.* Vt scilicet quoties alio loco petitio aut solutio fit, quàm in quo ex contractus verbis fieri debuit, habenda sit ratio vtilitatis loci, id est, quam vel reus, vel etiam actor sperare potuisset, si in loco qui stipulatione comprehensus est, solutio facta fuisset, vt sequitur in hoc §. Nam etsi actio maneret stricta, qualis est condictio certi ex stipulatione, adhuc tamen loci ratio habenda esset in æstimanda re debita, vt suprà diximus, obseruari in condictione certi ex mutuo *l. vinum 22. supr. de rebus credit. l. vlt. supr. tit. prox. l. quoties 59. & seq. inf. de verb. oblig.* Sicut & habetur ratio temporis, quamuis adiectum in stipulatione tempus non faciat actionem arbitrariam *l. quòd si Ephesi 4. in princip.* vbi dicemus *infr. l. si fundum certo die 114. de verb. oblig.* vbi scribit Vlpianus, si fundum certo die dari stipuler, & per promissorē steterit, quominus ea die præstetur, consecuturum me quanti mea intersit, moram factam non esse, quamuis in stipulatione nihil de eo quod interest, dictum sit. Cur enim stipulator diem adiiceret in stipulatione, nisi vt promissor intelligeret futurum, si ea die non satisfaceret, vt quanti ex ea causa stipulatoris interesset, præstare teneretur? Alioqui fatendum esset inutiliter adiectum esse in stipulatione locum, aut tempus, si eiusmodi adiectio hoc non operaretur. Differentia tantùm illa est inter locum & tempus, quod alio loco peti non potest, quàm qui obligationis causa insertus stipulationi fuit, ideóque necessaria est actio arbitraria, vt alio loco peti possit: at alió tempore potest petere stipulator, quàm quo dari debuit, dummodò vlteriore, non citeriore, vt diximus ad *l. 1. supr. & l. si sterilis 21 §. cùm per venditorem in fin. infr. de action. empt.* nec arbitrariæ actionis auxilium in eam rem necessarium est *d. l. quòd si Ephesi.* Itaque differentia inter locum & tempus hac parte non in eo est, vt temporis vtilitas potius quàm loci ex vi & natura stipulationis habenda sit, sed vt loci vtilitas in stipulatione æstimari non possit, nisi per arbitrariam, quia nec aliter fieri posset, vt alio loco ageretur: vtilitas autem temporis adiecti in stipulatione perinde æstimari possit per condictionem certi ex stipulatione, & per actionem ex stipulatu, quamuis vtraque illa actio sui natura sit stricti iuris, & strictissimi: nec qui stipulatori præstatur, fauor in eo est, quod propter locum potest consequi quanti sua interest, quando etiam propter adiectionem temporis tantundem consequitur, sed in eo solo quod cùm ipsi actio directa deficiat, accommodamus vtilem & honorariam, non etiam illi qui certo die

dari quid sibi stipulatus est, quia nec subsidiario hoc auxilio indiget. Est etiam inter diem & locum illa differentia, quod quemadmodum vix vnquam dies in stipulatione adiicitur, nisi fauore promissoris, vt totum medium tempus liberum habeat ad soluendum, nec quicquam interim peti ab eo possit *l. qui hoc anno* 42 *l. stipulatio ista* 38. *§. inter incertam l. liber homo* 118. *§. decem hodie de verb. oblig. l. quod certa die* 70. *de solut.* ita vix etiam fieri queat, vt ob id quod sua die solutum non sit, quicquam intersit promissoris, sed solius stipulatoris, cuius maximè interfuit, vt ad dictam diem solueretur *dict. l. quòd si Ephesi & dict. l. si fundum.* Proinde non potest ex ea causa vnquam contingere, vt quantitas deducta in stipulationem minuatur, sed tantùm, vt augeatur. Diminutio enim ad vtilitatem promissoris respiceret, excessus verò ad vtilitatem stipulatoris. At cùm locus in stipulatione obligationis causa adiectus est, æquè potest imò frequentiùs interesse rei, quàm actoris, vt alio loco non soluatur. Facit igitur adiectio loci, vt iudex huic actioni addictus non tantùm augere quantitatem contractus possit & excedere, sed etiam diminuere, adeóque interdum reum prorsus absoluere *dict. l. quòd si Ephesi* §. 1. Cúmque vix dari casus possit, in quo non intersit alterutrius, id est, vel actoris vel rei, omnino consequens est, vt nec alio casu possit iudex in arbitraria ista actione inseruire contractui, eámque nec diminuere nec augere, quàm si neutrius intersit. Et hoc quamuis fiat per arbitrariam propter adiectionem loci, æquè tamen fieret per directam si ad agendum alio loco posset actio directa competere. Nam perinde æstimaretur per directam vtilitas loci in gratiam alterutrius, atque æstimatur vtilitas temporis in gratiam solius stipulatoris, *d. l. quòd si Ephesi.*

a *Vt si interfuisset rei Ephesi potius soluere.* RAT. DVB. Non potest reus conueniri per actionem arbitrariam alio loco, quàm qui stipulatione comprehensus est, nisi postquã ad locũ illum perueniri potuit *§. qui ita stipulatur sup. l. continuus* 137. *§. cũ ita inf. de verb. obl.* Atqui prӕterito illo tẽpore intra quod perueniri ad eũ locũ potuit, si reus non soluat, hoc ipso in mora constitutus intelligitur, si Accursio credimus, qui sic ad hũc locũ ratiocinatur: Ergo nõ est habẽda ratio vtilitatis rei, ne alioqui sua ei prosit mora & frustratio, quam è cõtrario ipsi nocere ęquũ esset *l. hominem* 37. *inf. mandat. l. in condẽnatione* 173. *§. pen. de reg. iur.* DEC. Qui per arbitrariam actionem alio loco agit quàm in quem collata stipulatio & obligatio est, adimit promissori vtilitatem illius loci, & ideò plus loco petere dicitur, si petat alio loco nisi petat sub commemoratione eius loci in quo peti & solui debuit. Quæ commemoratio eò pertinet, vt perinde sit acsi paratum se diceret præstare quanti ob eam causam intersit promissoris *§. loco plus petitur Inst. de action.* Ergo si rei intersit eo potius loco soluere qui verbis stipulationis comprehensus est, quàm vbi conuenitur, ratio vtique habenda est vtilitatis quam ex loco illo sperare potuit, & quam actor ei aufert, cùm exercet arbitrariam, vt qui in vno grauatur in alio releuetur, quomodo nostri solẽt dicere ex *l. eum qui* 30. *in princ. supr. de iureiur.* Quamquam enim necessitas inducendæ arbitrariæ fauorem merum actoris respicit non rei, ne scilicet aliter posito iure nulla misero creditori superfit ratio suum consequendi, cùm tamen & actio sit vtilis & inducta ex æquitate, non aliter fuit actori concedenda, quàm vt indemnitati rei plenissimè consuleretur, quod ipsum non melius fieri potuit, quàm æstimata in ipsius fauorem loci vtilitate *l. 1. vbi diximus supr.* Nec enim prætor vult beneficium suum cuiquam esse captiosum *l. Paulus notat* 8. *de stipulat. prætor.* sicut nec princeps *l. 2. §. si quis à Principe & §. merito infr. Ne quid in loc. public. l. ex facto* 43. *de vulg. & pupill. substit. l. nec auus* 4. *C. de emancip. liber.* Esset autem captiosum si prætextu actionis arbitrariӕ actori permitteretur vtilitatem loci reo adimere quam sibi ex verbis ipsis stipulationis quæsiuisset. Neque verum est, quod Accursius supponit pro vero, in mora esse reum qui vltro non soluit statim atque præteriit tempus, intra quod ad locum stipulationis perueniri potuit. Non enim ad constituendum aliquem in mora sufficit ab eo peti posse, nisi etiam illud concurrat, vt petitum sit vel per iudicem vel per extraiudicialem interpellationem *l. mora* 32. *infr. de vsur. l. si pupillus* 127. *de verb. oblig. l. nulla* 88. *de reg. iur.* nisi cùm mora contrahitur re ipsa & ipso iure, id est, citra interpellationem, vt euenit in personis minorum *l. in minorum* 3. *Cod. in quibus caus. non est necess. in integr. restit. l. cùm quidam* 17. *§. si pupillo infr. de vsur. l. Titia Seia* 87. *§. vsuras de legat.* 2. aut cùm vsuræ debentur in vicem fructuum perceptorum, vt in *l. curabit* 5. *Cod. de action. empt.* Alioquin eodem instanti quo inciperet quid deberi ex illa stipulatione *Ephesi decem dari* mora etiam contraheretur, quod esset ridiculum *l. promissor* 21. *§. 1. inf de constit. pecun.* Prius enim est, vt quid debitum sit, quàm vt peti possit, & vt peti possit, adeóque vt petitum sit, quàm vt mora contracta videri possit. In proposito autem nemo dixerit contrahi moram re ipsa, ex eo solo, quòd lapsum sit tẽpus intra quod Ephesum perueniri potuerit, cùm ab eo tempore possit reus Ephesi soluere & conueniri nulla eius quod interest oblatione facta *d. l.* 4. *in princip. infr.* quamuis imputare sibi debeat si non soluerit prius quàm arbitraria conueniretur, vt sequitur in hoc §. Denique dies tacita nunquam interpellat pro homine, sed tantùm expressa, idque potissimum in pœnalibus *l. magnam* 12. *Cod. de contr. & committ. stipul.* At nec illud rursus verum est, quod idem Accursius ex Ioanne subiungit, in actione arbitraria habendam rationem vtilitatis loci etiam in eius gratiam qui in mora fuit quasi per adiectionem loci hoc tacitè inter contrahentes actum videatur *arg. l. cùm quid* 3. *supr. de reb. credit.* Ita namque fieret, vt moratori frustratio sua prodesset, quemadmodum suprà diximus ex *l. hominem* 37. *infr. mandat. l. in condemnatione* 173. *§. penult. de reg. iur.* Nec sanè vlla æquitas hoc patitur, quæ tamen in hac maximè actione dominatur *d. l.* 4. *in fin. infr.* sed dictat potius, vt ei qui aduersarij culpa moram passus est, succurratur, non etiam illi qui ipse in mora fuit, vt sequitur in hoc §. Multo autem absurdius etiam illud est, quod idem Accursius adiicit, non esse habendam rationem vtilitatis actoris, si ipse sit in mora non conueniendi, quasi verò ex parte actoris mora cõtrahi dicatur ob id solùm quòd agat tardius, si non etiam illud concurrat, vt sine causa recuset accipere solutionem *l. qui decem* 72. *in princ. & §. 1. inf. de solut.* Quare nec defendi etiam illud potest quod Ioannes dicebat & Accursius probat, in actione ista posse fieri, vt vtriusque partis, id est, tam actoris quàm rei in eodem iudicio ratio habeatur. Alterutrius enim ratio ferè semper habenda est, at vtriusque nunquam, vt diximus ad *l. 2. in prin. supr.* Neutrius etiam aliquando sed perrarò scilicet si neutrius intersit. Nam eo quoque casu quo vtrimque mora & negligentia interuenerit,

teruenerit, adhuc dici potest, compẽsationem quoque moræ faciendam esse *l. si ambo 10. infr. de compensat.* Sed ea compensatione facta habendam tamen rationem vtilitatis loci, non pro actore, sed pro reo, cui vtilitas loci omnimodo præstanda est, non propter moram quam patitur, sed ob damnum quod ei per arbitrariam infligitur, cùm alio loco cõuenitur. At actoris ratio in hac actione nunquã habetur nisi per accidẽs, cùm moram à reo passus fuit, aut in alio loco ei soluitur, nulla præcedente ipsius actoris mora, vt in hoc §.

b *Iulianus Labeonis opinionem secutus.* RAT. DVB. In actione arbitraria videtur longè alia constituenda esse ratio actoris, alia rei. Idcirco enim vtilitatis rei ratio habetur, ne alioqui faciat ei iniuriam prætor si eum alio loco quàm qui in stipulatione comprehensus est, cõueniri patiatur, atq; ita ei adimi vtilitatem loci sine qua fortassis non fuerat cõtracturus? At cùm stipulator agit arbitraria, ipse sibi adimit vtilitatem loci, nec imputare culpã aut moram reo potest, cur non ad locum solutioni destinatum citius venerit, cùm nulla temporis adiectione ex verbis stipulationis vrgeretur, vt citius veniret. Nulla igitur causa subest vel æquitas propter quam actoris rationem haberi oporteat. Cúmque ei iam faueatur in eo quod alio loco permittitur ei agere contrà quàm ferant verba stipulationis, an non esset iniquum ei prætereà faueri etiam in hoc, vt vtilitatis ipsius ratio aliqua haberetur? An non id pugnaret cum vulgari illo nostrorum brocardico, qui negant duo singularia circa eandem rem eandémque personam posse concurrere: ex *vulg. l. 1. C. de dot promiss.* DEC. Ex natura quidem actionis arbitrariæ est, vt rei rationem haberi potissimum oporteat, vt quemadmodum in hoc grauatur, quod alibi cõuenitur, quàm vbi ex stipulationis lege conueniri debuerat: ita releuetur in eo quod loci conuenti vtilitatem consequitur. Idque Iustinianus satis docet, cùm de solius rei vtilitate inspicienda loquitur in *§ loco plus petitur Instit. de action.* Sed tamen ea res non facit, quin aliquo casu & ex iusta causa etiam actoris ratio habenda sit, puta si appareat locum illum fuisse adiectum pro stipulatore, finge traiectitiam pecuniam eum dedisse Romæ, vt eam reciperet Ephesi, vbi sub pœna debebat, quæ commissa sit ob non factam sua die solutionẽ, vel sub pignoribus, quæ distracta sint ob non solutam sua die pecuniam. Finge fisco aliquid debitum fuisse & rem stipulatoris vilissimo distractam precio: nec enim ideo fides hastæ fiscalis conuelli facilè debet *l. si hypothecas 8. Cod. de remiss. pignor. l. si qui proscribente 6. C. de fid. & iur. hast. fiscal. lib. 10. tit. 3.* nisi dolo & mala fide publica venditio facta sit *l. 1. & 2 eod. tit. l. si quos 29. C. de rescind. vendit.* His certè casibus & aliis similibus in hanc arbitrariam veniet etiam id, quod stipulatoris interfuit, cùm interfuerit propter moram debitoris, qui in eo loco non soluit in quo soluere ex conuentione debuerat. Nec deterior actoris causa fieri debet ob id quod ipse debitorem alio loco conuenerit, atque ita loci vtilitatem sibi præripuisse videatur: cùm ex necessitate id fecerit, ne alioqui facturam totius debiti pateretur, si fortè debitor ad locum stipulatione comprehensum accedere nunquam vellet siue data opera, siue quod aliis distineretur negotiis *l. 1. supr.* Magísque imputari reo potest cur non vltro soluerit, vel vbique, cùm posset priusquàm Ephesum perueniri potuisset *l. continuus 137. §. cùm ita de verb. obl.* vel in loco solutioni destinato, antequàm arbitraria cõueniretur. Desiit enim posse soluere tum demũ, cùm ab eo in alio loco peti cœptum est *§. 2. sup.* Et sanè aliter posito iure fieret iniuria stipulatori, cuius fauore locum in stipulatione adiectum fuisse ponimus, & ex facti circumstantiis apparet. Nec habet reus quod cõqueratur, cùm diligentior debuerit esse ad soluendum, & seipsum, vt ita dixerim, interpellare, vt se ab actionis arbitrariæ periculo liberaret *arg. l. quoties 9. §. & generaliter & seqq. inf. de admin. tutor.* Quamquam potest etiam ita hic textus intelligi, vt extra iudicium interpellatus fuerit debitor ad soluendũ Ephesi, atque ita in mora cõstitutus. Ponit enim disertè Vlpianus post Iulianum, moram à debitore contractã fuisse, illis verbis *mora tua*, vt Florentię scriptum est, pro quib. verbis cũ veteres mendosè legerent *mortua* coacti sunt addere *animalia*, quę nullius sensus lectio est, quamuis ab Accursio, sed malè, explicata. Fecit sanè hoc mendũ, vt non viderint interpretes moram hîc ab Vlpiano requiri, quæ tamen regulariter citra interpellationem non contrahitur *d. l. mora 32. infr. de vsur. l. Titia Seio 8. §. vsuras de legat. 2.* Nisi quis dicat de ea mora hîc loqui Vlpianum, quę facti sit magis quàm iuris, & quæ ex eo solo æstimãda sit, quod de facto, vt aiunt, reus non soluerit, atque ita stipulatorẽ coegerit, vt eũ arbitraria conueniret, à quo tẽpore nec purgandæ huius moræ ratio vlla superest. Hancque interpretationẽ magis probo, quia nec aliam morã ex parte rei præcedere necesse est, vt arbitraria conueniri possit, nisi vt nec soluerit, nec actorem ipsum in mora constituerit, accipiẽdæ suo loco solutionis, priusquàm arbitraria actio proponeretur. Cęterùm siue nihil sit, quod imputare possis reo, siue aliquid sit, quod imputare actori possis, non est existimandum huic Labeonis & Iuliani sententię locum esse, vt actoris vtilitatẽ æstimari oporteat: etsi non facilè potest meo iudicio cõtingere, vt nihil imputari possit reo, quin aliquid imputari possit actori. Si enim nihil ab vtroque factum sit, hoc ipso per reum stetisse & factum esse videtur ne soluerit, & vt arbitraria conueniri eum necesse fuerit. Sequitur,

c *Et quidem vltra legitimum modum vsurarum.* RAT. DVB. Legitimus modus vsurarum est vt duplum excedere non possint *l. si non sortem 26. §. 1 supr. de cond. indeb l. pecunia 9. l. placuit 29. infr. de vsur.* Atqui nec id quod interest excedere duplum potest *l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod inter.* Ergo neque pro actore habenda est ratio, quanti eius intersit ob vtilitatem loci vltra modum legitimum vsurarum. DEC. Id quod cuiusque interest nihil aliud est, quàm quod ei abest quódque lucrari potuit *l. si commissa 13. infrà rat. rem haber.* Hoc verò non tam in iure quàm in facto consistit *l. quatenus 24. de regul iur.* pendetque, vt cætera omnia quę sunt facti ex probationibus, quarum siue inopia siue copia fit, vt id quod interest, nunc ad exiguam, nunc ad maiorem summam deducatur *l. vlt. infr. de stipulat. prætor.* Primusque Iustinianus fuit, qui supradicta constitutione prohibuit ne in casibus certis, id est, vt ille ipse interpretatur, in venditionibus, locationibus, cæterisque contractibus ac proinde etiã stipulationibus, possit id quod interest, duplum excedere, quasi id quod supra duplum est, immoderatam creditoris auaritiam & auiditatem denotet, quam facilè subsequi iudex non debet *d. l. vnic. l. ex damni 40. in prin. inf. de damn. infect.* Ergo ante Iustinianum, & Labeonis, Iuliani ac Vlpiani tẽporibus, quorũ hæc lex est, poterat id quod interest, duplum excedere, si modò tanti stipulatoris

intereſſe probaretur, quod hodie per dictam Iuſtiniani conſtitutionem correctum eſt. Ita enim ſentire malo quàm cum Accurſio & Bartolo dicere, intereſſe quidem ſingulare non poſſe excedere duplū intereſſe communis, ſed in hoc §. ſolùm commune intereſſe peti nō ſingulare. Nam nec intereſſe commune poteſt duplum excedere, ſi Iuſtiniani mentem & ſenſum in *d. l. vnic.* benè percipio. Alioqui ferè inanis & illuſoria eſſet Iuſtiniani conſtitutio ſi commune, vt vocant, intereſſe etiam in caſib. certis duplum excedere poſſet, vt latius aliquando fauente Deo circa illius legis interpretationem ſcribemus.

d *Puto & lucri habendam rationem.* RAT. DVB. Facilè abibit res in infinitum, aut ſaltem in immēſum ſi in æſtimando eo quod intereſt, non tantùm damni emergentis ſed etiam lucri ceſſantis ratio habeatur. Quid non enim lucraturus ſit diligens mercator ex negotiatione, commutatis mercibus in pecuniam, deinde pecunia in merces, aut contrà? Aut quis finis eſſe poteſt ceſſantis lucri? Quare nec eius ratio ſemper haberi ſolet, ſed tantùm damni & detrimenti quod actor paſſus fuerit, vt in ſpecie *l. 2. §. portio autem infr. de leg. Rhod. de iact. l. ſi is cui 71. §. 1. in fin. infr. de furt. l. vlt. de peric. & commod. rei vendit. l. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem de action. empt.* Quam ob cauſam Accurſius noſter ait ſpeciale hoc eſſe in arbitrariis, & in quibuſdam aliis actionibus, nulla tamen ſpecialitatis allata ratione. DEC. Eius quod intereſt duo ſunt capita, vnum quod circa damnum emergens verſatur, alterum, quod circa lucrum ceſſans *l. ſi commiſſa 13. inf rat. rem haber.* Quamuis enim qui occaſionem lucri amittit hoc ipſo non tam fiat pauperior, quàm non locupletior *l. quod autem 6. inf Quæ in fraud. credit. l. ſi ſponſus 5. §. conceſſa & §. ſi maritus & paſſ. de donat. int. vir. & vxor.* quotuſquiſque tamē eſt, cuius nō interſit fieri locupletiorem? Proinde quoties quis habet actionem ad conſequendum id omne quod ſua intereſt, procul dubio etiam ratione lucri ceſſantis agere poterit, vt in ſpecie *l. ſi in lege 24. §. colonus l. ſi fundus 33. ad fin. infr. locat. l. ſi mulier 21. §. rerum verſ. commodi infr. rer. amot. l. quicquid 7. Cod. arbitr. tutel. d. l. vnic. in fin. C. de ſentent. quæ pro eo quod inter.* Ex quibus locis intelligimus, quàm falſum ſit, quod poſt Accurſium quidam putant, eſſe hoc reſtringendum ad actiones arbitrarias. Nam neque actiones locati, & conducti arbitrariæ ſunt, de quibus in *d. §. colonus & d. l. ſi fundus*, neque actio tutelæ de qua in *d. l. quicquid*, ſed bonæ fidei: & generaliter in *d. l. vnic. C. de ſentent. quæ pro eo quod inter.* Iuſtinianus definit conſtitutionem illam non minus in lucro quàm in damno habere locum debere, quia, inquit, etiam ex lucro veteres, id quod intereſt ſtatuerunt. Neque tamen idcirco verendum eſt, vt id quod intereſt, abeat in infinitum, quandoquidem in æſtimando eo quod intereſt, neque lucri neque damni ratio vnquam habetur, niſi quod ſit circa rem, non etiam eius quod extra rem. Quod noſtri vulgò extrinſecum intereſſe appellant, cuius elegās exemplum eſt in *d. §. cùm per venditorem.* Sed & in hac actione arbitraria. De eo quod certo loco illud præterea requiritur, vt interſit ratione illius loci, in quo ſolui debuit. Quæ circunſtantia adeò limitata eſt, vt non niſi valde limitatum effectum poſſit producere in ipſa etiam pecunia, propter quam alioqui nūquam præſtatur id quod intereſt, ne ſcilicet facilè excurrat in infinitum: indeque eſt, quod quamuis venditor ob non traditam emptori rem venditam teneatur ad id omne quod emptoris intereſt *l. 1. infr. de action. empt.* emptor tamen non ſimiliter teneatur ad id quod venditoris intereſt, ſed tantùm ad vſuras precij *l. ex empto 11. §. 1. eod.* nempe quia debitor eſt pecuniæ in genere, cùm ſit debitor precij, quod in pecunia innumerata conſiſtere ſemper debet *d. l. vlt. de peric. & commod. rei vindic. iunct. §. precium Inſtit. de empt. & vendit.* Illud certè fatendum eſt fauorabiliorem cauſam eſſe eius quod intereſt ratione damni emergentis, quàm eius quod intereſt ratione lucri ceſſantis *l. in eo 33. l. non debet 41. §. 1. de regul. iur.* quia grauius eſt & reipublicæ incommodius fieri quem pauperiorem quàm non fieri locupletiorem, vnde melior ſemper eorum cauſa eſt, qui certant de damno vitando, quàm illorum qui de lucro captando *l. vltim. §. ſi verò creditores Cod. de iur. delib. d. l. quod autem 6. §. ſimili modo infr. Quæ in fraud. credit.* Ob idque aliquando euenit, vt leges damni duntaxat & detrimenti rationem haberi velint, vt in *lege Rhodia de iactu d. l. 2. §. portio autem infr. tit. de leg. Rhod. de iact.* Itémque in actione furti *d. l. ſi is cui 71. §. 1. de furt.* Satis enim ſuperque domino conſultum eſſe viſum eſt ſi ſupradictis caſibus indemnitas ei præſtaretur, nec contributio fit in lege Rhodia de iactu, vt is cuius merces in mare proiectæ ſunt, fiat locupletior, ſed vt minus damni & detrimenti ſentiat ex iactu qui factus eſt ex neceſſitate: nec rurſum comparata eſt actio furti ad locupletandum eum, cui furtum factū eſt, ſed vt puniatur & pauperior fiat is, qui furtū fecit, conſtituta in eum pœna dupli vel quadrupli vltra rei perſecutionem, quæ per vindicationem fiat, aut per condictionem. Et quamuis detur actio furti ei cuius intereſt rem non ſubripi *l. cuius interfuit 10. & ſeq. inf de furt.* non tamen datur ad id quod intereſt, ſed ad pœnam dupli vel quadrupli, adeoque nec id quod intereſt, in ea duplatur vel quadruplatur, ſed verum rei precium *l. in furti actione 50. eod. tit. l. cùm furti 9. ſup. de in lit. iur.* Vt proinde mirum videri non debeat in ea actione lucri rationem non haberi, quāuis habeatur in actione rerū amotarum *d. l. ſi mulier 21. §. rerum verſic. commodi quoque inf rer. amot.* quia licet ea actio in locum actionis furti & condictionis furtiuæ ſubrogata eſſe videatur *l. 1. & 2. l. pen. eod.* diuerſam tamen ab vtraque naturā in eo habet quod arbitraria eſt *l. ſi cùm dos 8. §. 1. & l. ſeq. eod. tit.* arbitrium autem quod in ea præcedit condemnationem, ſemper æquitatem adnexam habere debet *§. præterea Inſtit. de action.* Arbitratur enim iudex tanquam vir bonus, & quod viro bono cuilibet æquum videri debeat, nemo autem negauerit æquum eſſe, vt etiam commodi quod rebus amotis vir amiſerit ratio habeatur contra mulierem quæ res amouit, quam & condēnari poſteà oportet quanti vir in litē iurauerit ſua intereſſe ſi arbitrio non pareat *d. l. ſi cùm dos §. 1.* Omnis enim cōdemnatio quæ fit per iuſiurandū in litē ſiue in arbitrariis, ſiue in bonæ fidei actionibus, ſemper fit ad id quod intereſt *l. qui reſtituere 68. de rei vind.* non item in actionibus ſtricti iuris *l. in action. verſ. planè ſup. de in lit. iur.* Itaque melior hac parte cōdicio eſt cæterorum furum, cōtra quos nulla cōmodi & lucri amiſſi ratio habetur, ſiue actione furti, ſiue condictione furtiua cōueniatur, non quaſi fauorabiliores eſſe debeant, ſed quia non niſi ſtrictis actionibus tenentur, quarum natura nō patitur, vt ad id quod actoris intereſt condemnētur, ſi non idipſum quod intereſt, ſit in obligatione, vt in *l. naturalis 5. §. 1. & ſeq. infr. de praeſcrip. verb.* Contractuum & actionum quæ ex contractibus naſcuntur alia ratio eſt. Qui enim contrahunt, ſui lucri cauſa contrahūt,

vtex

vt ex ea negotiatione fiant locupletiores *l. actionum 25.§.1. infr. de oblig. & action.* ita vt qui rem suam vendit, non tam ex re ipsa quàm ex negotiatione precium percipere dicatur *l. venditor 21. de hered. vel act. vendit.* Vnde est quod plerisque locis scriptum legimus, naturaliter licere contrahentibus in emendo & vendendo, itémque in locando & conducendo se decipere *leg. in causa 16. §. idem Pomponius supr. de minor. l. item si precio 22. §. vlt. & l. seq. infr. locat. l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* Non ergo restringendum est ad actiones arbitrarias quòd hîc scribitur, in æstimando eo quod interest, etiam lucri rationem habendam esse, sed generaliter ad omnes actiones extendendum in quibus ad id quod interest condemnatio fit, siue principalis obligationis siue accessionis iure, nec illud rursus admittendum meo iudicio est, quod video etiam interpretibus placere ad eas personas restringi debere, id quod dicimus, æstimandum esse lucrum, quæ mercari & lucrari consueuerunt. Nam quod hîc Vlpianus scribit *quid si merces solebat comparare?* exempli tantùm gratia positum est, quia in negotiatore apertiùs est, lucrari eum potuisse *d. l. vlt. de peric. & commod. rei vendit. d. l. si sterilis 21. § cùm per venditorem de action. empt.* Cæterùm si quid commodi actor amiserit, etiam si negotiator non fuerit, hoc quoque præstandum ei erit *d. l. si mulier 21. §. rerum vers. commodi rer. amot. d. l. si in lege 24. §. colonus d. l. si fundus 33. in fin. infr. locat. d. l. vnic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest.* Sed ita tamen vt non tam illud inspici debeat, quanti alius diligens negotiator lucrari potuerit, quàm quanti actor ipse fuerit lucraturus, si moram passus non fuisset. Id enim est quod Paulus scribit in *d. l. si commissa 13. rat. rem haber. in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantùmque lucrari potui.* Itaque probare semper actor debet, tãtum se lucrari potuisse. Quæ probatio in mercatore, ac negotiatore facilior certè est, & ad augendam lucri quantitatem vtilior, sed quæ tamen etiam in eo qui negotiari solitus non sit, aliqua esse potest, vt ex suprà dictis locis apparet. Simile quiddam est in *leg. si nauis 62. in fin. supr. de rei vindicat.*

3. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

IDeò in arbitrium iudicis refertur hæc actio: quia scimus, quàm varia sint pretia rerum per singulas ciuitates, regionésque: maximè vini, olei, frumenti, pecuniarum quoque [a], licet videatur vna & eadem potestas vbique esse: tamen aliis locis faciliùs, & leuibus vsuris inueniũtur, aliis difficiliùs, & grauibus vsuris.

Ad l. Ideò in arbitrium 3.

RAT. DVB. Etiam per alias actiones quàm per hanc arbitrariam, de eo quod certo loco peti merces possunt, maximè verò vinum, oleum, frumentum, vt puta per condictioné certi ex mutuo etiam adiecto loco, in quo solui eas oporteat *l. vinũ 22. supr. de reb. credit. l. vlt supr. tit prox. l. quoties 59. & l. seq. infr. de verb. oblig.* Et tamen non confertur certi condictio in arbitrium iudicis, quamuis non eo minùs varia sint precia mercium per singulas ciuitates, cùm ex causa mutui merces debentur, quàm cùm ex causa stipulationis, cui certus locus adiectus sit: alioqui etiam condictio certi perinde fieret arbitraria per adiectionem loci, atque actio ex stipulatione per quam debitor promiserit merces istas dare certo loco: quod tamen euidẽter falsum est, semper enim certi condictio stricti iuris est, itémque triticaria vt & cæteræ omnes condictiones, nunquã abitraria, vt docuimus ad *l. 1. & ad d. l. vlt. supr. tit. prox.* Ergo non est bona ratio, quæ hîc à Caio adfertur, propter quã in arbitrium iudicis referatur hæc actio arbitraria, *de eo quod cert. loc.* quòd pro diuersitate locorum ac regionũ diuersa sint precia mercium *l. precia rerum 63. infr ad l. falcid. l. si seruum 33. supr. ad leg. Aquil.* DEC. Non est referenda in arbitrium iudicis condẽnatio, quæ ex natura actionis certa esse potest *l. vlt. C. de fideic. libert.* Cùm enim ius ipsum per se certum sit ac finitũ *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor.* id agit semper ciuilis legislator quantum potest, vt certa fiat condẽnatio, neque ex arbitrio iudicis pendeat, neq; hoc tantùm in stricti iuris actionibus, sed etiam in arbitrariis, vt ex aliarum omnium exẽplo, si hanc vnam excipias, cernere est. Nam in actione, quod metus causa condẽnatio fit in quadruplum *l. item si cùm 14. §. 1. & seq. supr. quod met. caus.* in actione de dolo ad id quod actoris interest, quãuis vt in cæteris arbitrariis arbitrio iudicis restitutio fiat *leg. arbitrio 18. in princip. de dolo.* in rei vindicatione directa, in Publiciana & actione ad exhibẽdum, itémq; rerum amotarum, & aliis plerisque similibus, quanti actor in litẽ sua interesse iurauerit *d. l. qui restituere.* Denique arbitrariæ dicuntur cæteræ actiones omnes, quòd in iis restitutio fiat arbitrio iudicis, nõ etiam condẽnatio. Sicut enim non quicquid iudicis potestati permittitur, id subiicitur iuris necessitati *l. non quicquid 40. supr. de iudic.* ita è contrario nec iudicis potestati & arbitrio permittendum est, quod subiicitur iuris necessitati, & in iis permittitur iudici, secundum cuiusque rei naturã ex bono & æquo æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat *§. præterea Inst. de act.* Per arbitriũ scilicet circa rei restitutionẽ interponendum, nõ per cõdemnationem. At in actione arbitraria de eo quod certo loco speciali iure obtinet, vt non restitutionẽ, de qua hîc non agitur, sed condemnationem in arbitriũ iudicis cõferri necesse sit, quia cùm contra iuris regulas, non minùs, quàm cõtra stipulationis verba, detur hæc actio à Prætore, non aliam naturã habere potest, ex qua sequatur condẽnatio, quàm quæ æquitatis magis, quàm iuris rationibus fulciatur, æquitas autem tota pendet ex totius facti circũstantiis *l. bona fides 31. infr. deposit.* Circumstantiæ verò pro personarũ & factorum varietate aliæ atq; aliæ sũt, & cùm alio loco agatur quàm in quo ex ratione iuris & ex stipulationis verbis agi debuit, aliquãdo accidit, vt culpa stipulatoris id fiat citra moram promissoris, aliquãdo autẽ per morã & culpam promissoris citra moram & culpam stipulatoris, ac proinde vt vno casu haberi rationem oporteat vtilitatis loci pro reo, alio autem casu etiam pro actore, ita vt vix vnquam permittatur iudici inferuire contractui, & eam quantitatem ipsam, quæ in stipulationem deducta est, deducere in condemnationem, vt diximus ad *§. vltimum leg. præcedentis.* Hoc ipsum autem ideò, quia mercium, & cæterarum rerum mobilium, quæ per hanc

actionem petuntur, præterquàm pecuniæ numeratæ, de qua posteà dicemus, alia atque alia non modò pro temporum, sed etiam pro locorum varietate æstimatio est: Alioqui vix vlla esse vtilitas loci posset, cuius rationem haberi à iudice oporteret, nisi si quando aliunde interesset, nec proinde hoc casu locum habet quod scribit Iustinianus in *leg. vltim. Cod. de tempor. in integr. restit.* absurdum esse ex locorum differentia induci aliquod iuris discrimen. Id enim sic accipi debet, si cætera sint paria, nec facti discrimen ex locorum diuersitate vllum sit. Diuersitas igitur æstimationis illa est, non quæ facit actionem arbitrariam, aut eius inducendæ necessitatem inducit (hoc enim ex eo fit, quod alio loco quàm in quem collata stipulatio est, agere stipulator directa actione non possit *leg. 1. supr. hoc tit.*) sed quæ prætorem cogit, vt in arbitrium iudicis referat condemnationem, vnde & arbitraria appellatur. Neque hoc tantùm facit varietas illa precij, cùm alio loco mercium istarum æstimatio soluitur, quàm in quo solui debuit, sed etiamsi in eodem loco alio tamen tempore, quia & pro temporum diuersitate etiam in eodem loco harum rerum precia mutantur, non quidem vt ex eo fiat actio arbitraria, quemadmodum iam sæpius monuimus in superioribus, & dicemus ad legem sequentem, sed vt huiusmodi mercium accessiones, si quæ promissæ sint, etiam ex nudo pacto præstandę sint, puta si quis acceptis mutuo decem modiis frumenti, vndecim aut duodecim se restituturum nudo pacto promiserit *leg. frumenti 17. & l. oleo 23. Cod. de vsur.* cùm tamen in accessionibus pecuniæ id est in vsuris stipulationem interuenire sit necesse *l. rogasti 11. §. si tibi supr. de reb. credit. l. Titius 24. infr. de præscript. verb. l. 3. C. de vsur.* Fieri enim facilè potest & euenit quotidie, vt duodecim modij frumenti hodie minoris sint, cùm creditori restituuntur, quàm fuerint decem contractus tempore cùm mutui dabantur. Incertitudo autem dubij euentus cuius par ratio est, in vtrumque casum suspicionem omnem fraudis amouet *l. 1. C de pact. l. de fideicommisso 11. C. de transact. l. si pater puellæ 12. C. de inoffic. testam.* Nec quisquam audiendus est id petens, cuius contrarium in alium euentum non fuerat postulaturus *vulg. l. pen. C. de solut.*

a *Pecuniariam quoque.* RAT. DVB. Non sicuti mercium ita & pecuniarum pro locorum aut temporum varietate alia atque alia æstimatio est, sed semper vna, eáque certa & constans in republica benè constituta *l. 3. supr. de in lit. iur.* ideóque nec mercis appellatione venit pecunia *l. 1. infr. de rer. permut.* cuius scilicet vsus præcipuus in eam rem comparatus est, vt merces cæterásque res omnes æstimet, non vt ea per merces æstimetur *l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss.* Ergo non sicuti arbitraria actio de eo quod certo loco refert condemnationem in arbitrium iudicis, quotiès certo loco dari merx aliqua debuit, idem probandum est, si fortè certo loco debebatur pecunia, quæ alibi petatur, sed sufficere debuit prætori hoc casu inducere actionem quidem vtilem deficiente perinde directa cùm non magis pecuniam vno loco debitam petere stipulator alio loco possit quàm mercem *d. l. 1. l. 2. §. 1. supr.* sed non arbitrariam, cùm nihil sit, hoc casu quod in arbitrium iudicis condemnationem dictantis conferri oporteat, & propter quod æstimanda sit hoc casu aliqua vtilitas loci, siue pro reò siue pro actore, & augenda vel minuenda in condemnatione quantitas quæ per stipulationem promissa est. DEC. Etiam in pecuniis potest interesse ratione loci, vt in vno loco soluantur potiùs quàm in alio, non quidem propter earum æstimationem, quæ vna certè & eadem vbiq. esse debet, sed quia in quibusdam locis faciliùs inueniuntur, & leuioribus vsuris, in aliis verò difficiliùs & vsuris grauioribus. Ita enim fit vt oneretur proculdubio miser debitor, si in eo loco per arbitrariam conueniatur in quo aut non tam facilè inuenturus sit creditorem, qui mutuas dare velit aut possit pecunias, aut non nisi grauioribus vsuris quisquam sit fœneraturus. Sed ratio hæc ad solius debitoris commodũ spectant, si vtilitas loci per arbitrariam à stipulatore propositam ei adimatur: sed ex parte actoris quoq. potest fieri, vt loci vtilitas æstimanda sit, etiã quod ad pecunias pertinet, quas alio loco petere cogatur, quàm qui ab eo stipulatione fuerat comprehensus: vt in exemplis illis quæ ex Iuliano & Vlpiano proposuimus in *§. vlt. legis superioris.* excipiuntur ergo ab hoc tractatu duntaxat res immobiles, quia licet earum quoque pro locorum & temporum diuersitate alia atque alia sit æstimatio, alibi tamen præstari non possunt, quàm vbi sunt, quia nec locum mutare possunt, cùm sint immobiles. Quid ergo fiet, si, quod infelici hoc nostro seculo tam sæpe accidit, non minùs incerta & varia sit nummorũ quàm mercium æstimatio, siue ex abusu & licentia commerciorum ea varietas contingat, siue ex edicto & authoritate legislatoris? Tanto magis vtiq. necessaria erit pro pecuniis etiã actio hæc arbitraria exẽplo merciũ. Vix enim est, vt hodie in tanta rerũ omniũ perturbatione pecunia non etiã mercib. adscribi debeat, eodémq. ferè in omnib. iure cẽseri quousq. reformatis in meliùs commerciis pecuniarũ, vna eadémq. æstimatio vbiq. constituatur. Quamquã vix sperari hoc posse videtur in tam varia & Principũ & dominationũ multitudine, dũ suos quisq. subditos vult suis legibus, vt æquũ est viuere, suáq. vti nũmorũ specie, ne monetæ cudendæ ius, quod ad supremæ potestatis dignitatẽ maximè pertinet, negligere, séq. in eo cæteris Principib. inferiorẽ agnoscere videatur. Optandũ esset dũtaxat, vt illi saltẽ qui ab vno eodẽq. regũtur Principe, vnã illã cõstãtẽq. nũmorũ ęstimationẽ experiẽtur: nec enim id esset difficilius, quã Romanis fuit efficere, vt Romæ eadem quæ Ephesi & Capuæ & Carthagine pecuniarum esset æstimatio. Dici autem vix potest, quàm multis litibus tribunalia ferè omnia redundent ex hac tam varia nummorum æstimatione, quoties quæritur de pecuniarũ siue creditarum siue ex alia causa debitarum solutione. Qua de re luculentum nec indiligentem tractatum composuimus iampridẽ, quem inscripsimus De variis nummariorum debitorum solutionibus, aduersus Carolum Molineum pragmaticorum ætatis nostrę facilè Principẽ, qui mihi semper visus est omnium pessimè in suo illo contractu de contractibus vsurariis, quæstiones illas omnes, quæ ad hanc rem pertinent, tractauisse.

4. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

QVòd si Ephesi petetur: ipsa sola summa petetur: nec ampliùs quid: nisi si quid est stipulatus, vel si temporis vtilitas interuenit[a].

Ad l.

Ad l. Quòd si Ephesi 4.

RAT. DVB. Absurdum est actionem directam minoris esse potestatis, quàm vtilem, cùm vtiles actiones non nisi ad exemplum & in subsidium directarum introductæ sint. Ideóque solent ambæ eundem effectum præstare *leg. actio 47. suprà de negot. gest. leg. quamquam 8. §. si mulieri versic. planè infr. ad SC. Velleian.* Atqui cùm is, qui stipulatus fuerat Ephesi decem dari, petit Ephesi, agit directa actione. Cùm verò petit Capuæ, agit vtili *leg. 1. supr.* Ergo quemadmodum agendo Capuæ agit arbitraria, per quam consequitur quanti sua interest non tantùm ratione damni emergentis, sed etiam ex causa lucri cessantis *leg. 2. §. vltim.* vbi diximus *supr.* Ita & agendo Ephesi tantundem consequi debebit, vt non sit deterioris conditionis agens directa, quàm agens vtili *leg. 1. supr. de Public. in rem act.* DEC. Sunt quidem actiones directæ & vtiles eiusdem effectus & potestatis, quoties eandem aut iuris aut æquitatis habent rationem: at non æquè vbi diuersa ratio est, diuersitas enim siue rationis, siue æquitatis, diuersitatem quoque iuris necessariò inducit vulg. *leg. illud 32. ad leg. Aquil. leg. 3. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt.* Atqui in proposita specie prorsus dispar ratio est actionis directæ, quæ ex illa stipulatione competit, *Ephesi decem dari*, & vtilis quam ex eadem stipulatione dat prætor, vt alibi quàm Ephesi reus conueniri possit. Directa enim actio quæ ex verbis ipsis stipulationis competit, vt Ephesi petatur, stricta est, vt sunt regulariter actiones omnes, quæ siue ex stipulatione competunt, siue ex stipulatu *leg aliàs 6.* vbi diximus *supr. de in lit. iurand. leg. si quis certum 24. supr. de reb. credit* Actiones autem strictæ nullam æquitatis rationem admittunt, siue nobili siue mercenario iudicis officio, nisi ratione fructuum ex re quæ fuerit actoris post litem contestatam perceptorum ex *leg. 2. leg. videamus 38. §. si actionem infr. de vsur.* In eóque maximè differunt actiones stricti iuris ab actionibus bonæ fidei, & arbitrariis, in quibus æquitatis potissimùm rationem habere ob oculos iudex debet *§. prox. infr. leg. bona fides 31. infr. deposit. §. in bonæ fidei & § præterea Instit. de action.* nec alia de causa stricti iuris eas appellari existimandum est. Vtilis autem actio quæ nascitur ex eâdem stipulatione, *Ephesi centum dari*, sicuti datur non ex verbis, sed contra verba ipsa stipulationis, ita fieri nequit, vt sit stricta, sed necesse est vt sit arbitraria *dict. leg. 1. & leg. 2. §. 1. supr.* atque ita vt cùm ex verbis stipulationis æstimari non possit, ex sola æquitate æstimanda sit, quæ non patitur, vt impunè loci vtilitas alteutri contrahentium facto alterius adimatur. Vnde pendet secunda, & quæ præcipua est inter actiones istas, differentia. Nam stipulator qui actione directa petit decem Ephesi, cùm petat in eo ipso loco in quo peti & solui summa debuit, nullam loci vtilitatem aufert reo neque sibi ipsi. Nec igitur ratio vlla est propter quam hoc casu permittendum sit vel stipulatori maiorem quantitatem petere, quàm quæ in stipulationem deducta est, vel iudici excedere eam quantitatem aut minuere. Tota namque æquitas actionis arbitrariæ ex eo proficiscitur, quod per arbitrariam vtilitas loci, in quo & petitio & solutio fieri debuit, alterutri contrahentium facto culpáve alterius necessariò adimatur. Et ita Iustinianus ipse explicat in *§. loco plus petitur vers. si quis tamen Ephesi de action.* Benè igitur Vlpianus hîc scribit, si Ephesi petatur ipsam solam summam peti debere, & in condemnationem deduci, nec ampliùs quid: sed exceptio subiungitur statim,

a *Nisi si quid esset stipulatus vel si temporis vtilitas interuênit.* Hîc verò quærunt interpretes post Bartolum & Accursium, an vna tantùm exceptio sit, an duplex. Prior Accursij interpretatio vnam facit, acsi scripsisset Vlpianus. Nisi si quid præter summam principalem stipulatus esset actor, *etiamsi temporis vtilitas interuenerit.* Hoc enim, vt si quidem stipulator præter summam principalem aliquid stipulatus proponatur, puta pœnam vel vsuras vel quanti sua interfuerit, id quidem omne possit petere quod stipulatus fuerit, sed præterea nihil, nec si temporis vtilitas interuenerit, id est nec si interfuit stipulatoris solutam fuisse citiùs pecuniam, fortè propter accessionem fructuum, vel vsurarum, vel eius quod interfit. Cui interpretationi tam longè petitæ & ab Vlpiani verbis, quod nec Bartolus diffitetur, omnino alienæ causam illud dedit, quod vident, in actionibus strictis, qualem proximè diximus esse actionem illam directam, per quam Ephesi petitur, quod Ephesi dari debuit, nulla potest haberi ratio vtilitatis temporis siue propter vsuras siue propter fructus aliásque accessiones, quæ constat non nisi ex die litis contestatæ deberi posse *dict. leg. 2. & dict. leg. videamus 38. §. si actionem de vsur leg. cùm fundus 31. in princip. supr. de rebus creditis.* Vsuras verò ne quidem ex die litis contestatæ, vt benè doctissimus Cuiacius contra vulgares interpretes docuit sæpius, quem nos secuti sumus in *Error 2. Decad. 1. de error. pragmat.* vbi ostendimus longè alium sensum esse *leg. lite contestata 35. de vsur.* Et probatur etiam hæc sententia ex *leg. 1. Cod. de condict. indeb.* quæ cùm neget vsuras per condictionem indebiti posse peti, non minùs litis contestatæ quàm moræ tempus excludit. Nec videre interpretes potuerunt, qua ratione aut arbitraria possit esse actio, per quam Ephesi petatur, quod Ephesi dari debuit, aut si arbitraria non est, possit vtilitatem temporis admittere, cùm sit stricta. Tantique momenti obiectio hæc visa est, ipsi etiam Cuiacio, vt ex hac potissimùm lege ausus sit dicere, adiectione temporis non minùs quàm loci actionem fieri arbitrariam, quod nos iam refutauimus ad *leg. 1 supr.* & posteà iterum refellemus. Posterior verò Accursij interpretatio duplicem facit exceptionem, vnam quæ prioribus illis verbis continetur, *nisi quid esset stipulatus.* Alteram, quæ illis *vel temporis vtilitas interuenit*, quasi repetita dictione *nisi* acsi scriptum esset in hunc modum, *vel nisi temporis vtilitas interuenit.* Atque ita certè sentiendum omnino est. Sed quemadmodum prior exceptio nullam habet difficultatem, & benè sic explicatur ab Accursio, vt si is qui stipulatus est, *Ephesi decem dari*, præterea stipulatus sit pœnam vel fructus, vel lucrum, vel vsuras, vel interesse, vel quid aliud tale, hoc quoque præter summam principalem peti possit: ita posterior eam dubitationem inijcit, quam nos iam diximus, quasi Vlpianus velit perinde temporis atque loci vtilitatem spectandam esse, & consequenter videri hanc quoq. actionem ex adiectione temporis fieri arbitrariam, quod

tamen nemo ex interpretibus, vno excepto, vt diximus, Cuiacio, potest concoquere. Sic itaq. textum hunc explicare coguntur, vt temporis quidem vtilitas æstimanda sit, sed ea tantùm quæ rationem habeat solius damni emergentis, non etiam lucri cessantis, vt ex hac distinctione & differentia consiet non ideò esse hanc actionem arbitrariam, in qua scilicet si arbitraria esset, etiam lucri ratione haberi oporteret *l. 2. §. vlt. supr.* Aut si hæc non placeat interpretatio, dicendum est, inquiunt Accursius & Bartolus, restringēdam esse hanc exceptionem ad actionem ex testamento, quæ licet stricta sit, admittit tamē præstationem fructuum & vsurarum aliarúmque huiusmodi accessionum ad instar actionum bonæ fidei ex die moræ *l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Cuiacius verò vt hinc se expediat, cùm neutram harum interpretationum videat esse probabilem (est enim vtraque commentitia & diuinatoria, posterior verò etiam contraria præcedentibus, ex quibus apparet Vlpianum de illa tantùm stipulatione tractasse *Ephesi decem dari,* non autem de actione ex testamento maluit) nouam opinionem inducere, vt per temporis æquè ac per loci adiectionem fiat actio arbitraria, in eáque non minùs lucri quàm damni rationem haberi oporteat. Mihi videntur omnes interpretes in eo errare, quòd putant tractare hîc Vlpianum de ea temporis vtilitate, quæ actori præstanda sit ex mora debitoris & officio iudicis ac cuius haberi ratio nulla possit, nisi per arbitrariam, cùm tamen loquatur, & intelligi debeat de vtilitate, quæ propter adiectionem temporis præstanda sit iure obligationis quantumlibet strictæ ex stipulatione sic concepta *Ephesi Calendis Ianuariis proximis decem dari.* Certum enim est ex huiusmodi stipulatione quandocunque post Calendas accepto iudicio tanti litem æstimandam esse, quanti stipulatoris interfuit ea die solutum esse, vt eleganter Celsus scribit in *leg. si Calendis 11. infr. de re iudic.* vbi sententiæ huius rationem illam perelegantem & generalem adfert, quòd ex eo tempore quidque æstimandum sit quo nouissimè solui res potuit. Dies autem Calendarum ille fuit quo ex verbis stipulationis nouissimè solui decem Ephesi potuerunt, non quasi post eam diem præteritam, decem illa deberi & solui posse desinant (multo magis enim dandum hodie est, quod iam olim dari oportuit *leg. si sterilis 21. §. cùm per venditorem infr. de act. empt.* nec debet moroso debitori frustratio sua prodesse ad acquirendam ei liberationem *leg. hominem 37. inf. mandat.* Sed quia verum est, quod post eam diem soluitur sua die, nec solutum esse, nec solui amplius posse. Nec dissimiliter Vlpianus in *leg. si fundum certo die 114. de verb. oblig.* scribit: Si fundum certo die præstari stipuler, & per promissorem steterit, quominùs ea die præstetur, consecuturum me quanti mea intersit moram factam non esse. Quòd si quanti mea intersit, ergo non tantùm ratione damni, sed etiam lucri, quippe cuius ratio semper haberi debet in eo quod interest æstimando, vt ostendimus ad *dict. §. vltim. leg. 2 supr.* Et sanè fatendum est multum interesse, an debitor in mora constituatur per interpellationem extraiudicialem cōgruo loco, & tempore factam, vt in *leg. mora 32. infr. de vsur.* an verò per lapsum temporis adiecti in stipulatione. Priore casu nulla moræ ratio habetur in iudiciis strictis, quod pertinet ad accessiones, siue de fructibus loquamur, siue de vsuris, siue denique de eo quod interest, sed tantùm in iudiciis bonæ fidei *d. l. mora §. in bonæ fidei l. videamus 38. §. antep. eod. tit.* Posteriore verò habetur necessariò, nec iudicij stricti natura reluctatur, cùm id fiat ex verbis ipsis stipulationis cui ponimus insertam diem: Qui enim stipulatur *Ephesi decem dari Cal. proximis,* perinde habendus est acsi adiecisset, *aut si non dederis quanti mea intererit ea die dari dict. l. si Calendis & d. l. si fundum,* alioqui frustra & inutiliter adiectus esset dies stipulationi, quod dicendum non est, cùm adiectus dies partem faciat stipulationis *l. 1. §. editiones supr. de edend.* Idque eleganter docet etiam Africanus in *d. l. hominem 37. mandat.* vbi postquàm dixit in æstimanda re quæ per stipulationem debita sit, spectandum esse tempus quo agitur, subiungit statim exceptionem, *nisi fortè aut per promissorem steterit quominùs sua die solueret, aut per creditorem quominùs acciperet: neutri enim eorum frustratio sua prodesse debet,* non dixit simpliciter, *si per promissorem steterit quominùs solueret,* sed adiecit *sua die* vt intelligamus quantum intersit an dies adiectus sit stipulationi, an non. Eodémque pertinet quod scriptum est in *leg. vinum 22. supr. de reb credit. & in leg. vltim. supr. tit. prox.* Si vinum aut qua alia merx certo die dari debuit, tanti faciendam esse æstimationem quanti merx fuit eo præcisè tempore quo dari debuit. Etsi enim alius tractatus est de ineunda æstimatione rei debitæ, alius verò de præstando eo quod interest ob non factam sua die solutionem, ex eodem tamen fonte vtrumque nascitur, & ex eadem illa ratione quam ponit Celsus in *dict. leg. si Calendis,* quia vnumquodque æstimandum sit ex eo tempore quo nouissimè solui potuit. Cui etiam illa respondet quam Papinianus adfert in *leg. 2. de vsur.* quòd quale quid est cùm petitur, tale dari debeat, tempus enim quo res petitur, nouissimum tempus est quo solui potest, finis siquidem dandi & faciendi est quando iudicium accipitur *leg. si Titius 9. leg. si insulam 84. de verb. oblig.* Adeò autem verum est ex solo lapsu diei appositæ in stipulatione moram contrahi, vt ex mora etiam pœna committatur eo quoque casu quo nemo sit qui possit soluere, puta defuncto promissore nec eius hereditate adhuc adita *leg. ad diem 77. eod. tit.* Cùm tamen pœna omnis ex se sit odiosa *leg. si venditor 6. §. 1. infr. de seru. export leg. vltim. infr. de leg. commiss.* An igitur hæc actio ex stricta fiet arbitraria, vt putant interpretes, si in ea lucri quoque ratio habeatur, quam diximus habendam esse? Minimè verò. petitur enim hoc casu id quod interest, ac proinde lucrum quoque ac damnum pura actione & directa, & ex verbis ipsis stipulationis, non officio vllo iudicis siue nobili siue mercenario, vt loquamur cum interpretibus, quod certè in arbitraria non contingeret *dict. leg. 2 §. vltim. sup. leg. centum Capua 8. infr.* Nec rursus adimitur promissori vtilitas temporis, si ex ea stipulatione post Calendas præteritas quandocunque agatur, imò conseruatur potiùs, cùm non citeriore, sed vlteriore die agatur, in longiore autem tempore etiam breuius contineatur, quamuis non impunè ferat debitor, quòd ad dictam diem non soluerit, quomodo nec impunè ferre deberet, si qua in re alia stipulationi non satisfecisset. Quis ergo possit admittere cum Cuiacio fieri actionem hanc arbitrariam adiectione temporis, perinde atq. loci, cùm post elapsum tempus quod stipulatione fuerat comprehensum, non solùm directa actio duret,

sed

sed neque prius competat aut exerceri possit quàm tempus illud præterierit? Nam vt verè Papinianus dicebat *in l. liber homo 110. §. 1. de verb. oblig.* peti non debet, addo, nec potest cum effectu, quod intra comprehensum tempus solui potest. Quando igitur incipiet directa actio cum effectu competere, si ea quæ post tempus præteritum incipit exerceri, est arbitraria? Quisnam, obsecro, dabitur casus in quo possit actor pura intentione, vt Iustinianus loquitur in *d. §. loco plus petitur vers. si quis tamen Ephesi. de action.* id est sine adiectione loci (opponuntur enim ista quasi contraria *purè promittere* & *promittere cum adiectione loci leg. fideiussor 16. §. 1. infr. de fideiuss.*) intendere post tempus præteritum dari sibi oportere quod sua die dari debuit, nec datum fuit? Et tamen si bona est comparatio temporis & loci ad constituendam actionem arbitrariam, vt vult Cuiacius, omnino fatendum est, quemadmodum agenti actione arbitraria de eo quod certo loco, alibi quàm vbi ex stipulatione agi debuit, opponitur ille qui agit directa & pura intentione eo ipso in loco qui stipulatione comprehēsus fuit: Ita & agenti arbitraria ista quam comminiscitur Cuiacius, de eo quod certo tempore opponi directā & puram aliquam actionem & intentionem quæ arbitrariam excludat. Atqui talis actio ratione tēporis in stipulatione adiecti nec vlla est, nec esse potest, si vera est Cuiacij sententia. Nam prius quā tempus statutū præterierit, si agat stipulator, malè agit, quia petit ante diem, & tēpore plus petit *d. l. liber homo §. 1. l. stipulatio ista 38. §. inter incer. tā. & l. qui hoc anno 42. de verb. oblig. l. quod certa 70. de solut.* Postquàm verò tempus præterit, actio quidem competit, sed quæ, si Cuiacio credimus, iam facta sit arbitraria. Nullo igitur casu directæ locus esse poterit, atque ita magis erit arbitraria actio, quæ competet ratione temporis, quàm quæ ratione loci: illa enim sic arbitraria est, cùm alio loco agitur, vt tamen possit etiam directa esse, si in destinato loco agatur. At ea, quæ ratione temporis in stipulatione adiecti arbitraria constitueretur, semper & omni casu esset arbitraria, nunquam directa. Imò verò è contrario non posse actionem hanc vllo casu aut vllo tempore arbitrariam esse conuincitur ex eo, quòd si esset arbitraria, non posset exerceri sine commemoratione temporis, quod stipulatione comprehensum esset, sicut nec actio arbitraria de eo quod certo loco sine commemoratione loci in quo peti & solui res debuit. Alioqui actor sicut vno casu plus loco peteret, ita & alio plus tempore *dict. §. loco plus petitur de action.* Atqui in exemplo proposito, cùm is, qui stipulatus est dari sibi decem Ephesi Calendis Ianuariis proximis, ea decem petit Februariis sequentibus, quæro an malè aget si petat sine Calendarum Ianuariarum commemoratione, & nulla earum facta mentione? Cur verò malè ageret? An quia plus tempore peteret alio tempore petens, quàm quo solui debuerat? Imò petit suo tempore quandocunque petens præterito tempore, quod si præteritum non esset, nondum petere nisi prematurè posset *dict. leg. liber homo §. 1. leg. vnic. supr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* Tantúmque abest vt tempore plus petat petendo Februariis sequentibus, vt contra minus tempore soluat promissor qui post tempus soluit *§. fideiussores Institut. de fideiuss.* nisi prætereà præstet creditori quanti eius interfuit sua die solutum fuisse *dict. leg. si Calendis & dict. leg. si fundum.* Nam & plus tempore solueret, si ante diem solueret *leg. Iauolenus 15. aliàs leg. cum qui de ann. legat.* Denique arbitrariam actionem non illud inducit, quod alio loco promissor soluat, quàm in quo debuit (nec enim is qui certo loco dare promisit, vllo alio loco quā in quo promisit, soluere inuito stipulatore potest *leg. pen. infr. l. fideiussor 16. §. 1. inf. de fideiuss.*) sed quòd alio loco petere actor cogatur, quàm in quo ex verbis stipulationis petere debuit *leg. 1. supr.* Ergò nec arbitrariam ratione temporis illud faciet, quod alio tempore promissor soluat, quàm quo debuit soluere, dum ne actor alio tempore petat, quàm quo petere possit & debeat. Quod obiici certè non potest creditori, qui Calendis Februariis petit quod in præcedentibus Ianuariis iam soluere promissor debuerat *dict. leg. si sterilis 21. §. cùm per venditorem in fin. de action. empt. leg. qui res 98. §. mihi dare de solut.* Cúmque arbitraria ratione loci contineat vtriusque vtilitatem tam actoris quàm rei, vt scriptum est in *leg. 2. in princip. supr.* Id est alterutrius *l. vnic. C. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promis.* scilicet aut actoris aut rei in separatis casibus *l. centum Capuæ 8. infr. hoc tit.* non posset tamen dari casus, in quo noua ista arbitraria, quam Cuiacius ratione temporis inducit, rei vtilitatem vnquam contineret. Semper enim rei interest tardiùs soluere, maioremque vtilitatem percipit ex tardiore solutione, numquam verò damnum. Actor verò semper damnum, vtilitatem verò nunquam. Itaque nulla vtilitas temporis adimitur reo qui post tempus conuenitur, quomodo vtilitas loci ei adimitur qui alio loco *dict. §. loco plus petitur.* Sed hæc contra Cuiacium sufficiant, qui tamen in eo meliùs sentit quàm vulgares interpretes, quod illi vtilitatem temporis hîc intelligere eam videntur quæ proueniat ex mora per interpellationem extraiudicialem contracta. Cuiacius verò eam cui causam det mora quæ non per interpellationem, sed per lapsum temporis in stipulatione adiecti contracta fit, de qua & in *dict. l. si Calendis 11. de re iudic. dict. leg. si fundum 114. de verb. oblig. dict. leg. hominem 37. in fin. mandat.* In quo nobiscum conuenit. Nos verò cum omnibus in eo, quod semper habenda est ratio vtilitatis temporis adiecti in contractu siue stricto siue bonæ fidei, non minùs quàm loci *leg. si vt certo 5. in princip. infr. commod.* Superest alia quæstio quam ad hanc legem subnectit Bartolus, si quis simpliciter stipulatus sit *decem dari* nullo adiecto loco, & alibi promissorem conueniat quàm in loco promissionis, an actio erit arbitraria, an directa? Dubitandi causam illud præbet, quod nullo adiecto certo loco videatur locus promissionis solutioni destinatus ex *leg. quid tamen 21. aliàs leg. si cùm dies §. si arbiter supr. de recept. qui arbitr. recep.* Sed iam docuimus in præcedentibus vbique locorum & deberi & peti posse, quod nullo certo loco debetur: ideóque & impunè posse quocunque loco solui *leg. eum qui insulam 43. supr. de iudic. leg. qui loco certo 27. supr. de cond. indeb. leg. pen. infr. hoc tit. leg. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* Cùm ergo directa actio competat vt quocunque loco agi possit, nullus arbitrariæ locus esse potest, tantùm distat, vt quoties alibi quàm in loco promissionis agetur, arbitraria necessaria sit, vt nō insubtiliter Bartolus contra Gulielmum de Cuneo disputat. Neque rursus verum

est quod idem Gulielmus putabat nullo certo loco adiecto locum promissionis solutioni destinatum videri. Nam quod quocunque loco peti potest, id etiam necesse est ex mente contrahentium, vt quocunque solui possit, ac proinde vt locus solutioni destinatus nō ille sit, in quo promissum est, sed vbi petitum, vt idem Bartolus benè probat ex *l. vinum 22. supr. de reb. credit. iunct. d. l. vlt. supr. tit. prox.* Quamquam in hoc quoque errat Bartolus, quòd putat adiectionem loci, in quo solutio fieri debet, facere actionem arbitrariam: quod certè non ita est, vt constat ex *l. heres absens 19. §. vltim. supr. de iudic.* Sed adiectum esse locum oportet obligationi non solutioni, vt ne alio loco peti actione directa possit *dict. leg.* 1. vbi diximus *supr.* Petitioni ergo destinatum locum esse oportet non solutioni, vt si alio loco agere volet stipulator, necessaria ei sit arbitraria.

1 ¶ Interdum Iudex, qui ex hac actione cognoscet, cùm sit arbitraria, absoluere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi soluenda, vbi promissa est. quid enim, si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili soluenda? nónne debebit interdum absoluere? in summa æquitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est.

Ad §. 1. Interdum.

RAT. DVB. In cæteris actionibus arbitrariis ita ius est, vt si reus arbitrio non pareat, semper sit condemnandus, & quidem in maiorem quantitatem quàm quæ petebatur, vt hanc contumaciæ suę pœnam sentiat qui arbitrio iudicis benè iubentis parêre noluit *l. item si cùm 14. §. 1. supr. quod met. caus. l. qui restituere 68. supr. de rei vindic. l. 1. de in lit. iur. l. vlt. infr. de fideiuss.* Absoluendus verò nunquam nisi cùm paruit arbitrio & satisfecit, quo casu cætera quoque iudicia omnia sunt absolutoria *§. vltim. Instit. de perpet. & tempor. action.* Semper enim debitori prodest satisfecisse, cùm satisfactio pro solutione sit *l. satisfactio 52. infr. de solut.* sed velle satisfacere nihil prodest *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Ergo nec in actione ista de eo quod certo loco. quæ non modò arbitraria est, sed præcipuo quodam ac singulari iure arbitraria per emphasim dicitur, idem ius seruandum est, vt nihil prosit reo ad euitandam condemnationem quòd velit & paratus sit satisfacere, nisi ostendat se satisfecisse. Atqui reus qui paratum se dicit cauere de pecunia ibi soluenda, vbi dari promissa est, fatetur hoc ipso se nondum satisfecisse, imò nec dicit se paratum satisfacere. Nec enim cauere de soluendo soluere est, nec quemadmodum satisfactio iam præstita pro solutione est, ita & cautio de soluendo oblata pro satisfactione haberi potest, nedum pro solutione. Proinde condemnandus omnimodo hîc reus est, non absoluendus. Nec ad rem pertinet, quod dicat probétque vel ibi oblatam à se actori fuisse pecuniam, vbi solui debuit, vel depositam & obsignatam, vel de facili soluendam. Nam præter id quod his casibus satis consultum est reo per actionem ipsam arbitrariam, per quam consecuturus est plenissimam loci vtilitatem, id est quanti sua intererit alio potius loco, qui fuerat insertus obligationi, soluere, si alibi conueniatur præsertim post moram ab actore ipso commissam, vt diximus ad *l. 1. in princip. & §. si quis Ephesi supr.* Illud etiam certum est oblationem solam non sufficere vt vim solutionis habeat, nisi oblationem sine causa recusatam secuta sit obsignatio *leg. acceptam 19. Cod. de vsur. leg. obsignatione 9. Cod. de solut.* Depositionem autem & obsignationem pecuniæ si ritè & congruo loco ac tempore facta sit, non modò prodesse ad moram purgandam, sed etiam solutionis vim habere *dict. leg. obsignatione*, vt proinde nullus quæstioni locus superesse videatur, an per arbitrariam actionem peti possit pecunia, quæ iam soluta sit, aut saltem habenda pro soluta. Quod autem additur de pecunia quæ faciliùs solui possit in loco destinato, quàm vbi petitur, condemnationem inducere potiùs debet quàm absolutionem, dummodò vtilitatis loci ratio habeatur pro reo, qui leuioribus vsuris pecuniam inuenire potuit, si in loco stipulationi inserto conuentus fuisset *leg. prox. in fin. supr.* Nulla igitur his etiam casibus absoluendi rei ratio superest licèt in mora ipse non fuerit sed actor à quo conuenitur, satísque reo esse debet quod loci vtilitatem habiturus sit, tantóque minus stipulatori soluturus. *dict. leg. 2. §. vltim. supr.* DEC. Hæc actio ideo arbitraria dicitur per emphasim, vt in superioribus docuimus, quòd tota in arbitrium iudicis referatur, etiam quantum ad condemnationem: vt non cogatur iudex inseruire contractui, sed quantitatem in stipulatum deductam vel excedere possit vel minuere, quoties id æquum ex facti, & personarum circumstantiis esse videt *leg. 2. §. vltim. & leg. prox. supr.* Quod enim habet arbitrium iudex, qui huic actioni addictus est, habet tanquam vir bonus, & ideò arbitrari id ipsum debet quod alius quilibet vir bonus esset constituturus. Quid autem melius, quàm quod bono cuilibet viro & prudenti æquum videri possit? *leg. placuit 8. Cod. de iudic. leg. in omnibus 90. de reg. iur.* Proinde æquitatem maximè ante oculos iudex habere debet, non tamen cerebrinam illam totius iuris nostri nouercam infestissimam, sed, vt Panormitanus loquitur, iure informatam & quæ ex iure colligi possit, quæ si suadeat vt absoluendus sit reus, vtique absoluere eum debet tam facilè ac multo faciliùs quàm condemnandum condemnare, vt proniores esse debemus ad liberationem & absolutionem quàm ad condemnationem *vulg. leg. Arianus 41. infr. de oblig. & action.* Nec verò difficilius est iudici reum absoluere in totum, quàm diminuere quantitatem, quod nihil aliud est, quàm ex parte absoluere. Qui enim pro parte absoluere potest ex æquitate, cur non eâdem aut maiore æquitate vrgente in totum quoque absoluere poterit? nam & ita ex Pomponio argumentatur Vlpianus in *leg. iuris gentium 7. §. adeò supr. de pact. leg. penult. infr. de confess.* Denique quisquis condemnare potest, etiam potest absoluere *leg. 2. infrà de re iudic.* quamuis formulæ, per quas dabantur olim iudices, condemnationis tantùm mentionem facerent, non etiam

etiam absolutionis. Atqui cùm debitor obtulit pecuniam eo ipso in loco in quo promisit, licèt non deposuerit (secuta enim depositio post oblationem ritè factam pareret liberationem, nec quæstioni locum vllum relinqueret) aut si non obtulerit quidem, quia non habebat cui offerret, sed tamen deposuerit pecuniam debitam vt appareret per eum non stare quominùs solueret (quo casu licet non acquiratur liberatio, impeditur tamen mora ne contracta videri possit, néve pœna vlla committatur, vt in *leg. vltim. infr. de leg. commiss.*) An non æquum est excusari promissorem, si alio loco conuentus vrgeatur ad solutionem, nec pecuniam in promptu habeat, nec modum vllum explicandæ alibi pecuniæ? Nec enim tam facile est pecuniam semper habere & vbique in numerato, aut numerationem in expedito, vt Vlpianus loquitur in *leg. si dubitet* 10. *in princip. infr. de fideiuss.* Et quamuis difficultas præstationis non soleat excusare debitorem, quia nec habet quicquam commune cum causa & iure obligationis, & recedit ab impedimento naturali, respicitque tantùm facultatem personæ *d. l. continuus* 137. *§. illud de verb. obligat.* iniquum tamen videtur eum qui semel tantùm debeat, non modò bis cogi soluere, sed etiam bis cogi eam pecuniam perquirere ad soluendum quam promiserit, licet stipulator non nisi semel eam consequi velit. Cur enim hoc incommodo afficiamus miserum debitorem facto & culpa stipulatoris, cui potest semper imputari, cur non ad locum destinatum venerit, aut procuratorem miserit ad accipiendam ibi solutionem? Ergo his omnibus cõcurrentibus, sed eo præsertim, vt pecuniam in alio quàm destinato loco soluere, non tantùm difficile & incommodum, sed etiam penè impossibile sit promissori vt in *l.* 4. *§.* 1. *infr. de statulib.* æquissimum sanè fuerit ei succurri, vt non alio loco soluere cogatur cum tanto suo incommodo, sed ab arbitraria actione absoluatur per iudicem qui de arbitraria cognoscit: sed exacta tamen ab eo cautione de pecunia ibi soluenda vbi promissa est, in quo adhuc satis grauatur debitor cui nec facile semper & obuium est, in alio præsertim loco, quàm in quem destinata solutio fuerat, inuenire fideiussorem *l.* 2. *§. penult. supr. de iudic.* Qua de causa si fideiussoris quoque datio, quod plerumque euenit, tam incommoda & difficilis esset debitori, quàm pecuniæ numeratio, vt vtraque penè impossibilis videri posset, non putarem in eas angustias coniiciendum promissorem, vt vel ad rem tam difficilem, vel ad perpetuos carceres, vt ita dicam, ferendos vrgeretur, sed potiùs nuda repromissione contentum esse stipulatorem debere, quæ & hodie sola cautionis nomine simpliciter sumpto significatur post *l. sancimus* 4. *C. de verb. signific.* Aut saltem iuratoria, vt vocant, cautione quę in locum & subsidium satisdationis præstari solet ab inope debitore cum bonorum omnium hypotheca *l. omnes* 33. *§. prætereà & seq. l. cùm clericis* 25. *C. de Episc. & cleric. l. filio* 7. *infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat. l. in sacris scriniis* 12. *C. de prox. sacror. scrinior. lib.* 12. *tit.* 19. iniquum enim esset facto & culpa stipulatoris ad rem penè impossibilem vrgeri & condemnari promissorem. Ergo absolui eum potiùs æquissimum est, & per remedium exactæ cautionis actori satisfieri, vt aliàs plerumque solet *l. si post acceptum* 18. *& seq. l. si à bonæ fidei* 21. *leg. is à quo* 57. *supr. de rei vindic. leg in lege* 45. *§.* 1. *infr. ad leg. falcid.* & aliis sexcentis, etsi versiculus ille *cautione tamen ab eo exacta* &c. mihi valde suspectus est, & redolere Tribonianum videtur ex iis quæ scripsi iam olim *libr.* 15. *Coniect. cap.* 2. longe tamen quæ posteà scripsimus & meliùs vt nobis nunc videtur in *Error.* 2. *decad.* 90.

5. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

SI heres à testatore iussus sit, certo loco quid dare: arbitraria actio competit.

Ad l. Si heres 5.

RAT. DVB. Actio ex testamento sui natura est stricta *leg. aliàs* 6. *supr. de in lit. iurand.* Ergo non est arbitraria, nec enim actiones strictæ sunt arbitrariæ, sed constituunt tertiam speciem à reliquis duabus differentem *§. prætereà Instit. de action. l.* 3. *§. in his infr. de vsur.* vt docuimus ad *l.* 2. *§.* 1. *supr.* Quod si præstationes inspicimus, quæ veniunt in actionem ex testamento, certum est, quantum ad eas pertinet, actionem ex testamento imitari naturam actionum bonæ fidei, non tantùm si de fructibus & vsuris quæratur *l. in minorum* 3 *C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit l. si quis seruo* 84. *l. Titia Seio* 87. *§. vsuras de legat.* 2. *d. l.* 3. *in princip. de vsur. l. si cui legatum* 92. *in fin. de condic. & demonstr.* sed etiamsi res legata perfectè soluta non sit, & quæratur an duret prima actio, quod in solis bonæ fidei actionibus locum habet *leg. huiusmodi* 84. *§. ædes de legat.* 1. *leg. si imaginem* 12. *de aur. & argent. legat. Iunct. leg. eleganter* 24. *infr. de pignor. action. leg. si prædium* 4. *C. de euict.* Atqui actiones bonæ fidei nunquam per adiectionem loci fiunt arbitrariæ, cùm natura earum sufficiat ad loci vtilitatem alterutri ex contrahentibus præstandam *leg. in bonæ fidei* 7. vbi dicemus *infr.* Ergo si heres testamento iussus sit aliquid certo loco dare, non ideo arbitraria actio poterit competere. DEC. Actiones arbitrariæ quamuis nullomodo strictæ sint, fiunt tamen plerunque ex iis quæ sui natura sunt strictæ per adiectionem loci, quoties obligationis non solutionis causa locus adiectus est, ita vt nunquam directa actio stricta esset competitura, si debitor vel data opera & dolo malo, vel qua alia etiam iusta de causa impeditus nunquam accederet ad locum solutioni destinatum, vt in eo conueniretur *leg.* 1. *supr.* vbi diximus & ad *l.* 2. *§.* 1. Atqui cùm heres iussus & damnatus est certo loco aliquid dare, apparet adiectum esse locum non tantùm solutionis, sed etiam obligationis causa, nec proinde ex natura actionis ex testamento quæ stricta est posse alibi legatum peti, quàm in quo illud deberi testator voluit, ne alioqui fiat contra voluntatem, quod ex voluntate proficiscitur. Ergo euenire necesse erit, quod multo magis contra voluntatem testatoris fuerit, vt si nunquam accedet heres ad locum testamento comprehensum, nunquam futurum sit, vt conueniri possit, atque ita legatum facto heredis intercidat, & illusorium fiat, & in ipsius arbitrio & potestate futurum sit an debeat, quod nunquam ferendum est *d. l.* 1. *§. si quis Ephesi versic. Scæuola supr.* id verò ne contingat pèrinde necessaria est arbitraria ad petendum quocunque loco id quod certo loco

ex testamento debetur, atque si ex stipulatione deberetur: vbi ergo eadem iuris & æquitatis ratio vrget, nec diuersitatis causa vlla reddi potest, quidni ius idem constituemus? *vulg. l. illud 32. ad leg. Aquil l. 5. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt.* Proinde quemadmodum in stipulatione cui locus insertus est, distinguimus an obligationis an verò solutionis tantùm gratia adiectus sit, ita & in legato distinguendum erit. Nam si testator ita scripsisset, *Heres meus damnas esto decem dare Titio soluenda Capuæ*, dicendum esset non fore necessariam legatario arbitrariam, quia directa actione posset heredem conuenire non modò Capuæ, sed etiam in loco domicilij, quæ conueniendi facultas & electio creditori competens arbitrariam excludit *leg. heres absens 19. §. vlt. supr. de iudic.* Sic & aliàs dicimus multùm referre, an dies incertus legato adiectus sit ad obligationē, an ad solutionem, id est an quis legauerit Titio ducenta, cùm erit annorum quatuordecim, an verò soluenda, cùm erit Titius annorum quatuordecim, nam priore casu legatum condicionale est, nec ad prædefuncti legatarij heredem transmittitur. Posteriore verò & purum est & transmittitur, quasi non iam condicione quàm mora suspensum *leg. si cui legetur 49. §. hoc autem legatum de legat. 1. l. heres meus 79. de condic. & demonst. leg. ex his verbis 5. C. quando dies legat. ced.* Sed & obseruandum est, legem hanc loqui de legato per damnationem, quod olim per manus heredis capi necesse erat, non autem de legato per vindicationem ideo, quod occupare legatarius poterat, non expectato herede, id est non expectata heredis voluntate, vt Vlp. & Caius in *Instit.* scribunt. Legatum per damnationem non nisi per actionem personalem ex testamento peti poterat. Legatum verò vindicationis, etiam per actionem in rem, ac proinde vbicunque res inueniatur quæ legata est *l. quod legatur 38. supr. de iudic.* Nam cùm vindicatio competat iure dominij, & ex præsenti possessione *leg. non aliàs 24. §. sed si postulatur supr. eod. ill. tit. l. in rem 23. supr. de rei vindic.* constat legatarium nec magis nec minùs dominum esse vno loco quàm alio, & ideo perinde vbique vindicare legatum posse. Hæc & alia quædam ad explicationem huius legis pertinentia iam scripsimus in *Error. 3. & 4. decad. 91. de error. pragmat.* vnde alia si qua hîc desunt, peti poterunt, præsertim circa legatum simpliciter relictum nullo adiecto certo loco, de quo in *leg. cùm res 47. de legat. 1.* & circa interpretationem *d. l. quod legatur supr. de iudic.* Quod autem Bartolus hîc addit, omnes actiones stricti iuris per loci adiectionem fieri arbitrarias, id verò refutauimus in *Error. 4. eiusdem decadis 91.* & quàm falsum sit ex iis etiam intelligetur, quæ dicemus ad *leg. seq. & ad leg. si duo 16. §. 1. infr. de constit. pecun.*

6. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

AVt mutua pecunia sic data fuerit, vt certo loco reddatur.

Ad l. Aut mutua 6.

RAT. DVB. Non fit actio arbitraria per quamlibet loci adiectionem, sed ita demùm si locus obligationi adiectus sit non solutioni, vt sæpius in hoc tractatu inculcauimus, & constat tam ex *leg. heres absens 19. §. vlt. supr. de iudic.* quàm ex ratione ipsa iuris, quæ arbitrariæ actionis inducendæ necessitatem induxit. non enim alia ratio fuit, quàm quòd alioquin euenturum erat, vt nullibi petere stipulator posset, si debitor nunquam ad locum obligatione comprehensum accederet *leg. 1. supr.* At cùm locus solutionis tantùm non etiam obligationis causa adiectus est, remanet pura obligatio, ex qua proinde etiam alibi agi potest, maximè verò in loco domicilij etiamsi reus non ibi inueniatur, adeò vt si latitet, nec se ibi defendat, bona eius vendenda sint ex edicto *d. l. heres absens §. vlt. l. 2. & 3. infr. de reb. author. iudic. possid. l. qui Romæ 122. in princip. de verb. oblig. l. quæro 100. de solut.* Atqui in huius legis specie ponimus locum fuisse adiectum solutioni tantùm, non etiam obligationi. Tractat enim Pomponius de pecunia mutua data, hoc pacto addito, vt loco certo redderetur: quo verbo apertum est significari restitutionem ipsam pecuniæ, non eius restituendæ obligationem. Imò quod magis est, fieri nequit, vt in contrahendo mutuo locus certus adiiciatur obligationis tantùm gratia, non solutionis, cùm obligatio mutui non verbis contrahatur, sed re, id est aut numeratione, aut ponderatione, aut mensuratione *titul. quib. mod. re contr. oblig. Instit. leg. 1. §. re contrahitur infr. de oblig. & action.* Vt proinde non possit adiici pactum de re mutuò data certo loco restituenda, nisi post contractam iam ipsam mutui obligationem, non igitur potest condictio certi ex mutuo, quæ sui natura est stricta, per adiectionem loci fieri arbitraria: Idque ex eo apparet euidentiùs, quòd si vinum vel frumentum mutuò datum sit, ea lege vt certo loco reddatur, vbique peti potest, neque id per actionem arbitrariam, honorariam & vtilem, qualis hæc est de eo quod certo loco, sed per ciuilem & directam condictionem certi ex mutuo, æstimandum tamen quanti est tempore litis contestatæ in eo loco in quo solui debuit, sicuti si dies adiectus esset, æstimari deberet quanti eo die fuisset, vt disertè scriptum est in *l. vinum 22. supr. de reb. credit. l. vlt. supr. tit. prox.* vbi eadem prorsus constituitur ratio temporis quæ loci *l. idem erit 60. infr. de verb. oblig.* cùm si per arbitrariam peteretur, æstimandum esset quanti in loco esset petitionis, detracta tamen vtilitate loci, non quanti esset in loco solutioni destinato *l. 2. §. si quis Ephesi & §. vlt. supr. hoc tit.* Ergo & si pecunia mutua data sit ea lege adiecta, vt certo loco reddatur, dici non potest arbitrariam competere, cùm sufficiat condictio certi ex mutuo. Quam in eo fatendum est, differre à condictione certi ex stipulatione, quod pactum incontinenti adiectum stipulationi non solùm ei sic inest vt possit producere actionem (quod & in cæteris contractibus strictis euenit *l. vlt. C. de rer. permut. l. legem 9. l. cùm res 22. C. de donat. l. cùm mota 6. C. de transact.* sed etiam format stipulationem, vt quod pacto incontinenti apposito comprehensum est, perinde haberi oporteat, ac si idipsum stipulationis verbis contineretur. Eadem enim est substantia pacti & stipulationis, cùm ambo & verba & consensum habeant, nec differant nisi solemnitate verborum & animo aut stipulandi aut paciscendi *leg. iuris gentium 7. §. quod ferè supr. de pact. l. lecta 40. vbi scripsimus de reb. cred.* Itaque cùm post contractam stipulationem conuenit de loco,

loco, adiectio illa loci dummodò incontinenti facta efficit partem stipulationis, perindéque obligationi insertus locus creditur, atque si in prima verborum conceptione adiectus fuisset, quo casu nemo dubitaret, quin obligationis non solutionis causa adiectus esset, nec per consequens quin arbitrariam inducere deberet: quippe quæ nascitur ex stipulatione illa *Ephesi dari* vt scriptum est in *d.l.2 §.1.supr.* non etiam ex illa *Ephesi reddi* quomodo tamen necesse est cócipi pactum dationi mutui adiectum. Esset enim pactum de mutuo dando, non mutuum, si inter duos conueniret, vt mutuum certo loco daretur, nec prodesset ad agendum tanquam nudum, si non vel stipulatione vel alterius contractus, vt nostri loquuntur, cohærentia vestiretur. Sed cùm mutuum re tantùm cótrahatur, vt diximus, pactum quod subiicitur, non nisi de reddendo mutuo esse potest, & ad solutionem, non ad constituendam obligationem pertinere. Quænam igitur ratio adferri potest, cur si mutua pecunia data sit, hoc pacto addito, vt ea certo loco reddatur, arbitraria competat? Quæ tamen nunquam competit nisi cùm est necessaria. DIC. Separandum est hac parte mutuum pecuniæ à mutuo vini, frumenti, & aliarum mercium quæ in pondere vel in mensura cósistunt. Nam in mercibus mutuo datis, & certo loco reddendis, ideò non est necessaria actio arbitraria, nec proinde competit, quia etiam per directam & strictam condictionem certi ex mutuo haberi ratio potest loci non minùs quàm per arbitrariam, vt scilicet quod in eo loco petitur, in quo peti potuit, in alio tamen quàm in quo solui debuit, æstimetur, non quanti est ibi vbi petitur, sed quanti in eo loco in quo solui ex pacto debuit. Quid enim vetat quod vno loco petitur, ex alio tamen æstimari? *d. l. vinum de reb.credit.d.l.vlt.supr.tit.prox.d.l. idem erit 60. de verb. oblig.* At in pecunia sic mutua data vt certo loco reddatur, non eadem loci vtilitas seruari per directam actionem potest, cùm pecuniæ certa vbique & vna sit æstimatio *l.5.supr.l.3.de in lit iurand.* Itaque nulla erit vtilitas loci hoc casu, nisi inducamus arbitrariam, per quam actor petendo alibi restitutionem pecuniæ creditæ consequatur, præterea quanti eius intersit ratione loci, si fortè ex aliqua iusta causa intersit, vt in specie *l.2 §.vlt supr.* aut si in mora ipse fuerit, præstet reo quantum amittit reus ex vtilitate loci, in quo potuisset fortasse leuioribus vsuris pecuniam inuenire: quæ tota vtilitas loci est, cùm de pecunia, non etiam cùm de mercibus quæritur *d.l.3.supr.* Atqui nunquam ea interpretatio capienda est, quæ loci adiectionem faciat supernacuam, cùm locus perinde faciat partem stipulationis ac dies *l.1.§.editiones supr.de edend.* Ergo dicendum est hoc solo casu condictionem certi adiectione loci fieri arbitrariam, non etiam cæteris. Hæc verò omnia explicauimus plurib. in *Error.1.& 2.decad.91.*

7. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

IN bonæ fidei iudiciis, etiam si in contrahendo conuenit, vt certo loco quid præstetur, ex empto, vel vendito, vel depositi actio competit: non arbitraria actio. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit [a]: hac actione vtendum erit.

Ad l. In bonæ fidei 7.

RAT. DVB. Non debent nec possunt actiones bonæ fidei deteriores esse condicionis quàm strictæ, cùm sint fauorabiliores, & præstationes habere soleant vberiores. Ideo enim stricta dicuntur iudicia & stricti iuris, quòd ex iis strictior minúsque plena fiat condemnatio. Atqui actiones strictæ per adiectionem loci fiunt arbitrariæ, vt suprà vidimus in actionibus ex stipulatione & ex testamento, adeóque in condictione certi ex mutuo, saltem eo casu quo non merx, sed pecunia mutua data sit eo adiecto pacto vt certo loco redderetur, vt docuimus ad legem superiorem. Ergo & in bonæ fidei contractibus, si conuenerit vt certo loco quid præstetur, dicendum est eo nomine competere arbitrariam. DIC. Bonæ fidei actiones ideò sic dictæ sunt, quòd in iis permissum sit iudici omnia æstimare ex bona fide id est ex æquitate *§.in bonæ fidei Instit.de act. iunct.l.bona fides 31.infr.deposit.l. ex empto 11.§. vlt.l. bona fides 50.& pass inf.de action.empt.* Idque propter verba illa *ex bona fide* quæ in formulis omnibus iudiciorum bonæ fidei adiici solebant, vt nemo nescit. Proinde index qui de bonæ fidei actionibus cognoscit, non minùs æquitatem ante oculos habere debet, quàm qui arbitrariæ actioni addictus est, & consequenter vtilitatem loci æstimare siue pro actore, siue pro reo, non minùs quàm vtilitatem temporis, prout ex alterutrius mora faciendum æquitas dictauerit *l.si vt certo 5.in princip.inf.Commod. l.3.§.si per venditorem de action.empt.* Quid ergo necesse est dare arbitrariam & vtilem actionem, cùm directa, quæ semper dignior est, sufficiat? Ideo autem sufficit, quia tum quoque cùm contractus emptionis, locationis, commodati & alij similes qui bonæ fidei sunt, sine vlla loci adiectione facti fuerunt, si tamen incontinenti de certo loco per pactum conuenerit, dicimus pactum hoc non solùm inesse contractui, sed etiam formare contractum, & actionem ex eo contractu competentem, id est facere, vt eadem ipsa actio, quæ ex contractu nascitur, danda etiam sit ad id quod pacto comprehensum est *l. iuris gentium 7.§.quinimò & seq.supr.de pact.l. in bonæ fidei 13. & leg. legem 10.C. eod. l.2.C.de pact.int.empt. & vendit.* vbi tamen obseruandum est, actionem ex vendito sic dari ex pacto de retrouendendo incontinenti post venditionem apposito, vt tamen non excludat actionem præscriptis verbis, quæ etiam ex pacto incontinenti post contractum stricti iuris interposito nasceretur, vt ad legem præcedentem scripsimus ex *leg.cùm mota 6.C.de transact.l.vlt. C. de rer. permut. l.legem 9.l. cùm res 22. C. de donat.* Quo exemplo posset quis fortasse credere, in specie quoque huius legis dandam esse actori electionem, an contra eum qui certo loco dare quid promisit actione ex contractu agere malit, an arbitraria quasi tantundem per hanc quantum per illam consecuturus. Sed non ita est. Actio enim Præscriptis verbis ex contractu etiam stricto nascitur, propter pactum incontinenti appositum, cuius commodo priuandus non est ille qui sic contraxit, quique non aliter fuerat contracturus *leg.vlt.Cod.de pact.int.empt.& vendit.* Quod &

in pacto ex continenti post bonæ fidei contractum apposito longè magis obtinere debet. At actio arbitraria non ex contractu nascitur neque ex voluntate expressa contrahentium, sed ex sola æquitate Prætoris inducentis vtilem actionem eo tantùm casu quo sit necessaria, id est quo sufficere directa non possit, quod in huius legis specie nō contingit.

a *Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit.* Ita in Pand. Florent. & multo meliùs quàm apud Accursium & Bartolum *condicturum* aut *conducturum*, quæ nullius sensus lectiones sunt, nec nisi nugandi materiam Accursio & Bartolo præbuerunt. Cùm enim tractaret Paulus de contractu venditionis, ex quo venditor obligatur ad tradendum, sicut emptor ad precium dandum *leg. 1. leg. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt. l. si traditio 4. C. eod.* commodissimè hic versiculus superiori sententiæ subiungitur aduersatiuè, ne quis putet perpetuum esse, quod proximè dictum est, ex bonæ fidei contractu arbitrariam actionem non competere. Quid enim si venditor emptori promiserit per stipulationem (hoc enim significant verba illa *stipulatus sit* omnimodo passiuè sumenda, quomodo & alibi plerunque sumuntur, quod & Accursius docet) se traditurum ei rem venditam certo loco? Vtique hac actione arbitraria vtendum emptori necessariò erit. RAT. DVB. In contractibus & actionibus bonæ fidei sufficit natura ipsa contractus, & actionis bonæ fidei, vt quod certo loco dari vel tradi promissum est, vbique peti possit æstimata vtilitate loci, in quo dari res aut tradi debuit, siue pro emptore, siue pro vēditore, prout alteruter aut moram fecerit aut passus sit *l. 3. §. si per venditorem infr. de action. empt.* Atqui cùm venditor emptori promittit se rem venditam ei traditurum, quamuis ita promittat per stipulationem, pendet tamen stipulatio ex contracto negotio emptionis *leg. 5. versic. conuentionales infr. de verb. oblig.* Ergo & hoc casu sufficere potest emptori contra venditorem directa ex empto actio, nec arbitraria necessaria est. DEC. Cùm inter emptorem & venditorem stipulatio interponitur ab initio aut incontinenti, siue ante siue post contractam venditionem, non duo contractus sunt, vnus venditionis, alter stipulationis, quorum prior per posteriorem mouetur, sed vnus tantùm contractus est, isque stipulationis non venditionis, sed venditionem duntaxat pro causa habens, ne stipulatio sine causa interposita dici possit *leg. si ita fuero 6. §. 1. & l. seq. infr. de nouat.* Ergo actio quæ ex huiusmodi contractu nascitur, non potest esse bonæ fidei, cùm sit actio ex stipulatione aut ex stipulatu, quæ semper stricta est, nisi cùm Iustinianus inuita tota Iurisprudentia fecit eam bonæ fidei in *l. vnic. C. de rei vxor. act.* Ita igitur fiet, vt si venditor nolet, aut non poterit vnquam accedere ad eum locum, in quo tradere rem promisit, nunquam quoque & nusquam conueniri possit ad rem tradendam, neque actione ex empto quæ nulla esse potest, vbi contractus emptionis nullus præcessit, neque ex stipulatione aut ex stipulatu, quæ cùm sit stricta, non alio certè loco exerceri potest, quàm in quo rem tradi promissum est. Consequens igitur omnino est, vt actio arbitraria sit hoc casu necessaria non minùs quàm ex illa stipulatione *Ephesi decem dari l. 1. l. 2. §. 1. supr.* Differentia tantùm illa est, quòd ea stipulatio *Ephesi decem dari* obligationem dandi continet, hæc autem *Ephesi rem venditam tradi* obligationem faciendi, cùm tradere sit facti. Sed quod ad rem nostram pertinet, parui momenti hæc differentia est, cùm quisquis stipulatur rem dari, hoc ipso stipuletur etiam rem tradi *d. l. 3. §. 1 infr. de action. empt.* quia nec dari res potest id est dominium eius transferri citra traditionem *leg. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig. iunct. l. nunquam nuda 31. & l. traditio 20. infr. de acquir. rer. domin. leg. traditionibus 20. C. de pact.* Nec vno casu magis quàm alio cogitur promissor præcisè ad tradendum, quod meri facti est, vt pluribus docuimus in *Error. 4. 5. & 6. decad. 85. de error pragmat.* Planè si sic concepta stipulatio esset *Ephesi rem tradi intra Cal. Martias proximas* dicendum esset præteritis Calendis Martiis futurum, vt emptor idémque stipulator posset quocunque loco petere, quanti sua interesset *l. eum qui 43. supr. de iudic.* quia non posset amplius res tradi post elapsum tempus, intra quod ex verbis stipulationis tradi debuisset *l. si Calendis 21. infr. de re iudic.* Sed cùm tempus nullum in stipulatione adiectum est, peti rem necesse est apud Prætorem per litis contestationem, aut apud Præsidem prouinciæ, qui in prouincia illa Prætoris vices gerit, & quidem in eo ipso loco qui stipulatione comprehensus est, priusquàm id quod interest vllibi peti possit, quoniam ad litem vsque contestatam promissioni suæ satisfacere venditor potest *l. 2. §. si quis Ephesi versic. Scæuola supr.* adeóque moram purgare *l. si insulam 84. de verb. oblig.* Ergo nec de eo quod interest agere vnquam emptor poterit, si nunquam accedat venditor ad eum locum, in quo ex conuentione tradere rem debuit. Est igitur hoc casu arbitraria actio, de eo quod certo loco, perinde atque alio vllo necessaria ad hoc vt venditor ad rem tradendam quocunque alio loco conueniri possit.

8. AFRICANVS libro 3. Quæstionum.

CEntum Capuæ dari stipulatus, fideiussorem accepisti. ea pecunia ab eo similiter, vt ab ipso promissore, peti debebit. id est, vt si alibi, quàm Capuæ, petantur, arbitraria agi debeat, iísque tanti æstimetur, quanti eius vel actoris interfuit, eam summam Capuæ potiùs, quàm alibi solui. nec oportebit, quòd fortè per reum steterit [a], quo minùs tota centum Capuæ soluerentur: obligationem fideiussoris augeri. neque enim hæc causa rectè comparabitur obligationi vsurarum [b]. ibi enim duæ stipulationes sunt: hic autem vna pecuniæ creditæ est, circa cuius executionem, æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur, eiúsque differentiæ manifestissimum argumentum esse puto [c]: quòd si post moram factam pars pecuniæ soluta sit, & reliquum peta-

tur:

tur. officium iudicis tale esse debeat, vt æstimet, quanti actoris intersit, eam duntaxat summam, quæ peteretur, Capuæ solutam esse.

Ad l. Centum Capuæ 8.

RAT. DVB. Fideiussoris obligatio strictissima est, cùm ex stipulatione sola contrahatur *leg. 5. §. satis acceptio infr. de verb. oblig. leg. blanditus 12. C. de fideiuss.* Ita vt in aliam aut in duriorem causam accipi non possit fideiussor, in leuiorem tamen possit *leg. gracè 8. §. illud & seq. leg. fideiussor 16. in princip. & §. 1. & seq. infr. de fideiuss.* Atqui cùm creditor centum Capuæ dari stipulatus, à debitore fideiussorem eo nomine accepit, hoc vnum promisit fideiussor *Capuæ centum dari*, non ergo Ephesi aut Romæ aut alio loco, nec pro arbitraria, & vtili actione interuenit, sed pro pura & directa. Consequenter non est ferendum, vt per arbitrariam conueniatur alibi quàm Capuæ: alioqui nihil interesset, an fideiussor sit directæ actionis, & strictæ, vt in specie huius legis, an actionis vtilis & arbitrariæ, vt in *leg. vlt. infr.* Nec bona consecutio est, vt qui voluit fideiubere pro actione stricta, voluerit etiam fideiubere pro arbitraria: est enim longè durior condicio eius, qui fideiubet pro arbitraria propter vtilitatem loci, quæ arbitrio iudicis in eam actionem venit, nunquam verò in actionem strictam; si verum est, vt est, quod ex Theophilo docet ad hanc legem Cuiacius, puram actionem id est certam & strictam consumere rationem omnē eius quod interest. Nec rursum quæ ratio æquitatis induxit necessitatem actionis arbitrariæ, contra reum principalem, scilicet ne alioqui futura sit inutilis ex stipulatione actio, debitore nunquam ad locum solutioni destinatum accedente, atque ita in potestate debitoris futurum sit an debeat *l. 1. & 2. §. si quis Ephesi versic. Sceuola supr.* eadem non æquè inducit necessitatem dandæ contra fideiussorem arbitrariæ, cùm sufficere possit creditori, quod arbitrariam habiturus sit contra debitorem ipsum, sibique potiùs debeat imputare, cur strictæ tantùm & directæ actionis non etiam arbitrariæ quoque nominatim fideiussorem acceperit vt in *d. l. vlt. infr.* Ergo non potest verum esse quod hîc respondet Africanus, pecuniam Capuæ debitam posse ab ipso fideiussore similiter atque à debitore peti per arbitrariam, id est vt si alibi quàm Capuæ petatur, litem æstimari oporteat quanti vel fideiussoris, vel actoris interesset, eam summam Capuæ potiùs quàm alibi solui. DEC. Obligatio fideiussoria quamuis stricta sit, nec nisi accessoria, nunquam tamen sic interpretanda est, vt inanis fiat & illusoria, ne alioqui decipiatur creditor, qui fideiussorem ab initio accepit, quíque verisimiliter sine fideiussore non fuerat contracturus. Nec minùs absurdum est in potestate fideiussoris esse postquàm se per stipulationem obstrinxit, an debeat, quàm si esset in potestate principalis debitoris *d. §. si quis Ephesi versic. Sceuola.* Nam & fideiussor debitor est, quamuis secundus tantùm, & accessorius. Atqui si neque principalis debitor neque fideiussor accederet vnquam ad locū Capuæ, vbi pecuniam dari debere ponimus, fieret vtraque obligatio tam principalis quàm fideiussoria inutilis, nec misero creditori actio vlla aut ratio superesset ad suum consequendum: & quamuis stipulator per arbitrariam conueniri quocunque loco posset, inutilis tamen adhuc & inanis maneret fideiussio, si non æquè liceret creditori fideiussorem arbitraria actione conuenire. Ergo ne absurdum hoc eueniat, dicendum est, perinde arbitrariam contra fideiussorem, atque contra principalem debitorem exerceri posse, sed ita tamen vt ex ipsius fideiussoris non etiam ex rei persona eius quod fideiussoris interesset Capuæ potiùs quàm alibi soluere, ratio habeatur, quamuis rei fortasse nihil intersit. Est enim hoc casu lis æstimanda ex persona fideiussoris, sicut ille ex propria persona & tāquam fideiussor conuenitur, non ex persona rei: neque verò videri potest fideiussor, aut in aliam aut in duriorem causam acceptus, ob id solum quòd æquè contra ipsum arbitraria exerceatur, cùm debitor ipse perinde quoque arbitraria teneatur, eadémque & necessitatis & æquitatis ratio vigeat contra fideiussorem, quæ contra principalem debitorem: cúmque ex Prætoris edicto perpetuo fiat, vt quisquis certo loco dare promisit, vbique conueniri per arbitrariam possit, non habet fideiussor quod conqueratur cùm à stipulatore cōmuni iure conuenitur *l. inter eos 51. §. pen. infr. de fideiuss. l. vlt. C. de in integr. restit. minor.* Prospicere enim debuit, posse id euenire, si non solueretur pecunia Capuæ ante propositam arbitrariam actionem *d. vers. Sceuola l. 2. supr. & arg. l. si quis domum 9. §. 1. versic. idem quærit infr. locat.* Adeò vt nec potuerit fideiussor cauere etiamsi maximè voluisset, ne arbitraria conueniri vnquam posset. Nec enim iuris ratio & authoritas pendet ex arbitrio & voluntate contrahentium *leg. 1. §. 2. ad SC. Turpill. leg. ordine 15. ad municip.* Neque verò Prætor tale pactum tueri posset, quod contra ipsius Prætoris edictum esset interpositum *leg. iuris gentium 7. §. ait Prætor & §. si paciscar supr. de pact. leg. si quis inquilinos 112. §. pen. de legat. 1. leg. vlt. de suis & legit. tutel. leg. ius publicum 38.*

a *Nec oportebit quòd fortè per reum steterit.* RAT. DVB. Mora rei nocere solet fideiussori *leg. mora rei 88. infr. de verb. oblig.* Nec ad hunc casum pertinet iuris regula quæ vult suam cuique moram nocere *leg. in condemnatione 173. §. penult. de regul. iur.* vt & factum cuique suum *leg. factum 155. eod.* cùm enim fideiussoria obligatio sit accessoria ad principalem, sicut ex ea pendet, ita & moram principalis debitoris quæ ipsi nocet fideiussori quoque nocere necesse est, nec in eo tantùm vt re debita post rei moram perempta fideiussor adhuc teneatur *leg. mora 32. §. vltim. infr. de vsur. leg. si à colono 58. §. 1. infr. de fideiuss.* Sed in hoc etiam, quod ad rem nostram huiúsque legis sententiam impugnandam magis pertinet, vt si pro contractu aliquo & actione bonæ fidei, vel ratione legatorum aut fideicommissorum fideiussor interuenerit, damnari debeat in vsuras quoque, licet non nisi officio iudicis ex mora rei debitas, quamuis non nisi actione ex stipulatu conueniri possit, quæ vsurarum accessionem non admittit, nisi quæ & ipsæ in stipulationem deductæ sint *leg. 3. Cod. de vsur. leg. Titius 24. infr. de præscript. verb.* nempe quia rei locum obtinet *leg. 4. §. 1. infr. de fideiuss. leg. si quis solutioni 24. §. 1. de vsur. leg. quæro 50. infr. locat. l. 1. §. bellissimè infr. vt legat. seu fideicommiss. seruand. caus. caueat. leg. si posteaquàm 10. rem pupill. salu. for. leg. initio 5. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Cùm igitur mora rei noceat fideiussori, etiam quod ad vsuras pertinet, quæ non nisi officio iudi-

cis debentur, quidni etiam nocebit, quod pertinet ad vtilitatem loci, ex mora rei æstimandam in actione arbitraria? Quod si ponas etiam vsuras per stipulationem promissas fuisse, quod plerunque accidit, ne tam facilè dubitari possit, quin debeantur, tanto apertius erit vsuras deberi à fideiussore, ob non solutam à reo sua die pecuniam, si modò non in principalem summam duntaxat, sed in omnem contractus causam fideiussor acceptus proponatur, vt solent accipi fideiussores, & in dubio sic eos acceptos esse credendum est *dict. leg. quæro* 50. *infr. Locat. leg. si quis pro eo* 56. *§. si nummos infr. de fideiuss. leg.* 2. *§. penult. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* DEC. In iis quæ pendet ex contractu cui fideiussor accessit, siue obligationis iure debeantur, quomodo debentur vsuræ in stipulatum deductæ, siue officio tantùm iudicis, vt vsuræ in bonæ fidei iudiciis *leg. qui per collusionem* 49. *§.* 1. *de action. empt. dict. l. quæro* 50. *infr. Locat. leg.* 4. *C. deposit.* mora rei vtique nocet fideiussori, & auget ipsius obligationem, vt propria actione qua conuenitur ex stipulatione condemnari possit & debeat, in id omne ad quod principalis debitor siue obligationis iure, siue officio iudicis, condemnari deberet, dummodo in omnem contractus causam se obligauerit, acsi plenissimam indemnitatem creditori promisisset, vt scriptum est in *dict. leg. quæro & in dict. leg.* 2. *§. penult. de administr. rer. ad ciuit. pertin.* At in iis quæ non tam à contractu immediatè pendent, quàm ab arbitrio iudicis, quale est quod in actione arbitraria ratione vtilitatis loci in condemnationem deducitur, non est æquum moram rei nocere fideiussori. Id enim est extra causam contractus, & ex causa extrinseca proficiscitur, id est ex eo solùm quòd alio loco agat stipulator, quàm in quo dari pecuniam ex contractu oportuit. Hoc verò extra causam fideiussionis est, nec enim fideiussor id egit aut cogitauit, vt se obligaret ad id omne, quod arbitrio iudicis in condemnationem deduci posset, sed ad id tantùm quod ex causa contractus deberetur. Imò quod magis mirere, est hoc etiam extra causam principalis obligationis *leg. vltim.* vbi dicemus *infrà*. Longéque alia causa est eorum quæ veniunt in condemnationem officio iudicis, alia verò eorum quæ non nisi arbitrio iudicis. Arbitrium siquidem iudicis multo latiùs patet, quàm officium, præsertim quod inseruit contractui, ob eámque causam vulgò à nostris mercenarium appellatur, arbitrium sine officio esse non potest, at officium sine arbitrio esse potest, nec rursus quicquid officio iudicis committitur, id etiam arbitrio eiusdem permittitur. Finge emptorem cui res vendita iam fuerit tradita, moram fecisse in soluendo precio, indéque vsuras ex mora cœpisse debere: Si venditor actione ex vendito, quæ bonæ fidei est, precium petat. An non ad officium iudicis pertinet, vt emptorem etiam ad vsuras precij condemnet? Non solùm si mora per interpellationem contracta sit, sed etiamsi re ipsa, ob fructus ex re vendita iam perceptos *dict. leg. curabit* 5. *Cod. de action. empt. leg. Iulianus* 13. *§. veniunt autem* 20. *infr. eod. ill. titul. leg. euictis* 18. *§. primo infr. de vsur.* Eritne igitur in arbitrio iudicis, vt emptorem hunc ad vsuras precij non condemnet? Minimè verò. Etsi enim etiam in bonæ fidei iudiciis arbitrium aliquod est iudicis, vnde & qui in iis dantur iudices arbitri plerumque appellantur, *leg.* 1. *infr. de vsur. leg. vltim. rem pupill. salu. for.* non tamen vsque adeò liberum est illud arbitrium, vt possit emptorem in vsuras ex mora debitas non condemnare, cogitur enim & contractui inseruire & formulæ, quæ cùm habeat semper adnexam clausulam *ex fide bona*, vt diximus ad *leg. proxim. supr.* obligat iudicem, vt vel inuitus ex officio suo condemnet reum, in id omne quod ex bona fide est, proinde non magis potest in arbitrio iudicis, qui de empti & venditi actione cognoscit, vt non condemnet emptorem ad vsuras, quàm vt non iudicet ex fide bona. Et ideò benè ac subtiliter Papinianus noster, vt omnia solet, in *dict. leg.* 1. *in princip. de vsur.* ait, Cùm iudicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio iudicis vsurarum modum ex more regionis vbi contractum est constitui, ita tamen vt legem non offendat, non ait, in arbitrio iudicis esse vsurarum condemnationem, id est an in condemnationem deducendæ sint, necne, sed modum solum vsurarum, & ita tamen vt legitimum non excedat. Sicque intelligi debet, quod Iustinianus scribit in *§. in bonæ fidei Instit. de action.* in bonæ fidei iudiciis videri liberam potestatem permitti iudici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui & præstari oporteat. Non enim tam generaliter id accipiendum est, quasi in hoc iudiciorum genere tota condemnatio in liberum iudicis arbitrium conferatur, sed vt quamuis contractui inseruire cogatur, laxiores tamen habeat & liberiores habenas, in augenda vel minuenda condemnatione, dum ne quid contra legem statuat, aut contra communes iuris regulas, quæ volunt, in bonæ fidei iudiciis & vsuras, & fructus, & cæteras accessiones, ex mora deberi, at in actione arbitraria de eo quod certo loco, quæ fortè sola est inter omnes arbitrarias, quæ ex contractu nascitur, nullomodo inseruit iudex contractui *leg.* 2. *§. vltim. supr.* cùm ea actio non modò præter verba contractus detur, sed etiam contra expressam vim & conceptionem verborum: & idcirco necesse est, vt condemnatio tota in arbitrium iudicis conferatur, itémque absolutio. Condemnationem autem & absolutionem cùm dico, substantiam ipsam condemnationis aut absolutionis intelligo, non solas præstationes, quæ tamen solæ in iudiciis bonæ fidei veniunt, nec tam arbitrio tamen, quàm officio iudicis, vt diximus, committuntur: Vnde est, quod in bonæ fidei iudiciis certa summa semper petitur, quamuis ex fide bona possit iudex eam augere, præstationibus ex æquitate adiudicandis, aut etiam minuere admissa compensatione, si quid fortè vicissim actor reo debeat: Quò maximè pertinet libera illa potestas, quam in bonæ fidei iudiciis permissam videri iudicis, ait Iustinianus in *dict. §. in bonæ fidei*, vt ex iis quæ in eo §. sequuntur, apparet. Cæterùm summa aliqua aut res alia certa in petitionem, & in actionem deducitur, quàm vel debitam esse, vel non debitam iudex pronunciare semper debet. Nam siue augeat eam additis præstationibus, siue minuat compensatione admissa, semper pronunciat deberi quod petitur, aut si vel nihil vel minùs, quàm quod petitum est, deberi comperiat necesse habet reum absoluere, tanquam actore per pluris petitionem à causa cadente. At in arbitraria actione nunquam certa summa petitur, quo-

quomodo in actione directa *l. quòd si Ephesi 4. in princip. supr.* sed ea tantùm quam iudex, æstimata vel pro reo, vel pro actore loci vtilitate, arbitrabitur deberi *d. l. 2. §. vlt.* Adeò vt quisquis agit arbitraria, nunquam possit incurrere periculum pluris petitionis, quippe qui nihil certi petat, sed condemnationis quantitatem, & litis æstimationem totam conferat in arbitrium iudicis *l. 3. sup.* tum quoque cùm plus petit quàm posteà deberi appareat *d. l. 2. in prin.* in illis verbis *quòd si rei interest, minoris fit pecunia condemnatio quàm intentatum est sup* Et h.e. quod Africanus in hac lege scribit in actione arbitraria non duas esse obligationes vnam sortis, aliam eius quod interesse potest ratione loci, sed vnam duntaxat pecuniæ creditæ, circa cuius executionem æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur. Ex quibus apparet, quàm magna differentia, & differentiæ ratio sit inter actionem hanc arbitrariam & actiones bonæ fidei, & inter id quod interest ratione vtilitatis loci, cuius necessariò habenda ratio est in actione arbitraria, & vsuras, quæ ex bonæ fidei iudiciis debentur, & præstantur officio iudicis ex die moræ. Denique inter officium & arbitrium iudicis, officium circa præstationes, arbitrium verò circa substantiam ipsam condemnationis, aut absolutionis. Concludamus igitur in bonæ fidei iudiciis moram rei nocere fideiussori, at in actione arbitraria non nocere, atque ita conciliandam esse hanc legem cum *d. l. quæro inf. locat.* quę interpretibus nostris & antiquis & recentioribus miras peperit difficultates & contentiones. Accursius noster etsi non omnia prorsus obseruauit, quæ nos diximus, mihi tamen videtur omnium optimè, ac propius quàm cæteri, accessisse ad id quod res est, cùm dixit officium iudicis quod inhæret bonæ fidei iudicio, prouenire ex natura obligationis, & sic ab ea naturam contrahere: vt sicut obligatio principalis ad fideiussorem extenditur, ita & officium iudicis ratione vsurarum [fideiussor enim contractus in omnem causam acceptus intelligitur, quæ ex eo contractu nasci potest *l. si quis pro eo 56. §. si nummos l. amisi 52. fideiussores infr. de fideiuss.*] Sed officium quod inhæret arbitrariæ, non inhæret gratia actionis, cùm stricti iuris sit, sed ex accidenti propter locum, vnde ad fideiussorem non extenditur. Melius certè quàm magnus Africani interpres Iacobus Cuiacius, qui scripsit, non esse hæc contraria, moram rei nocere fideiussori, & tamen ex mora rei nõ augeri fideiussoris obligationẽ, quia nec obligationis iure, inquit, rei ipsius obligatio augetur, cũ nec vsuras, nec id quod interest ratione vtilitatis loci debeat iure obligationis, sed tãtùm officio iudicis. Ita fit, vt nõ distinguat actionem bonæ fidei ab arbitraria, nec officium iudicis ab arbitrio, quomodo distinguere debuit, sed quasi ludens in verbis sic Africanum intelligat, vt si per reum steterit quominus tota centum Capuæ soluantur, id est, quominus quicquam ex centum sit solutum [nam de eo casu quo pars pecuniæ soluta Capuæ sit, posteà tractat Africanus] mora quidem rei non augeat obligationem fideiussoris, sed augeat tamen condemnationem, vt officio iudicis tanti condemnandus sit in arbitraria actione fideiussor, qui moram nullam contraxit, quanti reus ipse qui moram fecit: quæ interpretatio certè à sensu Africani non minus, quàm à ratione iuris aliena est: cùm enim Africanus ait, non oportere ex mora rei obligationem fideiussoris augeri, proculdubio id significat, eam quantitatem quæ ex rei mora ad condemnationem ipsius accedere per arbitrium iudicis posset, non æquè debere accedere ad condemnationem fideiussoris, cuius alioqui augeretur obligatio, quæ tota ex stipulatione est, si ad id condemnaretur siue officio siue arbitrio iudicis, ad quod reus ipse aut officio aut arbitrio iudicis condemnari deberet, nam reus quidem ipse cùm aut ad id quod actoris interest, aut ad vsuras condemnatur, non tam ex suæ obligationis iure quàm vel officio vel arbitrio iudicis condemnatur, sed cùm ea res ad onus fideiussoris recidit, vt in specie *d. l. quæro 50. inf. locat.* augetur vtique obligatio fideiussoris, qui cùm nihil nisi centum Capuæ dari fideiusserit, condemnatur tamen ex sua stipulatione ac promissione, vt centum & viginti actori præstet, in quo alia rei, alia fideiussoris ratio est. Reus enim cùm ex bonæ fidei iudicio condemnatur ad sortem & ad vsuras, condemnatur partim ex suo contractu, suáque obligatione, quod scilicet ad sortem pertinet, ad vsuras autem non nisi officio iudicis, in arbitraria verò, non tam iure obligationis, quàm arbitrio iudicis, siue ratione sortis, siue ratione quantitatis, quæ accedit sorti ob vtilitatem loci. At fideiussor in vtroque contractus & actionis genere, tenetur & condemnatur obligationis iure, & ex sua stipulatione: nec minus, cùm ad id quod interest, condemnatur ratione vtilitatis loci ex sua persona aut etiam ex persona rei, si in hoc specialiter & nominatim intercesserit, & cùm ad vsuras condemnatur quàm cùm ad sortem, adeóque si & ipse arbitraria conueniatur ex sua persona: non enim conueniri posset, si non fideiussisset. Augetur ergo obligatio fideiussoris, cùm ad id quod creditoris interest, condemnatur propter vtilitatem loci, quod contingere necesse est quoties ex sua ipsius mora condemnatur per arbitrariam, non etiam si ex mora rei conueniatur, nisi in hanc quoque causam fideiusserit, vt diximus. Itemque cùm ad vsuras siue ex sua siue ex rei mora in iudicio bonę fidei. Et tamen secundum Cuiacij sententiam dicendum esset, nullo casu augeri obligationem fideiussoris, ne tum quidẽ cùm ex mora sua conueniretur, quia vel officio vel arbitrio iudicis veniret in condemnationẽ nõ iure obligationis, quicquid sorti accederet. Errat etiam Cuiacius in eo quod ponit in hac lege fideiussorẽ interuenisse ratione actionis arbitrarię post morã à reo iam contractam soluendi Capuæ, vt in *l. vlt. infr.* nec videt in eo differre speciem huius legis à specie *d. l. vlt.* quod hic fideiussor ab initio fuerat acceptus huius stipulationis nomine *Capuæ centum dari.* Alioquin quænam obsecro dubitandi ratio esset ad initiũ huius legis, vbi dicitur perinde arbitraria posse agi contra fideiussorem, atq; contra reũ, si fideiussor ipsius arbitrariæ actionis nomine acceptus fuisset? Pergimus iã ad reliqua. Sequitur apud Africanum,

b *Neque enim hæc causa rectè comparabitur obligationi vsurarum.* Respõdet Africanus tacitæ obiectioni quæ fieri poterat ex eo, quod si principalis debitor se per stipulationem & ad sortem, & ad vsuras obstrinxerit, nec sortem soluerit, augetur ex mora rei, obligatio fideiussoris, vt etiam vsuras quas reus promiserat, soluere fideiussor compellatur. Respõdet autem, hanc causam de qua quærimus vtilitatis loci æstimandæ per arbitrariam contra fideiussorem ex mora rei, non rectè comparari obligationi vsurarum per stipulationem promissarũ. Ibi enim

duæ sunt inquit stipulationes, vna sortis, altera vsurarum, & fideiussor in omnem causam acceptus nõ minùs ad vsuras, quàm ad sortem obligatus intelligitur, quia ex eiusdem negotij & contractus, fonte vtraque obligatio proficiscitur. Hîc autem id est in proposita specie vna tantùm obligatio est pecuniæ creditæ [nam verbis quoque credimus *l. 2. §. vlt. supr. De reb. credit.*] circa cuius executionem tota ratio æstimationis arbitrio iudicis committitur, in quibus tamen verbis miror Accursium nostrum addere interpretationis gratia *supple*, aut *scilicet vbi vsuræ possunt peti per stipulationem*, nec enim tractatur de vsuris in arbitraria, sed tantùm de vtilitate loci æstimanda arbitrio iudicis, non autem debita per stipulationem, neque verò alia horum verborum interpretatio quærenda est quàm quæ à nobis allata suprà fuit. Quid ergo si ex contractu cui fideiussor accessit, debeantur vsuræ non iure obligationis, sed officio tantùm iudicis, vt in actionibus bonæ fidei euenit suprà diximus? ex *l. qui per collusionem 49. §. 1. de act. empt. l. quæro ... inf. locat. l. 4. C. deposit.* Alia hęc & longè fortior obiectio est, quam tamen Africanus quasi non viderit, prætermittit existimans fortasse fideiussorem nullas vsuras debere, quæ non sint deductæ in stipulatum, nec si eas reus debeat ex mora sua officio iudicis, contrà quàm Paulus senserit in *d. l. quæro*, siue Africanum mouerint constitutiones, quarum eo loco Paulus meminit, quibus cauetur eos qui pro aliis pecuniam exoluerint, sortis duntaxat damnum agnoscere oportere, siue illa potiùs ratio quòd fideiussor numquam nisi ex stipulatione & actione stricta teneatur, quæ nec vsurarum nec aliarum accessionum additamenta facilè possit admittere, non nisi officio iudicis debita cui in actione ex stipulatu locus esse nunquã potest. Quòd si quis velit etiam in specie *d. l. quæro* Africanũ cum Paulo consentire, quod probari videtur ex *l. si postea-quã. 10.* quæ eiusdẽ Africani est *inf. Rem pupill. salu. for.* necessariò diluenda obiectio est, eo quo diximus modo, nec alia responsio melior adferri potest. Nã & eam Pauli sententiam cæteris prudentibus video placuisse *l. amissi 52. §. fideiussores l. si quis pro eo 56. §. si nummos l. fideiussores magistratuum 68. §. 1. infr. De fideiuss. l. 2. §. penult. & vlt. infr. De admin rer ad ciuit. pertin. l. 1. §. bellissimè & l penultim. vt legat. seu fideicom. seruand. caus. caueat.*

c *Eiúsque differentiæ manifestissimum argumentum esse puto.* Probat Africanus multum interesse, an id quod interest, vel vsura sit in obligatione, an verò non nisi officio aut arbitrio iudicis debeatur, nam quod in obligatione est, quandiu nec solutum nec petitum est, adhuc debetur, & peti potest, quamuis sors ipsa vel soluta iam vel petita sit, non etiam id quod officio tantùm vel arbitrio iudicis debetur *l. qui per collusionem 49. §. 1. infr. De action. empt. l. 1. C. de iudic. l. 4. C. deposit.* Hoc verò præsupposito, probat Africanus eodem argumento, in actione arbitraria id quod vel actoris vel Rei interest ratione loci non esse in obligatione, sed in officio tantùm & arbitrio iudicis, quia, inquit, si post moram factam à Reo pars pecuniæ soluta sit, quæ tota Capuæ debebatur, creditore scilicet consentiente [nec enim cogi posset inuitus partem pecuniæ accipere *l. tutor 4 §. Lucius infr. De vsur.* cùm solutio per partes magna habeat incommoda *l. 3 sup. famil. ercisc.*] & reliquum posteà petatur officium iudicis tale esse debeat, vt æstimet quanti actoris intersit, eam duntaxat summam quę peteretur Capuæ solutam esse. Si enim id quod actoris interest propter vtilitatem loci ratione summæ iam priùs solutæ esset in obligatione, vtique eius petitio etiam post solutionem sortis superesset, vt euenit in vsuris per stipulationem debitis *d. l. 1. C. de iudic. d. l. 4. C. deposit.* & in pœna quoque per stipulationem debita *l. Lucius 46. infr. De action. empt.* At quia non debetur nisi officio & arbitrio iudicis, consequens est, vt pro rata perceptæ sortis id quoque quod actoris interest remissum esse videatur *l. vlt. in fin. infr hoc tit.* alia ratio est eius quod interest, cùm principaliter debetur ex obligatione faciendi de quo in *l stipulationes non diuiduntur 72. §. Celsus l. cùm stipulatus sim 113. §. vlt. De verb. oblig l. 1. infr. De act. empt.* De cæteris quæ ab Accursio & Bartolo adferuntur interpretationibus ad hanc legem nihil attinet dicere. Vera enim huius legis sententia & ratio vnica illa est, quam nos attulimus. Iunge quę diximus ad *l. 2. §. idem Iulianus supr.*

9. VLPIANVS libro 47. ad Sabinum.

IS qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quàm in quo promisit, soluere inuito stipulatore potest.

Ad l. Is qui certo loco 9.

RAT. DVB. Id quod certo loco debetur, potest vbique peti per arbitrariam actionem inuito promissore *l. 1. 2. & pass. supr.* Ergo & vbique solui potest etiam inuito stipulatore, vt eadem sit ratio promissoris, quæ stipulatoris non autem deterior, cùm & ex iuris regula fauorabiliores sint rei quàm actores *l. fauorabiliores 125. De regul. iur.* & proniores esse debeamus ad liberationem *l. Arrianus 47. De oblig. & act.* quæ non nisi per solutionem potest contingere. Idque sensisse videtur Venuleius in *l. continuus 137. §. cùm ita De verbor oblig.* vbi ait eum qui Ephesi dare promisit, non tantùm Ephesi posse vel per se vel per alium soluere, sed etiam vbique. DEC. Necessitas mera iuris & facti induxit arbitrariam actionem fauore actoris, ne alioqui actionem suam amitteret, si non alio loco posset agere, quàm in quem collata stipulatio esset, promissore fortassis ad eum locum nunquam accedente *d. l. 1. supr.* atque ita in potestate & arbitrio debitoris esset an deberet, necne: non enim debitor esse videtur, nisi à quo inuito exigi potest *l. debitor 108. De verb. signific. l. 2. §. si quis Ephesi versic. Scæuola supr.* At ex parte debitoris nulla subest necessitas, ob quam permittendum ei sit alio loco soluere inuito stipulatore, cùm si non possit ipse ad locum solutioni destinatum accedere, possit tamen ibi per alium soluere *dict. §. cùm ita*, adeóque etiam vbique, priùs scilicet quàm ad locum illum perueniri potuerit: quandoquidem obligationi soluendi certo loco semper tacitè inest tempus intra quod ad eum locum perueniri possit *d. l. 2. §. qui ita stipulatur supr. d. §. cùm ita*, vbi quod dicitur eum qui Ephesi dare promisit posse vbique soluere, ad hunc casum certè restringendum est, vt constat ex *l. qui Romæ 122. in princip. eod. titul. De verbor. obligat.* vbi is qui Romæ pecuniam

mutuam

mutuam acceperat soluendam in longinqua prouincia post menses tres, eam Romæ obtulerat post paucos dies, id est priusquàm in longinquam illam pecuniam peruenire potuisset: ac proinde non minùs congruo loco quàm congruo tempore, vt explicauimus *lib. 1. Coniect. cap. 1.* Quamquam nec illud improbo, quod placet Accursio & Bartolo posse debitorem vbiq; soluere, etiam post elapsum tempus, intra quod ad locum perueniri potuit, si modo nō tantū sortem offerat, sed etiā quicquid stipulatoris interesse potest ratione loci. Ita enim fit, vt non deterior futura sit condicio promissoris quàm stipulatoris, cui nec permittitur alio loco petere, nisi æstimata solutáq; vtilitate loci si quid ex ea causa intersit rei, nisi reus ipse prior in mora fuerit, vt diximus ad *d. l. 1. & ad d. l. 2. §. vlt. supr.* Sed extra hos casus non est permittendum promissori, vt alio loco solutionem offerat stipulatori ne ipsi inuito auferat utilitatem loci *l. fideiussor 16. §. 1. infr. De fideiuss.* Nec est contrarium, quod scriptum est in *d. vers. Scæuola* electionem habere Reum vbi soluat ante petitionē. Nam vt benè Accursius explicat de ea electione intelligi id debet, quam habet reus qui in alterutro duorum locorum promisit soluere, non autem vt in alio & tertio loco soluendi habeat facultatem, nisi quomodo diximus, si cum sorte offerat quicquid propter locum interesse potest stipulatoris. Addunt Accursius & Bartolus aliam exceptionem, nisi locus gratia solius promissoris adiectus sit: quasi supradicta procedant, cùm locus aut solius stipulatoris aut vtriusque gratia adiectus proponitur, nec malè, nam si constet fauore solius promissoris adiectum esse locum, liberum ei esse debet fauori suo renunciare *l. si iudex circumuento 41. sup. De minor. l. pen. C. de pact.* & ita perinde vbique soluere, ac si locus adiectus non esset, nam & in eo qui in diem debet, similis adhibetur distinctio, vt quamuis quod in diē debetur ante diem solui possit, aliud tamen dicendum sit, si dies in fauorem creditoris adiectus sit *l. 3. §. cùm Pollidius infr. De vsur. l. si ita relictum 43. §. Pegasus De legat. 2. l. cum qui 15. alias l. Iauolenus De ann. legat.* In dubio tamen credendum est adiectum esse locum fauore, & gratia vtriusque: vnde est quod in arbitraria ratio habetur vtilitatis vtriusq; id est alterutrius vel actoris vel Rei *d. l. 2. in princ. & §. vlt & l. prox. sup. l. 1. C. eod.* dies autem in dubio quoque fauore solius debitoris *l. stipulatio ista 38. §. inter De verb. oblig l. quod certa 70. De solut.* in eoque locus differt à tempore.

10. PAVLVS libro 4. Quæstionum.

SI post moram factam, quo minùs Capuæ solueretur, cum arbitraria vellet agere, fideiussor acceptus sit eius actionis nomine: videamus, ne ea pecunia, quę ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione, adeo vt, nunc quoque sorte soluta [a], vel si Capuæ petatur, arbitrium iudicis cesset. nisi quis dicat, si iudex centum & viginti condemnare debuerit [b]: centum solutis ex vniuersitate, tam ex sorte quàm ex pœna solutum videri: vt supersit petitio eius, quod excedit sortem: & accedat pœna pro eadem quantitate. quod non puto admittendum: tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videatur.

Ad l. vlt. Si post moram.

Accedit proximè species huius legis ad illam quā ex Africano tractauimus in *l. centum Capua 8 supr.* sed tamen non eadem est, quod videtur sensisse Iacobus Cuiacius, vt diuersa & dubitabilior in eo, quod Paulus hic ponit fideiussorem acceptum fuisse post moram rei principalis, & arbitrariæ actionis nomine, cùm in eo esset stipulator, vt propter moram debitoris arbitraria vellet agere, quod vtrumque in specie *d. l. centum* aliter se habet: itaq; ratio dubitandi maior hîc subeat, propter quam videbatur fideiussorem acceptum actionis arbitrariæ nomine teneri & obligatum esse ad omnem eam pecuniam, quæ ex sententia & condemnatione debitoris potuisset accedere: cùm ex ea causa reus ipse iam esset obligatus, & fideiussor interueniendo arbitrariæ actionis nomine, id omne videretur promisisse, quod per arbitrariam actionem consequi à reo principali stipulator potuisset. Atqui poterat consequi quanti sua interesset ob vtilitatem loci propter moram à reo factam: Ergo & in hanc quoque summam fideiussor se obligasse credendus est. Nec enim causari potest, de eo se non cogitasse, quod per arbitrariam posset accedere, cùm arbitrariæ actionis nomine fideiusserit. Sed tamen hoc etiam casu respondet Paulus illud ipsum quod Africanus in *dict. l. centum*, scilicet eam pecuniam quæ ex sententia iudicis potest accedere contra reum, non deberi à fideiussore, nec esse in ipsius obligatione, id est vt sumus interpretati contra Cuiacium ad *dict. l. centum*, non posse fideiussorem eius pecuniæ nomine condemnari arbitrio iudicis ex mora Rei, quamuis & Reus ipse posset, & fideiussor quoque si ex sua non si ex Rei mora conueniretur. *d. l. centum in princ.* nimirū quoniam ea summa quæ Rei condemnationi potest accedere ne quidem à Reo ipso debetur iure obligationis, nec ipsi obligationi cohæret, nec ab ea pendet vllo modo, adeóque nec tam ex Rei mora proficiscitur, quàm ex eo, quod alio loco stipulator cogitur agere, quàm in quem collata fuerat stipulatio. Hæc enim proxima & immediata causa est condemnationis faciendæ in actione arbitraria, licèt ad officium iudicis maximè spectet, vt inspiciat vter moram contraxerit, an reus, an actor. Quod & Bartolus tam ad hanc legem quàm ad *dict. l. centum*, benè explicauit. Interpretibus difficilem fecit huius legis sententiam, quod Paulus subobscurè, vt solet, sententiam suam proponit iis verbis, *videamus ne ea pecunia* &c. quæ tamen quasi dubitantis sint potiùs quàm respondentis, plerique ex veteribus sic acceperunt, vt ad propositam initio legis quæstionem Paulus nil respondeat, sed aliam & nouam quæ-

stionem proponat, responsurus ad vtramque postea in fine legis, non animaduertentes fuisse hunc morem respondendi familiarem prudentibus nostris, sed præsertim Paulo, vt eo verbo *videamus* modestè magis quàm dubitanter opinionem suam insinuent. Affirmat igitur Paulus huiusmodi locutione, eam pecuniam quæ ex sententia iudicis potest accedere, non deberi à fideiussore, nec esse in eius obligatione, siue obligationem intelligas ius ipsum obligationis, quæ ex contractu nascitur, siue officium iudicis quod obligationi cohæreat, contrà quàm sentiat Cuiacius, qui vult fideiussorem hoc casu teneri, non quidem iure obligationis, sed officio tamē iudicis ad omne id ad quod reus ipse eodē iudicis officio ex mora sua teneretur. Quod tamē nos iā satis superq; refutauimus ad *d.l. centum.*

a *Adeò vt nunc quoque sorte soluta.* In hoc versic. probat Paulus duobus argumētis verum esse, quod dixerat eam pecuniam, quæ ex sententia iudicis potest accedere, non deberi nec esse in obligatione: primum argumentum est, quod si nunc quoque, id est non modò post moram Rei, vt Accursius interpretatur, sed etiam post acceptum fideiussorem arbitrariæ actionis nomine sors debita solueretur, non dico à fideiussore, sed quod magis est, à Reo ipso, qui moram iam contraxerit, arbitrium iudicis cessaret, id est nihil ex sententia iudicis accederet summæ principali, & officium iudicis tale esse deberet, vt reum absolueret, multóq; magis fideiussorem si ipse arbitraria actione conueniretur. Nā creditor accipiendo sortē sine protestatione hoc ipso pœnā remisisse videtur, id est quanti sua interfuit alio loco solui, quàm in quo solutionem fieri oportuit. Quod.n. ex ea causa præstatur, pœna dicitur, quia præstatur in pœnam moræ, & ob id quod alio loco solutionem accipere creditor cogatur, quā vbi ipsi solui debuit, adempta vtilitate loci, quæ ex verbis ipsis stipulationis salua creditori esse debuerat, licèt aliàs separari soleat pœna ab eo quod interest. Atqui si quod ex hac causa creditoris interterat in obligatione fuisset tempore accepti fideiussoris, & ante factam solutionem vtiq; petitio eius superesset etiam facta sortis totius solutione *l.4. C. depos. l. qui per collusionem 49. §.1. De act. empt. l.1. C. t. de iudic.* At quoniam sublata sortis obligatione principali, nullum potest superesse officium & arbitrium iudicis, tanquam quod sit accessoriū ad principalem obligationem, nec sine ea possit subsistere, consequens omnino est, vt neq; accessio vlla deberi possit: alterum argumentum est, quòd si æquè post morā debitoris acceptúmq. fideiussorem stipulator sortē Capuæ peteret, id est, in loco solutioni destinato, perinde officium arbitri cessaret, nec reus vltra sortem præstare quicquā cogeretur *l. quòd si Ephesi 4. sup.* Qui tamen non idcircò liberaretur, quominùs id quod interesset ratione moræ anteà cōtractæ præstare teneretur, si debitum esset sine obligationis iure sine officio iudicis, quia maneret obligatio, cui officium iudicis posset accedere, *d.l. qui per collusionem §.1.* & aliis suprà citatis. Obseruandum autem est his duobus argumētis probari optimè & cōcludentissimè, id quod interesse potest actoris ob moram Rei, qui suo loco non soluit, quiq; ideo per arbitrariā conueniri potuit non solū non deberi à fideiussore nec in obligatione fideiussoris esse, sed neq; à reo ipso deberi, & primum quidem argumentū probat, non deberi à reo iure obligationis, nō tamē probat nō deberi officio iudicis, quia etiamsi deberetur, non eo magis tamen peti posset integra sorte soluta *d.l. qui per collusionem §.1.* Sed posterius argumentū probat nō magis officio iudicis, quàm obligationis, iure deberi à Reo, éstq; potentius quā primū ad Pauli sententiā comprobandā. Quis enim admittat fideiussorē teneri arbitraria actione ex mora Rei ad id ad quod nec reus ipse aut obligationis iure, aut officio iudicis teneatur? Itaq; quod respondit Paulus eā pecuniā quæ ex sententia & cōdemnatione iudicis propter moram Rei potest accedere, non deberi nec esse in obligatione, malo ad Rei quàm ad fideiussoris personā & obligationē referre, vt sit & sententia Pauli pro fideiussore probabilior, & ratio quę ad eā probandā affertur, certior & euidentior. Nec possum intelligere quid Accursius hîc nugetur, vt duo hæc Pauli argumenta subuertat per ratiocinationē à contrario sensu, in qua tamen diluenda valde insudat Bartolus. Sequitur,

b *Nisi si quis dicat, si iudex centum & viginti condemnare debuerit.* Centum scilicet pro sorte & viginti iure eius quod interest, & pœnæ nomine ob non factam suo loco solutionē. Est autē hæc non tā obiectio noua quā responsio, quæ fortè adferri à quibusdā posset cōtra primū argumentū, quod Paulus attulerat, de tota sorte soluta, post cuius solutionē dixerat nullā eius quod propter morā antea interfuerat petitionē superfore. Posset.n. quis id negare, & causari, centū quæ soluta essent non tota sortis integræ nomine soluta videri debere, sed potiùs ex vniuersitate, id est tā ex sorte quā ex pœna pro rata vtriusque. Quo admisso eueniret, vt ex sorte ipsa soluendū aliquid superesset, quod per arbitrariā peti adhuc posset, quatenus sortē excederet id est pecuniā pro sorte solutā: ac proinde nihil prohiberet quominùs ad reliquā illā sortis nondum solutæ partē accedere posset pro rata portione ea quoq; pars pœnę & eius quod interest quę sorti non solutę respōderet. Quibus tamē verbis non tā impugnatur superior Pauli sententia in eo, quod dixerat, id quod interest actoris pecuniā Capuę solutā esse nec deberi, nec esse in obligatione, quā in eo quod confirmationis gratia subiecerat, si centū quæ Capuæ debebantur soluta essent Ephesi nullā eius quod propter morā Rei interfuisset actoris, petitionē superfore. Si quis.n. cōtra Paulum pro his sentiret, centum soluta videri debere ex vniuersitate, nec minùs pro pœna quàm pro sorte: is tamen fateretur quatenus pro sorte solutū esset, eatenus peremptā esse eius quod interesset petitionē, nec nisi ad ratā sortis nondū solutæ vllā superfuturā, quod satis est, vt appareat. Id ergo quod per arbitrariā deduci potest, in cōdemnationē nondū tamen deberi, nec in obligatione esse ne quidē respectu Rei, multo igitur minùs intuitu fideiussoris nec si in omnē causam contractus fideiusserit, nisi in hoc quoq; nominatim & Reus condēnatus sit, vt cū Ioanne tandē cōcludit Accursius. neq; verò Africanus alio argumento vsus est in *d.l. centum*, vt hoc ipsū probaret, quod Paulus in hac lege: Ait.n. parte sortis soluta officium iudicis tale esse debere, vt æstimet duntaxat quanti actoris interest reliquā partē quę peteretur, Capuæ solutā esse. Sed apud Paulū hoc amplius est, quod ponit totā sortē solutā fuisse, quāuis non minùs possit quis dicere in specie Africani pecuniā quę pro parte sortis soluta est, ex tota quoq; vniuersitate id est non minùs pro pœna quàm pro sorte solutam videri debere. Sed concludit Paulus, quod & Africanus pro explorato habet, non esse admittendum si quis hoc tentare velit, siue tota sors id est ea quantitas quæ totam sortem posset efficere, siue pars duntaxat

eius

eius pecuniæ soluta proponatur. Quod enim solutum est imputandum semper est in eam causam, ex qua iam debetur, non in eam ex qua nihildum debetur *l. 1. 2. 3. 4. & 5. l. cùm ex pluribus 97. infr. de solut.* Atqui in proposita specie sola sors debebatur & peti poterat. Id verò quod propter rei moram interterat actoris, nec debebatur, nec proinde peti poterat, quamuis in condemnationem deduci posset arbitrio iudicis, si ante sententiam soluta sors non fuisset. Nihil ergo ex pœna solutū videri potest, sed tantùm ex sorte, tanto magis, inquit Paulus, quod creditor accipiendo sortem remisisse pœnam videatur, etiam quæ officio iudicis debita fuisset, quomodo & is remittit vsuras officio iudicis ex mora debitas qui precij solutionē accipit siue protestatus sit, siue nō. Protestatio enim facere quidem potest ne pœnam remittere voluisse videatur, sed non vt sublata principali obligatione possit petere, id quod nunquam fuit in obligatione, sed tantùm officio iudicis debitum, vt non insubtiliter Bart. hîc argumentatur, licèt nescio quid subiiciat de contractu innominato, & de danda condictione aduersus eum qui solutione precij liberatus est, quod ego facilè probare non possum, *d. l. qui per collusionem 49. § 1. de action. empt. d. l. 4. C. depos. dict. l. 1. C. de iudic.* Neque obstant leges & constitutiones, quibus placuit solutionem simpliciter factam ab eo, qui & sortem & vsuras debeat, cedere priùs in vsuras *l. si deiussores magistratuum 68. §. 1. infr. de fideiuss. l. 1. Cod. de solut.* aut tam in sortem quàm in vsuras pro rata, vt in *l. ex pluribus 89. §. vlt. infr. eod. ill. tit.* Non enim pertinent ad vsuras omnino indebitas, id est, quæ nec ex stipulatione nec ex pacto debentur, licèt officio iudicis debitę fuerint *dict. l. 5. §. 1. vers. quod generaliter eod. tit.* Illud sanè constat, fideiussorem, etiamsi in omnem causam contractus spoponderint, non teneri tamen in pœnam vel mulctam quam non spopondissent *d. l. fideiussores 68. in princip. l. vlt. eod. tit. l. libertus 17. §. vlt. infr. ad municip.* sicuti nec propter iniuriam iudicis *l. si fine 22. §. cùm autem infr. rat. rem haber.* Sed ea res ad vsuras non pertinet, quia licèt non propter lucrum petentium, sed propter moram nō soluentiū infliguntur *l. cùm quidam 17. § si pupillo infr. de vsur.* debentur tamen aut ex stipulatione aut officio iudicis propter contractum cui fideiussor accessit. & ideò etiam à fideiussore debentur *l. 2. §. pen. & vlt. infr. de admin. rer. ad ciuit. pertin. d. l. quæro 50. infr. locat.* & à pœna separantur in *l. Lucius 47. infr. de action. empt.* Iustius pœna dicitur in hac lege id quod interest actoris ob moram rei ratione vtilitatis loci Præstatur enim in pœnam non factæ suo loco solutionis, sed tamen quod dicimus fideiussorem ad hanc pœnam non teneri, non ex eo fit, quod ille pœnis rei non sit obnoxius, sed ex eo potiùs quod, vt diximus, pœnam hāc ante condemnationem nec reus quidem ipse debet. Cætera, quæ de pœnis arbitrariis, iudicialibus, legalibus & conuentionalibus tractat hîc Accursius, ad huius legis explicationem nil pertinent, & à nobis alio commodiore loco tractabuntur.

DE PECVNIA CONSTITVTA.

TIT. V.

VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

HOc edicto prætor fauet naturali æquitati: qui constituta ex consensu facta custodit: quoniam graue est fidem fallere.

Ad l. 1. Hoc edicto.

RAT. DVB. Etsi nihil tam conueniens est naturali æquitati, quàm pacta seruari, quoniam graue est fidem fallere, vt præfatur hic Vlpianus & in *l. 1. supr. de pact.* ideóque prætor edicto illo *de pact.* publicè edicit se pacta seruaturum, quæ nec contra leges nec contra bonos mores nec aduersus edicta principum facta erunt *l. iuris gentium 7. §. ait prætor eod. tit. de pact.* non tamen ea sic seruat, vt det ex illis actionem aliquam, sed tantùm exceptionem, quoties nuda sunt, id est, neque stipulatione, neque traditione, neque cohærentia vllius contractus vestita *d. l. iuris gentium 7. § sed cùm nulla, vers. igitur nuda.* Est enim regula iuris prætorij non minùs quàm ciuilis. Ex pacto nudo actionem dari non posse *d. l. iuris gentium §. quinimò l. si dominus 8. infr. de præscr. verb. l. legem 10. l. cùm proponas 21. C. de pact. l. 3. l. vlt. C. de rer. permut.* Replerentur enim omnia litibus, si prætor ex nudo pacto daret actionem, vt diximus ad *d. l. 1. & d. §. ait prætor l. 7. de pact.* In eámque rem prudenter à prudentibus comparatus fuit vsus stipulationis, vt quisquis seriò vellet alium obligare, & ex pactione sua sibi actionem quærere, stipulationem adhiberet, nec nudo pacto contentus esset *dict. leg. iuris gentium 7. §. quod ferè.* Vnde stipulatio dicta est quasi à *stipulo*, quod

veteres pro firmo dicebant, cùm inuentæ sint stipulationes ad cęteras firmandas conuentiones, quę alioqui infirmæ & imbecilles forent ad producendam actionem, vt Iustinianus noster tractat initio *tit. de verb. oblig. iunct. l. stipulationes 5. vers. conuentionales, & l. stipulatio ista 38. §. alteri infr. eod. ill. tit.* Atqui constitutum, de quo agitur in hoc *tit.* nihil nisi nudum pactum est, neque traditione vlla, neque cohærentia contractus, neque stipulatione corroboratum, alioqui si stipulatio interueniret, non de constituta pecunia daretur actio prætoria, sed ciuilis ex stipulatione §. *de constituta Instit. de action.* Ergo ex pacto constitutæ pecuniæ cùm sit, nudum non magis quã ex alio quolibet pacto nudo actionem dare prætor potuit, aut debuit.

Dec. Est quidem illa vna ex regulis iuris prætorij, actionem ex pacto nudo dari non debere, sed tamen pacta quædam excipi ab ea regula prætor voluit, tanquam fauorabiliora cæteris, & propter publicam vtilitatem: quòd publicè videretur interesse ex iis prætoriam actionem dari, non minus quàm ex stipulatione ciuilem. Eiusmodi est pactum nudum hypothecæ, id est, quo conuenerit, vt res aliqua pro debito sit obligata. In eo namque differt pignus ab hypotheca, quod pignus traditione perficitur, ideoque transfert possessionem in creditorem, hypotheca verò consensu nudo contrahitur, nec creditorem facit possessorem *l. si rem alienam 9. §. propriè l. cùm & sortis 3. §. 1. infr. de pignor. act. l. 4. de pignor.* vbi quod dicitur hypothecam contrahi per pactum conuentum, nihil aliud est quàm contrahi per pactum nudum: pacta enim nuda pacta conuenta appellantur in *l. pacta conuenta 72. infr. de contr. empt.* & alibi passim, quòd stent in puris finibus conuentionis, nec transeant in stipulationẽ, aliúmve contractum, visum autem est prætori hoc pactum fauorabile, non ob id solùm quòd obligatio naturalis quæ ex eo nascitur, sit semper accessoria ad aliam principalem obligationem quæ vel præcesserit, vel subsequatur *l. res hypotheca 5. infr. de pignor.* Sed etiam, quia cùm plus cautionis sit in re, quàm in persona, vt habet iuris regula, interest contrahentium, vt per pactum nudum bona debitorum obligari possint, non solùm ne tam facilè possessionem eorum amittant, quam per pignoris dationem amitterent, sed etiam quia nec semper præsentia sunt bona, de quibus obligandis agitur, vt etiam pignori dari possint, eorumque possessio in creditorem transferri. Proinde adiuuanda fuit bonorum obligandorum necessitas & facilitas, vt qui satisdare ac fideiussorem dare non possent, quod plerunque difficile est *l. 2. §. penult. supr. de iudic.* hoc saltem modo creditorem facilius inuenirent, idoneè namque cauetur non tantùm fideiussoribus, sed etiam pignoribus datis *l. si mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. § addici de fideic. libert.* Inter pignus autem & hypothecam quod ad vim, & vinculum obligationis, & actionem formulamque hypothecariam attinet, nihil nisi nominis sonus differt *d. l. 5. §. 1. infr. de pignor.* Iisdem ferè rationibus pactum quoque constitutæ pecuniæ fauorabilius cæteris, & potentius esse debere visum est: accessorium enim semper est ad aliam præcedentem obligationem siue naturalem tantùm, siue etiam ciuilem, aut honorariam: non enim constituitur, nisi quod iam quoquomodo debitum est, vel ab ipso constituente, vel ab alio *§. debitum & seqq. infr.* vt proinde semper adhibeatur constitutum ad aliam obligationem confirmandam & exequendam, & consequenter seriò, non minus quàm si stipulatio interueniret, quamuis constitutum nunquam per stipulationem fiat, vt diximus, sed semper per pactum nudum, si tamen nudum omnino dici potest, quod alterius si non contractus saltem obligationis cohærentia munitum est. Itaque longè maior & insignior perfidia eius est, qui pecuniam quoquomodo iam debitam, & à se constitutam recusat soluere, quàm eius qui quod alio quolibet nudo pacto promiserit, præstare nolit. Quò pertinere videtur ratio illa quam ad hoc edictum adfert Vlpianus *quoniam graue est fidem fallere.* Si quis enim idipsum constituat, quod ipse iam debeat, licèt non nisi naturaliter & ex pacto nudo, bis fidem fallit, qui nec agnitam à se bona fide præcedentem obligationem posteà velit exsoluere. Si verò id soluturum se constituerit quod alius debebat, non minus insignis perfidia est illius qui deneget eam pecuniam soluere cuius ille se veluti fideiussorem aut saltem intercessorem vltrò exhibuerit. Accedit enim proximè constitutor ad fideiussorem, quamuis in plerisque differant, in eo præsertim quòd fideiussor neque sine stipulatione obligatur *dict. l. 5. §. satis acceptio de verb. oblig. l. blanditus 12. C. de fideiuss.* neque pro seipso *l. heres à debitore 21. infr. eod. ill. tit.* neque absens, neque ita vt aliud pro alio promittat *l. gracè 8. §. illud & seq. eod. tit.* Quæ omnia in constitutore sunt diuersa, vt ex iis quæ ad hunc *tit.* scribemus, intelligetur. Denique non quæ ratio fecit, ne ex pacto actionem dare prætor velit, ne scilicet alioqui eueniat, vt repleantur omnia litibus, eadem mouere prætorem debuit ne ex constituto actionem pólliceretur, nec enim tam facilè ac passim occurrit, vt quis constituat se soluturum, quod à se aut ab alio iam debetur: cùm etiam ita posito iure, vt ex nudo pacto de pecunia constituta detur actio, nulla tamen litigandi materia emergat, nisi probetur iam anteà fuisse debitum, quod fuit constitutum. Itaque ratio dandę huius actionis non ex eo proficiscitur, quod constitutum nudo pacto factum sit, sed quòd pro pecunia iam debita. Pecuniæ autem nomine hîc intelligimus non modò pecuniam numeratam, quæ magis propriè ac specialiter pecuniæ appellatione significatur, sed generaliter rem quamlibet, quæ in commercium, & in conuentionem cadat, vt in lege duodecim tabularum *l. verbis legis 120. iunct. l. pecunia 178. de verb. signific.* vt Bartolus quoque tractat ad *§. an potest infr.* Iunge *l. 1. §. meritò vers. hæc autem separatio in fin. infr. depos.* Actioni constitutæ pecuniæ proxima & similis fuit olim actio receptitia, ex eiusdem prætoris iurisdictione inducta, & à Iustiniano tandem in actionem constitutæ pecuniæ transfusa in *l. vltim. Cod. hoc tit.* vbi omnia quæ ad illius actionis naturam pertinebant, plenissimè explicantur. Adde *§. in personam Instit. de action.*

1 ¶ Ait prætor, *Qui pecuniam debitam constituit. Qui* sic accipiendum est, *quæ* venam & mulieres de constituta tenentur, si non intercesserint.

Ad §.1. Ait Prætor.

RAT. DVB. Constitutor proximè accedit ad fideiussorem, vt modò scripsimus. Atqui mulieres pro aliis fideiubere prohibentur Senatusconsulto Velleiano *l.1.& pass. infr. ill. tit. ad SC. Vellean.* Benè igitur & cautè prætor in verbis huius edicti concipiendis de solis masculis locutus est ad exclusionem, vt credibile est, fœminarum, ne contra Senatusconsultum faceret, si eas de pecunia constituta obligari pateretur.

DEC. Senatusconsulto Velleiano non omnes fideiussiones mulierum prohibitæ sunt, sed tantùm intercessiones. Quid enim si in rem suam fideiusserint? Quid si animo decipiendi? His nimirum & aliis nonnullis casibus cessat Velleianum *dict. l.1.& 2.l.3.& 4.& pass. eod. ill. tit.* vbi dicemus. Ergo neque prohibẽda fuit mulier constituere dum ne pro alio intercedat: puta si quod ea ipsa debet, soluturam se constituat aut pro alio quidem, sed qui si ipse soluisset, regressum contra eam habiturus esset: quo casu nec dubitari posset, quin planè in rem suam constituisset *d.l.3.* Nec nouum est, vt verba legis, aut edicti solum masculinum sexum designent, & nihilominus ad fœmininũ quoque extendantur *l.1. infr. de verb. signific.* Quod nostri vulgò sic exprimere solent, vt dicant masculinum concipere fœmininum, non contrà: exemplo enim pessimum esset fœminino vocabulo etiam masculos contineri *l. si ita sit scriptum 45. in prin. de legat. 2. l. qui duos 62. l. Lucius 95. §. quæsitum de legat. 3.*

2 ¶ De pupillo & si nihil sit expressum edicto: attamen sine tutoris auctoritate constituendo non obligatur.

Ad §.2. De pupillo.

RAT. DVB. Etiam pupillus sine tutoris authoritate promittendo stipulanti obligatur naturaliter *l.1. in fin. infr. de nouat.* Naturalis enim obligatio ex solo æquitatis vinculo æstimatur *l. Stichum aut Pamphilum 95. § naturalis infr. de solut.* quæ scilicet vult generaliter pacta seruari, vt in huius legis initio scriptum est, & in *l.1. supr. de pact.* Atqui in hoc edicto prætor nihil nisi naturalem æquitatem intuetur, vt Vlpianus in huius edicti commendationem præfatus est. Quidni ergo pupillus etiam sine tutoris authoritate constituendo obligabitur, vt actione de constituta pecunia teneatur?

DEC. Regula iuris est, non posse pupillum obligari sine tutoris authoritate, vt ex ea obligatione conueniri possit *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* cùm illa ætas non intelligat quid agat *l. more 8. l. pupillus 9. infr. de acquir. hered.* & ea quoque ignoret quæ videt *l.1. Cod. de fals. monet.* ideóque necessariò regenda est consilio & iudicio tutoris qui ob eam caussam domini loco habetur *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. Pro empt.* Atqui pacta quę contra leges & iuris ciuilis regulas facta sunt, prætor non tuetur *l. iuris gentium 7. §. ait prætor supr. de pact. l. pacta, quæ contra 6. Cod. eod.* Ergo neque constituta à pupillo sine tutoris authoritate facta, tanquam quæ sint contra iuris ciuilis regulas *l. contra 28. sup. de pact.* Non nego pupillum obligari naturaliter *dict. l.1. infr. de nouat.* Sed nego obligari eum iure naturali, nec si, quod magis est, pecuniam mutuam sine tutore acceperit *l. antepen. infr. de oblig. & action.* nego naturalis obligationis quæ ex pupilli promissione oritur, vllos esse effectus iure ciuili, siue ad inducendam exceptionem, siue ad deductionem, aut retentionem, aut compensationem, quamuis secus sit, si ob acceptam pecuniam mutuam se obligauerit naturaliter, neque enim iure ciuili prohibitum est pupillo mutuam pecuniam sine tutoris authoritate accipere. Quippe qui mutuam pecuniam accipiendo possit fieri locupletior, non etiam per stipulationem promittendo. Denique si pupillus contrahendo absque tutoris authoritate nõ obligatur ne quidem iure naturali, multo minus honorario iure obligabitur, nisi ponas factũ eum locupletiorem: quo casu obligatur etiam ciuiliter post rescriptum Diui Pij *l.3. in princip. infr. commod.* Accursius noster, vt solet, ad conciliandos tam multos iuris locos, qui hac de re in speciem pugnare videntur, distinguit pupillum proximum infantiæ, ab eo qui sit proximus pubertati, vt hic tantùm non etiam ille naturaliter obligetur. Sed nos longè aliter, cùm totam quæstionem hanc de naturali obligatione pupilli tractauimus & in libris coniecturarum & ad *d. l. contra 28. supr. de pact. ad l. vlt. de iureiur. & ad l. naturaliter 13. §. vlt. l. quod pupillus 41. sup. de cond. indeb.* vbi vide.

3 ¶ Sed si filiusfamilias constituerit: an teneatur, quæritur. sed puto verum, & ipsum constituentem teneri, & patrem de peculio.

Ad § 3. Sed si filiusfamilias.

RAT. DVB. Filiusfamilias Senatusconsulto Macedoniano pecuniam mutuam accipere prohibetur, & si acceperit, non obligatur efficaciter, cùm habeat exceptionem Macedoniani *l.1.& tot. tit. infr. de SC. Macedon.* Atquin is qui constituit se soluturum, quod vel à se vel ab alio debetur, parum distat ab eo qui mutuam pecuniam accipit, nam verbis quoque credimus *l.2. §. vlt. sup. de reb. credit.* nisi quod durius videtur, obligari filiumfamilias constituendo, quàm mutuam pecuniam accipiendo, cùm ex pecunia, quam mutuam acceperit, locupletior fieri possit, non etiam ex sua promissione. Ergo dicendum est filiumfamilias, qui constituerit, non obligari propter prohibitionem Senatusconsulti.

DEC. Ex omnibus causis obligatur filiusfamilias & conueniri potest, præterquàm ex mutuo *l. filiusfamilias 39. infr. de oblig. & action.* nec ad alium vllum contractum prohibitio Macedoniani pertinet, quã ad mutui dationem: nec rursus ad aliam mutui dationem, quàm quæ fiat per numerationem pecuniæ: sola enim pecuniæ datio parentibus perniciosa & periculosa esse visa est, & ideò etsi in creditum abiit filiusfamilias vel ex causa emptionis, vel ex alio contractu, in quo pecunia numerata non sit, constat cessare Senatusconsultum nisi fraus ei facta

proponatur *l.1. §. is autem solus & §. vlt. de SC. Maced.* quia quod vulgo dicitur filiofamilias credi non licere,non ad verba referendum est,sed ad numerationem,vt subiicitur in *l.4.eod.* Atqui constitutum fit nudo consensu quibuscunque verbis, aut literis expresso, nec vllam requirit numerationem. Ergo non prohibetur filiusfamilias authoritate senatusconsulti,quominus obligetur ex constituto,& quidem in solidum. Porrò quo casu ipse obligatur in solidum, patrem quoque suum obligat de peculio *l.si quis cum filiofamilias 44.infr. de pecul.* Verissimum igitur est,quod Vlpianus hîc ait,se putare verum, si filiusfamilias constituerit, & ipsum constituentem teneri,& patrem de peculio.

4 ¶Eum,qui inutiliter stipulatus est,cùm stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est,de constituta experiri non posse : quoniam non animo constituentis,sed promittentis factum sit.

Ad §.4 Eum qui.

RAT.DVB. Inutilis acceptilatio habet vim taciti pacti de non petendo *l.si vnus 27.§.pen.supr. de pact.l. inutilis 8.l.si accepto latum 19.infr.de acceptilat.* Atqui acceptilatio non fit,nisi per stipulationem *l.1. l.sanè 7. & pass.eod.tit.* Ergo stipulatio quantumlibet inutilis habet vim pacti. Cur non igitur & constituti? quod nudo consensu fit , sicut & aliud pactum nudum quodlibet,vt diximus ad initium huius legis. Nam & vulgare nostrorum brocardicum est , si non valet quod ago,vt ago,valere tamen debere,vt valere potest *d.l.si vnus §.pen. d.l.an inutilis & d. l. si acceptolatum l. Lucius Titius cùm haberet 27. infr. deposit. l. & post rem 7.§ vlt.supr.de transact.*

DEC. Constitutum non fit sine animo constituendi, sicut nec stipulatio sine animo stipulandi, nec pactum nudum sine animo paciscendum. Differt autem animus constituendi ab animo stipulandi , non minus quàm animus stipulandi ab animo paciscendi *l.iuris gentium 7.§.quod ferè sup. de pact.* Et in omnibus rebus non tam quid fiat , quàm qua mente inspiciendum est *vulg. l. non omnis 19. & praced.supr.de rebus credit.* Ergo stipulatio inutilis facta animo stipulandi puta inter absentes , vt Accursius explicat,non potest valere iure constituti. Nec simile est quod de inutili acceptilatione diximus. Acceptilatio enim fit ad liberationem inducendam, constitutum verò ad obligationem , proniores autem esse debemus ad liberandum *vulg l. Arianus 41.infrà de oblig & action. iunct.l.1.§.si quis ita de verbor. obligat. d.l. & post rem 7.§.vlt.supr.de transact.* Itaque non habet hîc locum vulgare illud brocardicum quod diximus,vt nec aliis plerisque casibus *l.1.infr. de iur.codicill.* Et vt benè Accursius notat,facilius paratur exceptio quàm actio,*l.1.infr.de pignor.l.1. §. is autem infr. de superfic.l.inuitus 156.§.1. de regul. iur.* An verò animus stipulandi fuerit an constituendi,etsi solent esse difficilis probationis, quæ in animo consistunt *l. non omnes 5.§.à barbaris infr.de re milit.* facilè tamen dignosci potest non tantùm ex tractatu præcedente, & ex verbis quæ præcesserunt , vt tractat Accursius ex *l.heredes palam 21.§.sed etsi notam infr. Qui testam. facer.poss.l.si seruus plurium 50.§.vlt.de legat.1.* sed maximè ex verborum qualitate , verba enim stipulationis sunt solemnia non etiam verba constituti,nisi quod vix fit constitutum sine verbo constituendi , vt ex omnibus ferè huius Tituli legibus apparet si excipias casum *l.5.§.Iulianus infr.*

5 ¶An potest aliud constitui,quàm quod debetur , quæsitum est? sed cùm iam placet,rem pro re solui posse:nihil prohibet, & aliud pro debito constitui. denique si quis centum debens,frumentum eiusdem pretij constituat:puto valere constitutum.

Ad §.5.An potest.

RAT.DVB. Constitutum habet quodammodo vim solutionis *l.idem est 10.infr.* Atqui aliud pro alio solui non potest *l.2.§. mutui datio supr. de rebus credit.* Ergo nec constitui aliud pro alio.

DEC. Etiam solui aliud pro alio potest dummodo volenti creditori, quàmuis inuito non possit *d. §.mutui datio l.eum qui 16. & seq.Cod. de solut.* Placuit enim tandem prudentibus ob vtilitatem commerciorum,vt alia res pro alia non dico oblata , sed soluta pariat liberationem *l.si non sortem 26. §. si centum supr.d: condict indeb.l.si ei nuptura 25.infr.de iur. dot.l.sed addes 19.§.si dominus infr.locat.* Quidni ergo & constitui aliud pro alio poterit volenti scilicet creditori, cùm non fiat constitutum nisi ex consensu, vt scriptum est initio huius legis. Quare valde probo, quod aduersus Accursium & Ioannem Bartolus disputat,etiam factum pro facto,& factum pro dato constitui posse volenti creditori *l.in stipulationibus 54.§.operarum infrà de verborum obligationibus*, licèt inuito creditore , nec factum pro facto nec factum pro dato solui possit *l.qui res 98. §.mihi decem infr. de solut.* Satisfactum enim accipimus quomodo voluit creditor licèt non sit solutum *l.si rem 9.§.omnis pecunia inf.de pignor. act.* & cùm satisfactio omnis pro solutione sit *l.satisfactio 52. de solut.* semper prodest debitori satisfecisse , licèt nihil ei prosit velle satisfacere *l.item liberatur 6.§.1.infr.quib.mod.pign.vel hypoth. solut.* Ergo non est necesse,vt debitum sit , id quod constituitur , si modò propter debitum fiat constitutum,vt Accursius benè notat ex hoc §.& ex *l. qui autem 14.§.1.infr.* Proinde si quis centum debens, frumentum eiusdem precij constituat,valet constitutum , quamuis eiusmodi fideiussio non valeret *l.si ita fideinssorem 42.infr.de fideiuss.* Constitutum enim pro solutione est *l.idem est 10.inf.* non etiam datio fideiussoris.

6 ¶Debitum autem ex quacumque causa potest constitui : id est , ex quocumque

cumque contractu: siue certi, siue incerti: & si ex causa emptionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelæ, vel ex quocumque alio contractu.

Ad §.6. Debitum autem.

RAT. DVB. Quod debetur ex quocunque contractu siue certi, siue incerti, puta quo factum contineatur, vt in *l. vbi autem 75. §. qui id quod infr. de verb. oblig.* peti potest per ciuilem, vt plurimùm, actionem, quod autem ex constituto debetur non nisi per honorariam *§. de constituta Instit. de action.* Frustra autem est, si quis actioni ciuili velit adiicere honorariam *l. 1. supr. de Public. in rem act.* Sunt enim ciuiles tantò digniores honorariis, quantò dignius est ius ciuile iure honorario, neque tamen prætor quicquam facit frustra *l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. raptor.* Non est igitur permittendum, vt quod ex contractu debetur ciuiliter, adeóque ex quasi contractu, puta ex causa tutelæ *l. 5. §. tutela infr. de oblig. & action.* possit constitui, vt debeatur iure prætorio.

DEC. Constitui potest non tantùm quod ab ipso constituente debetur, sed etiam quod ab alio *l. eum qui 5 §. quod exigimus infr.* Quod cùm accidit, cuidens constituti vtilitas est, per quod fit, vt veteri debitori nouus debitor adiiciatur: nemo enim nescit creditoris interesse plures acquirere sibi debitores, cùm verò quis constituit illud ipsum, quod iam debet, quamuis nouus debitor nullus acquiratur creditori, acquiritur tamen ei noua actio, quæ potest habere vtilitatem, non solùm si naturaliter tantùm fuit debitum, quod constitutum est, nec peti potuit, sed etiamsi ciuiliter ex contractu, vel quasi contractu, fortè, si facilior sit probatio constituti, quàm prioris contractus, qui tamen & ipse probatur satis per constitutum quippe quod fieri non potest sine confessione debiti præcedentis, quæ confessio implet probationem, vt in *l. Publia 26. §. vlt. infr. deposit.* Quamquam vix est meo iudicio, vt quis cõstituat se debere quod ille ipse iam debeat ciuiliter, nisi constituat purè quod in diem tantùm debebat vel sub condicione, aut constituat in diem citeriorem quod debebat in vlteriorem. Valent enim huiusmodi constituta, & propter has potissimũ pecunias, quæ nondum possunt peti sunt inducta, vt scriptum est in *l. 3. § vltim. & l. seq. infr.* Cæterùm quod hîc dicitur posse constitui pecuniam, quæ debeatur etiam ex contractu incerti, sic intelligendum videtur, vt si ab alio debeatur, certum id fieri necesse sit viuo debitore priusquàm ex constituto peti possit, *arg. l. qui Romæ 122. §. Agerius de verb. obligat.* Habet enim condicionem tacitam, si appareat & probetur debitum esse.

7 ¶Debitum autem vel natura sufficit.

Ad §.7. Debitum autem vel natura sufficit.

RAT. DVB. Illud demum debitum potest constitui, quod exigi potest, adeò vt si quid sit quod debeatur etiam ciuiliter, nec tamen exigi possit propter aliquam exceptionem debitori competentem, id constitui vtiliter non possit *l. quòd si maritus 3. §. 1. infr.* vbi ratio redditur *quia iuribus debita non est pecunia quæ constituta est.* Vt intelligamus ad hoc vt constitutum valeat non sufficere, vt aliquo iure debeatur pecunia quæ constituitur, sed requiri, vt iuribus omnibus debita sit, id est, & naturali iure & honorario & ciuili. Multo igitur minùs sufficere debet, vt natura debitum sit quod constituitur: est enim ciuile debitum longè potentius, quàm naturale, cùm id quod debetur ciuiliter tantùm, possit peti per actionem, non etiam id quod debetur tantùm naturaliter, debitum autem magis propriè illud sit, quod peti potest *l. naturales 10. infr. de oblig. & action. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss.* Debitum autem naturaliter tantùm, vsque adeò non debetur, vt etiam indebitum dicatur in *l. 5. §. Imperator de solut.* aut saltem dicitur debitum impropriè ac per abusionem, vt scribit Iulianus in *dict. §. naturales l. 16. de fideiuss.* Nam nec alius verè debitor dicitur quàm à quo inuito exigi pecunia potest *l. debitor 108. de verb. signif.*

DEC. Is natura debet, quem iure gentium dare oportet cuius fidem secuti sumus *l. cum amplius 185. §. is natura debet de regul. iur.* ac proinde à quo inuito exigi posset pecunia, si quæ naturali aut gentium iure proditæ essent actiones, nec enim vlla exceptione summoueri posset. Sed cùm sint actiones omnes comparatæ iure ciuili, & quidem aduersus perfidos tantùm homines vtriusque iuris & naturalis & gentium violatores, vt Theophilus scribit initio *tit. de action.* non debet esse melior eius condicio, qui naturaliter tantùm debet ob id, quòd sit perfidus, nec deterior creditoris ob id quod fidem debitoris secutus sit, séque & naturali & gentium iure satis tutùm putauerit: proinde si debitor bonam fidem agnoscat, & constituat se soluturum, quod naturaliter tantùm debuit, quidni ex constituto rectè obligabitur; cùm ob has potissimum pecunias quæ debentur, nec tamen peti possunt, constituta inducta sint, vt incipiant posse peti, quemadmodum diximus ad *§. preced. ex l. 3. §. vlt. & l. 4. infr.* Cúmque constituta inducta sint ex bona fide & æquitate, vt initio huius legis scriptum est, mirari nemo debet, faciliùs admitti constitutum pecuniæ naturaliter tantùm debitæ, quàm eius quæ ciuiliter tantùm debeatur nam quod ciuiliter tantùm debetur, quamuis peti possit, exigi tamen ideo non potest, quia petitio per aliquam exceptionem summoueri potest. Exceptiones autem omnes cùm sint ex iure prætorio, naturali æquitate nituntur, atque ita petitionem iniquam esse demonstrant. Ac proinde secum pugnaret prætor, qui præcipuus æquitatis custos & magister est, si quod non nisi iniquè debetur, constitui vtiliter pateretur. Essétque hoc contra mentem & propositum edicti, cui è contrario conuenit, vt eius pecuniæ, quæ naturaliter tantùm debita est, constitutum prætor tueatur: denique nullus iuris naturalis aut gentium rigor est, cui æquitas vlla opponatur, quod in iure ciuili diuersum est, in quo passim æquitas iuri opponitur *l. 1. Cod. de legibus l. placuit 8. Cod. de iudic. l. prospexit 9. infrà qui & à quibus manum. l. 2. §. item Varus in fin. de aqua &*

a quaplur.arcend. Sic & fideiussor accedere naturali tantùm obligationi potest *l.1.l.6.l.fideiussor 16.§.fideiussor infrà de fideiuss.* Itémque hypotheca *l.5.infrà de pignor.*

8 ¶ Sed & is, qui honoraria actione, non iure ciuili obligatus est, constituendo tenetur. videtur enim debitum, & quod iure honorario debetur. ideo & pater & dominus de peculio obstricti, si constituerint, tenebuntur vsque ad eam quantitatem, quę tunc fuit in peculio, cùm constituebatur. ceterùm, si plus suo nomine constituit, non tenebitur in id, quod plus est.

Ad §.8. Sed & is.

Rat. dvb. Quod honoraria tantùm non etiam ciuili actione debetur, non debetur iuribus omnibus, quamuis debeatur etiam iure naturali. Est enim ius triplex, naturale, gentium, & ciuile *l.1.§ huius studij & pass. suprà de iustit. & iur. & Instit. tit. de iur. natur. gent. & ciuil.* Ergo constitui non potest, si bona est ratiocinatio eiusdem Vlpiani nostri in *l.3.§.1.infrà.*

Dec. Id quod iure honorario debetur, magis debetur, quàm id quod naturali iure tantùm, quia peti potest per actionem honorariam, quæ non minùs efficax est ad exigendum quàm sit actio ciuilis, si modò talis actio sit quæ nulla iusta exceptione repelli possit. Nam & aduersus actiones honorarias quædam exceptiones competunt *l.pen. & vlt. supr. de public. in rem action.* Quod cùm accidit, non est existimandum posse pecunias illas constitui, quæ iure honorario ita debentur, quia nec debitæ dici verè possunt, cùm effectu exigi non possint sicut nec quæ per actionem ciuilem debentur, cui aliqua exceptio obiici ex æquitate possit. Itaque locus hic necessariò intelligendus est de ea pecunia, quę per actionem honorariam sic debeatur, vt nulla exceptio metuenda sit actori, vt quod honorario iure debetur etiam iure naturali, & gentium debeatur, quamuis non etiam iure ciuili. Quod enim dicimus, omnibus iuribus debitam esse oportere pecuniam, vt constitui possit, *d.l.3.§.1. infr.* tum verum est, cùm incipimus à iure ciuili, regrediendum enim est vsque ad ius naturale, vt appareat etiam iure naturali eam deberi. Sed cùm incipimus à iure naturali, non est necesse, vt aliis quoque iuribus, prætorio scilicet, ac ciuili pecunia debeatur debitũ enim esse vel natura sufficit, vt scriptum est in §. præcedente. Quòd si incipiamus à iure prætorio quod medium quodammodo est inter ius naturale, aut gẽtium [sunt enim ista hac parte synonyma, vt in §. *singulorum Instit. de rer. diuis.*] & ciuile non est progrediendum ad ius ciuile, sed regrediẽdum ad naturale, vt si etiam iure naturali debeatur cõstitui possit, quamuis iure ciuili non sit debitũ, non item si iure quoque ciuili debeatur, non autem iure naturali. Exemplum actionis honorarię pro qua fieri constitutũ possit, adfert Vlpianus in actione de peculio qua tenetur dominus ex contractu serui, pater autẽ ex contractu filiifamilias. Sunt enim actiones omnes de peculio honorarię *l.1.inf. de pecul.* & Titulis sequẽtibus. Nec ex contractibus filiifamilias aut serui tenentur pater aut dominus ciuiliter, sed tantùm iure prætorio. Quid? An tenentur etiã iure naturali? Non videtur, cũ ignorãtes obligẽtur ex contractib. aliorum in quibus non interuenerunt. Sed tamen contra est, quia naturalis obligatio illa est quæ solo naturalis æquitatis vinculo sustinetur *l. Stichum aut Pamphilum 95.§.naturalis infr. de solut.* Naturalis autem æquitas facit, vt qui cum filiofamilias, vel seruo cõtraxit, eius peculium intuitus tanquam proprium ipsius patrimoniũ, quod à patre vel domino habet, hoc ipso habeat obligatum patrẽ vel dominum ad finem vsque peculij, de quo sc. contrahẽdi facultatem eis dederunt, ne alioqui decipiatur qui cum filiofamilias vel cum seruo contraxit, quãdo nullam cum seruo actionem habiturus sit *l. cum seruo 107. de reg. iur.* cum filio autem familias non nisi inanẽ quãdiu pater viuit, eo verò mortuo non nisi in quãtum facere poterit *l. si dubitet 10.§. filiusfamilias infr. de fideiuss l.1. & pass. inf. de pecul. l.1. quand. de pecul. act. annal. est.* vbi dicemus. Deniq; actiones omnes iuris honorarij cùm æquitate summa nitantur, adnexum semper habent vinculum æquitatis naturalis, quam tamen sufficeret non repugnare, vt constitui posset quod iure prætorio deberetur. Repugnat autem eo tantũ casu, quo actio prætoria summoueri aliqua exceptione possit, quomodo & in actione ciuili contingit *d.l.3.§.1.inf.* Maior enim ęquitas tanquam fortior vincit semper minorem tanquam debiliorem *l. si seruum 61.§. quod verò infr. de furt.* nec æquitas illa constituere ius naturale potest, quæ à maiore alia æquitate vincitur. Porrò cùm pater vel dominus actione de peculio obstricti constituerunt suo nomine, non ad aliam quantitatem teneri ex constituto possunt, quàm quæ tum fuit in peculio cùm constituebatur, quia nec aliud ab eis debitũ videri potest, cùm tẽpus constituti, & promissionis factæ inspiciẽdum sit *l. si pater filiæ 44.§. quæ debitorem inf. de iur. dot.* Adeò vt etiamsi expressè plus suo nomine constituerit pater vel dominus, quàm tum fuerit in peculio, non teneantur tamen in id quod plus est, quia quod *plus* est, fuit omnino indebitum & naturali iure & prætorio, quamuis placeat tenere actionẽ de peculio, etiamsi nihil sit in peculio eo tempore quo agitur, si modò aliquid sit tempore rei iudicatæ *l. quæsitum 30. in pr. inf. de pecul.* Non enim eo magis tenere potest constitutum si constituti tempore nihil debeatur, quia non potest eius validitas in suspenso esse, neq; ex alio quàm ex præsenti debito vires accipere. Sed hoc ita si suo nomine constituerint, vt diximus. Nã vt ex Iuliano subiicitur in *l. seq.* si filij nomine constituerit pater se soluturum decem quę filius debebat, cùm non sint in peculio nisi quinque, in decem de constituta pecunia tenebitur, quia non sicut pater ita & filius ipse qui contraxit, de peculio dumtaxat tenetur, sed in solidum *l. si quis cum filiofam. 44. infr. de pecul.* In domino qui pro seruo cõstituit, paullo maior dubitandi ratio est, cùm seruus ipse propriè nihil debere possit nec ciuili iure nec prætorio, quippe cùm serui non minus incogniti sint iure prætorio quàm ciuili *l. qui testamento 20.§. seruus infr. qui test. fac. poss. l. quod attinet 32. de reg. iur.* Vnde est quod cũ seruo nulla actio esse potest *d.l. cum seruo 107. d.l. seruum 6. C. de iud.* Sed facilis responsio est, seruos licèt neque

neque ciuili neque prætorio iure aut obligari aut conueniri possint, obligari tamen naturaliter, sicut nec naturali iure differunt à cæteris hominibus *d. l. quod attinet*. Æstimatur enim obligatio naturalis ex æquitate naturali, vt iā diximus, & ex facto cuius capaces sunt, serui non minus quā liberi *l. nec seruum 41. infr. de pecul. l. qui heredi 44. de cond. & demonstr. l. naturaliter 11. in princ. supr. de cond. indeb.* Natura autem debitum esse sufficit, vt constitui possit, quomodo scriptum est in § *precedente*. Aliud exemplum actionis prætoriæ pro qua fieri constitutum possit, adfert Accursius de eo qui deferente aduersario iurauit sibi deberi id, quod tamen debitum esse non aliunde appareat. Ex hoc enim iureiurādo actionem dat prætor remissa quæstione, an debeatur, dummodò iuratum sit deberi *l. non erit 5. § 1. & pass. sup. de iureiur.* Ergo si quis constituat se id soluturum, quod iuratum est deberi, perinde obligabitur & de constituta pecunia conuenietur, acsi & naturaliter & ciuiliter deberetur. Nam & naturaliter hoc deberi ex eo apparet, quod iusiurandum non modò rei iudicatæ sed etiam pacti & transactionis vim obtinet *l. 2. iter 35. § 1. eod. ill. tit.*

2. IVLIANVS libro 11. Digestorum.

QVòd si filij nomine constituerit se decem soluturum, quamuis in peculio quinque fuerint, de constituta in decem tenebitur.

Ad l. 2. Quòd si filij.

RAT. DVB. Non tenetur pater de peculio nisi ex contractu filij, nec rursum ex contractu filij nisi quatenus in peculio est, vt scripsit Vlp. in § *vlt legis præcedentis*. Ergo etiamsi constituerit nomine filij se soluturum plus quàm in peculio sit, teneri in plus non potest. DEC. Etiam quod ab alio debetur constitui potest *l. cùm quis § quod exigimus infr.* Imò interdum etiamsi nullus appareat qui interim debeat *l. hactenus 11. infr.* Atqui filius peculium habens, si cōtraxerit obligatur in solidum, hoc est etiam suprà quàm sit in peculio *l. si quis cum filiofamilias infr. de pecul.* Ergo & filij nomine constituere pater potest supra quantitatem peculij, neque confundenda ista sunt, quasi nihil intersit an pater suo, an filij nomine constituat. Etsi enim tum quoque cùm pater actione de peculio conuenitur, ex contractu filij tenetur, non tamen nomine filij tenetur, sed suo, solus enim pater de peculio tenetur, non filius ipse qui contraxit. Et aliud longè est, ex contractu filij conueniri aliud verò nomine filij, nomine siquidem filij id demum constituitur, quod filius ipse debet, non quod pater ex sua persona quamuis ex contractu filij. Idem iuris est si dominus constituerit nomine serui plus quàm sit in peculio. Etsi enim non sicut filiusfamilias ita & seruus conueniri suo nomine potest *l. cum seruo 107. de reg. iur. l. seruus 6. C. de iudi.* æquè tamen verum est seruum qui contraxit debere solidum naturaliter, atque filius solidum debet & ciuili iure & prę: orio: quod sufficit, vt quod seruus debet, perinde constitui possit atque quod filius *l. prox. § debitum 1. sup. & § vlt.* vbi dixi. Non placet autem mihi, vt neque Bartolo, quod Accursius legis huius rationem illam adfert, quòd pater constituēdo nomine filij solidum, remittere exceptionem videatur, ne suprà quàm in peculio est teneatur *arg. l. 4. § pen. & vlt. supr. si quis cation.* nullam enim exceptionem habet pater nomine filij quia nec filij nomine de peculio aut in solidum conueniri potest, sed suo proprio de peculio, in solidum autem nullomodo, nisi postquàm constituit se filij nomine soluturum, quantum filius debet.

3. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

QVòd si maritus plus constituit ex dote, quàm facere poterat: quia debitum constituit: in solidum quidem tenetur: sed mulieri in quantum facere potest, condemnatur [a].

Ad l. 3. Quòd si maritus.

RAT. DVB. Non tenetur maritus iudicio de dote suprà quàm facere possit *l. maritum 12. cum seqq. infr. solut. matr.* Est enim ex numero earum personarum quibus reuerentia debetur *l. sunt qui 16. & seqq. infr. de re iudic. l. in condemnatione 173. in princ. de reg. iur.* Ergo si constituat ex dote plus quàm facere possit, non obligabitur ex constituto. Tanquam indebitum sit omne id quod ab eo promissum est, suprà quàm facere possit, propter exceptionem quam habet quod sufficit ad impediendum constitutum *§ prox. infr.* præsertim cùm exceptio sit fauorabilis *arg. l. qui exceptionem 40. sup. de cond. indeb.* DEC. Quod maritus non tenetur iudicio de dote vltra quàm facere possit, non illam rationem habet, quasi maritus nihil amplius debeat [solidum enim debet] sed propter priuilegium quod ei dandum esse placuit ob reuerentiam quæ ipsi debetur *§ sunt præterea & seq. Instit. de action.* Itaque non est ista exceptio ex numero earum quę efficiunt indebitum iure prętorio, id quod est debitum iure ciuili, de quibus in *§ prox. infr.* quia non respicit iustitiam & æquitatem aut iniquitatem causæ sed priuilegium personæ. Argumento est, quod heredi mariti non idem conceditur priuilegium quominus in solidum condemnetur, quia personale est, & cum persona extinguitur *d. l. maritum & seqq.* Alia enim sunt priuilegia causæ alia personæ *l. ex pluribus 42. infr. de admin. tutor l. vnic. C. de priuileg. dot.* Potest ergo maritus constituere dotem solidam, quia & solidam debet, idque est quod Vlpianus hîc scribit *quia debitum constituerit*.

a *Sed mulieri in quantum facere potest condemnatur.* RAT. DVB. Potest quilibet fauori ac priuilegio suo renunciare *l. si iudex 41. suprà de minor. l. pen. Cod. de pact.* Ergo maritus qui suo tutus priuilegio ne suprà quàm facere potest condemnari debeat, si solidum

constituat, sicuti tenetur in solidum, ita & in solidum condemnari debet, quasi priuilegium suum vltrò remiserit, vt Accursius noster scribit in specie *l. præcedentis arg. l. 4. §. pen. & vltim. suprà si quis caution. l. si quis delegauerit 11. infr. de nouat.* Nam etsi solidam dotem soluisset, non repeteret *l. quod mariti* 8. *& seq. supr. de condict. indeb.* Constitutum autem solutionis loco est, & constituens loco soluentis *l. idem est* 10. *infr.*

DEC. Nec ea quidem exceptio remissa videri potest, quæ ex debito facit indebitum, impeditque constitutum: quanto minus ea quę potest stare cum constituto? nec ea rursum quæ posset opponi post sententiam & condemnationem, cùm non possit is qui constituit, deterioris esse condicionis, quàm si iam esset condemnatus. Prior propositio probatur ex eo exemplo quod subicitur in *§. prox.* cùm quis id cõstituit quod debebat iure ciuili tantùm, non etiam prætorio propter exceptionem. Nec enim constituendo remittit exceptionem sibi competentem quam si remitteret, hoc ipso dicendum esset valere constitutum eius pecuniæ, quæ exinde iam deberi cœpisset etiam iure prætorio. Quid ergo est? Tale nimirum constituitur debitum, quale est id est, cum pristinis omnibus suis qualitatibus, nec enim nouatio fit per constitutum, vt per delegationem de qua in *dict. l. si quis delegauerit, l. id quod* 19. *infr.* Ac proinde si qua erat exceptio ante constitutum quæ ex debito iure ciuili faceret indebitum iure prætorio, ea non solùm remissa non intelligitur, sed etiam impedit ne constitutum valere possit *dict. § prox. infr.* Nec enim prætor patitur vllum valere constitutum cui possit opponi exceptio aliqua æquitatis, sicuti nec dat vnquam replicationem aduersus exceptionem doli *l. apud Celsum* 4. *§. Marcellus* 13. *infrà de doli mali except.* Est enim multo expeditius dicere constitutum non valere, vt in *dict. § prox.* At cùm exceptio talis est quæ non facit ex debito indebitum, vt illa de qua nunc agimus, ea sicuti non impedit constitutum, ita neque per constitutum remissa intelligitur. Proinde si maritus constituat se dotem integram soluturum, se quidem obligat, vt totam soluat, quia & totam debuit, ideóque nec repetere quicquam potest, si totam soluerit *dict. l. 8. & 9 supr. de condict. indeb. l. 5. § idem Iulianus versic. huic patri infrà de liber. legat.* Sed non ideò amittit exceptionem, vt suprà quàm facere possit condemnari debeat. Nam etsi per iniuriam iudicis in solidum condemnatus esset, adhuc tamen eadem exceptione in iudicati executione vti posset *l. ex diuerso* 17. *§. vltim. infr. solut. matrim.* nempe quia non impugnat iudicatum *l. Nesennius* 41. *§. vltim. de re iudic.* Porrò qua ratione iudicatum non impugnat, eadem nec impugnat constitutum: consequens igitur est, vt etiam post constitutum, & ante condemnationem multo magis opponi possit, ne in solidum condemnetur, quamuis solidum constituerit, non quasi solidum non debeat, sed quia nihil fecit propter quod suum ei priuilegium auferendum sit.

1 ¶ Si quis autem constituerit, quod iure ciuili debebat, iure prætorio non debebat, id est, per exceptionem: an constituendo teneatur, quæritur. & est verum, vt & Pomponius scribit, eum non teneri: quia debita iuribus non est pecunia, quæ constituta est.

Ad §. 1. Si quis autem.

RAT. DVB. Eadem est quæ ad versiculum proxime præcedentem, quòd is qui constituit debitum aduersus petitionem, cuius aliqua exceptione tutus erat, eam exceptionem remisisse videatur *argum. l. si quis delegauerit* 11. *infrà de nouat. l. 4. §. penult. & vltim. suprà si quis caution.* Sed decidendi ratio eadem quoque est quam attulimus, quòd constituatur debitum quale est & cum omnibus suis qualitatibus, nec per constitutum fieri potest debitum, quod ipsius constituti tempore fuit indebitum. Debitam enim pecuniam esse oportet, nec tantùm iure ciuili, sed etiam iure prætorio aut saltem naturali eo tempore quo fit constitutum, vt valeat *l. 1. §. debitum & §. vltim. supr.* Atqui non debetur pecunia quæ propter aliquam exceptionem iure prætorio exigi non põtest, nihil enim refert an quid ipso iure non debeatur, an verò debeatur quidem ipso iure, sed per exceptionem aliquam summoueri actor possit *l. nihil interest* 112. *de regulis iuris l. creditores* 10 *l. debitor* 108. *de verb. signific.* Ergo eiusmodi debitum, cùm verè & effectu ipso rationibus æquitatis sit indebitum, constitui nullomodo potest, *Quia*, inquit, Vlpianus *debita iuribus non est pecunia quæ constituta est.* Cuius tamen rationis quis sensus sit explicauimus ad *§. vltim. l. 1. suprà* neque hîc repetendum est. Planè si quis prudens & sciens constituat eam pecuniam contra cuius petitionem sciat se tutum esse exceptione naturalem æquitatem habente, non eo magis quidem constitutum valebit ad producendam actionem constitutæ pecuniæ, sed exceptio tamen remissa intelligetur, vt prior actio remaneat valida vt *Bart. docet ad l. 11. §. 1. inf.* Benè autẽ Vlpianus sic loquitur *iure prætorio non debeat, id est, per exceptionem*, vt intelligamus de ea demum exceptione intelligi hoc debere quæ à prætore ipso introducta sit ex æquitate naturali, quales sunt exceptiones pacti iurisiurandi, non numeratæ pecuniæ, & doli, quas hîc in exemplum adfert Accursius ex *l. Stichum* 95. *§. naturalis infrà de solut. l. vlt. supr. de iureiur. l. in contractibus* 14. *Cod. de non numer. pecun. l. 2. §. circa infrà de doli mali except.* Ad exclusionem earum exceptionum quæ ex iure ciuili competunt, & quæ licèt à prætore ipso dentur, tanquam qui sit custos & minister iuris ciuilis, sunt tamen ciuiles magis quàm prætoriæ, qualis est exceptio Macedoniani, quam constat non tam ex æquitate vlla naturali inductam esse, ac fauore excipientis, quàm ex rigore iuris ciuilis, & odio creditoris *l. qui exceptionem* 40 *suprà de condict. indeb. l. sed si paterfamilias* 9. *§. penult. infrà de Senatusconsulto Macedoniano.* Ideoque non impedit exceptio hæc, quominus filiusfamilias qui mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepit, obligetur naturaliter. Vnde

est quod nec repetit si soluat *d. l. sed si §. vlt. & l seq. & d. l. qui exceptionem.* Proinde neque exceptio hæc impediet constitutum, ad quod scilicet sufficit debitum esse naturaliter id quod constituitur *d. l. 1. §. debitum supr.* In summa sic videtur hoc temperandum, vt exceptiones fauorabiles & æquitate naturali suffultæ quæ soluti repetitionem inducerent, eædem impediant constitutum, quod solo æquitatis naturalis vinculo subnixum esse Prætor voluit: Alioqui dicendum esset dandam quidem creditori actionem constitutæ pecuniæ, sed adiuuandum constituentem eâdem exceptione, quam habiturus fuerat, si ante constitutum actione illa ciuili, qua tenebatur, conuentus fuisset, quod tamen absurdum esset, quia Prætor aut ab initio non patitur constitutum valere, aut aduersus constitutum quod valuit, nullam dat exceptionem constituenti. Addit Accursius exceptionem, nisi constitutum per errorem facti & ignorantiam à filiofamilias factum proponatur ex *leg. vlt. infr. de SC. Maced.* & rectè. Quamuis enim lex illa non de constituto loquatur, sed de promissione per stipulationem facta & quidem animo nouandi, attamen æquè ad constitutum trahi potest, cùm error facti consensum impediat *l. sed hoc ita 20. infr. de aqua & aqua pluu. arcend. leg. 2. supr. de iudic. leg. si per errorem 15. de iurisd. leg. nihil consensui 116. §. vlt. de regul. iur.* Prætor autem non alia constituta quàm quæ ex consensu facta sunt tuetur *leg. 1. in princip. supr.* Quid ergo si quis vltro constituat id quod sciat se nullo iure debere? Accursius post Bulgarum & Hugolinum putat eum teneri ex constituto, quasi donasse videatur, ex regula *l. cuius per errorem 53. de reg. iur. l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat.* Ergo tamen contra puto, nec enim donatio fieri olim poterat per pactum nudum ante Iustiniani constitutionẽ in *l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de donat.* sed tantùm per traditionem aut stipulationem *l. Papinianus 23. de donat. int. vir. & uxor.* quorum neutrum interuenit in constituto. Quòd si alius est animus constituentis, alius verò promittentis *leg. 1. §. cum qui supr.* quanto magis verum est, alium esse animum constituentis, alium verò donantis? Denique constitutum quòd non valet quomodo vim donationis habere potest? Atqui constitutum non valet nisi debitum aliquod præcedat, saltem naturale *dict. leg. 1. §. debitum.* Ergo nec iure donationis valere potest. Planè si constituens postea soluerit tanquam debitor ex constituto, cùm sciret constitutum non valere. Tum verò rectè dicemus factam videri donationem, non per constitutum, sed per solutionem, nec proinde repetitioni locum fore, ex regula *dict. leg. cuius per errorem.* Iunge quæ dicam ad *leg. hactenus 11. §. 1. infr.*

2 ¶ Si is, qui & iure ciuili, & prætorio debebat: in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? & Labeo ait teneri constitutum. quam sententiam & Pedius probat, & adiicit Labeo, vel propter has potissimum pecunias, quæ nondum peti possunt constituta inducta. quam sententiam non inuitus probarim, habet enim vtilitatem, vt ex die obligatus [a], constituendo se eadem die soluturum, teneatur.

Ad §. vlt. Si is qui.

RAT. DVB. Quod in diem certum debetur, licèt iam debeatur, quia dies cessit, non magis tamen peti potest, quàm si nondum deberetur, quoniam dies nondum venit *leg. cedere diem 213. de verb. signific. leg. stipulatio ista 38. §. inter incertam leg. qui hoc anno 42. leg. liber homo 118. §. decem hodie infr. de verb. oblig. leg. quod certa 70. de solut.* maléque ageret creditor, & tempore plus peteret, ideóque causa caderet si ante diem ageret *leg. vnic. in fin. supr. quando dies vsusfr. legat. ced.* Ergo neque constitui vtiliter potest, sicut neque compensari interim potest *leg. quod in diem 7. leg. cùm militi 16. §. 1. infr. de compensat.* DEC. Vt constitutum valeat, sufficit debitum esse iure naturali, vel prætorio id quod constituitur, licet peti non possit *dict. leg. 1. § debitum supr.* Atqui quod in diem debetur, tam verè debitum est quàm si dies iam venisset, licèt peti nondum possit, ideóque nec si ante diem solutum sit, repeti tamen potest *leg. in diem debitor 10. supr. de condict. indeb.* nec tamen interim compensari potest, quia compensatio petitionis vim obtinet *leg. amplius non peti 15. infr. rat. rem habet.* Constitutum verò non petitionis vim habet, sed solutionis *leg. idem est 10. infr. hoc titulo.* Ergo quemadmodum quod in diem debetur, solui ante diem potest, quia totum medium tempus liberum promissori ad soluendum esse intelligitur *dict. §. inter & dict. leg. quod certa leg. qui res 98. §. mihi dare eod. titulo.* Ita & constitui. Et verò propter has potissimùm pecunias, quæ nondum peti possunt, inducta fuisse constituta Labeo dicebat, propter publicam vtilitatem, ad quam maximè pertinet, & ad libertatem commerciorum, vt faciliùs obligatio & contrahi possit, & contracta probari, vt scripsimus ad *leg. 1. §. debitum autem & ad seq. supr.* Constituta verò faciliùs fiunt quàm stipulationes, cùm neque solennitatem verborum exigant, neque præsentiam eius, cui constituitur, sed per epistolam & per nuncium fieri possint *leg. qui autem 14. §. vlt. infr.*

a *Vt ex die obligatus.* RAT. DVB. Qui bis idem promittit ipso iure ampliùs quàm semel non tenetur *leg. qui bis 18. infr. de verb. oblig.* nisi prior obligatio, & ex ea competens actio talis fuerit, quæ potuerit elidi per exceptionem *leg. si dari 25. eod. tit.* Ergo inutile est constitutum quo quis iam ex die obligatus constituit, eodem die se soluturum. Quid enim vtilitatis & commodi addit hoc constitutum ad præcedentẽ obligationẽ? Quòd si non sunt frustrà multiplicãda entia, vt aiunt Philosophi, cur patiatur multiplicari sine causa, obligationes & actiones, quæ sunt odiosæ, nec nisi litium & discordiarum materiam præbent? *l. in naue Saufeij 31. infr. Locat.* DEC. Plures eiusdem generis & conditionis obligationes vnius eiusdémque rei non admittuntur nec plures actiones, vt puta plures stipulationes, plura constituta, pluresque actiones aut ex stipulatione aut ex constituto. At nihil absurdi est ex

variis causis, & diuersis contractibus idem deberi *leg. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* Diuersitas enim illa causarum & actionum facit vt in altera necesse sit plus esse commodi vel incommodi, quàm in altera, nec parua vtilitas actoris est vt electionem habeat, qua potiùs actione velit agere *leg. quod in herede 9. §. eligere infr. de tribut. action. leg. cùm filius 76. §. variis de legat. 2. leg. 1. in princip. infr. quod legat. §. caterùm Instit. quod cum eo qui in alien. potest. est.* In proposito autem constituti vtilitas semper aliqua est, in eo maximè, quod cùm cæteræ actiones ferè omnes patiantur suas exceptiones, præsertim verò actio ex stipulatione *leg. 2. §. circa infr. de doli mali except. dict. leg. si dari 25. de verb. obligat.* actio tamen ex constituto semper efficax est, nullámque timet exceptionem, nisi fortè in specie *leg. id quod 19. §. 1. infr.* quia, vt in præcedentibus sæpe diximus, constituta omnia pendent ex tanta æquitate naturali, vt nulla maior æquitas ea possit infringere, potiúsque dicendum sit ab initio ea non valere, si qua æquitatis ratione impugnentur, vt docuimus ad *§. proxim. praced.* nihil ergo vetat eum qui iam ex die obligatus est, constituere eodem ipso die se soluturum. Etsi enim nullum hîc repræsentationis commodum est, alia tamen esse possunt, inter quæ sufficit commodum esse electionis, veriùs tamen dici potest, aliquam semper vtilitatem esse constituti in eo, quod constituens non ad hoc tenetur, vt faciat id quod prima actione & constituto ipso tenebatur, sed vt præstet quanti interest actoris quia non fecerit *leg qui autem 14. §. sed & si quis infr.* Quod autem Vlpianus hîc loquitur de eo qui iure ciuili & prætorio debebat, noli cum Accursio sic intelligere, quasi de separatis obligationum causis loquatur, quarum vna sit ciuilis, altera verò naturalis ex pacto, puta vel ex iureiurando, vt actioni ciuili iungatur prætoria, vel è contrario prætoriæ iungatur ciuilis, vt in exemplo quod affert, si is qui priùs prætorio iure tenebatur, creditori suo legauerit id, quod debebat, quemadmodum in *l. si creditori 28. in princip. de legat. 1.* cum namque & ciuili & prætorio iure debere Vlpianus intelligit, qui iure ciuili sic debitor est, vt nec iure prætorio possit negare se debitorem, cuiusmodi est quisquis actione aliqua ciuili tenetur, quam nulla exceptione prætoria possit summouere. Finge obligatum eum ex stipulatione facta ob iustam causam, aut ex contractu emptionis, alióve iusto contractu siue ciuili, siue iuris gentium, sed à iure ciuili adprobato *l. iuris gentium 7. in princip. supr. de pact.* Vtique obligatus idem est etiam iure prætorio, adeóque naturali. Prætorio quidem, quia Prætoris est actiones dare etiam quæ ciuili iure competunt, cúmque dat, eas sine exceptione approbat, naturali verò, quia cùm actiones illæ nascantur ex obligationibus, obligationes autē omnes ex consensu aliquo præcedente *l. in omnibus rebus 55. l. in omnibus negotiis 57. infr. de oblig. & action. l. 1. §. conuentionis supr. de pact.* (licet non omnes consensu solo perficiantur *§. vlt. Instit. de oblig.*) aut saltem ex aliqua æquitate naturali, non egent alio modo per quem contrahi soleat naturalis obligatio, cùm nihil vetet eandem obligationem & ciuilem & naturalem esse diuersis respectibus, de quo genere obligationum, id est quæ & ciuiles sint & naturales simul, non autem vel naturales tantùm, vel ciuiles tantùm, accipi debet quod scriptum est in *l. naturales 10. de oblig. & action. & in leg. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss.* Et ita locum hunc intelligi debere constat ex *§. praecedente*, vbi opponitur is, qui iure ciuili debet, non prætorio propter exceptionem, ei de quo in hoc §. qui & ciuili & prætorio iure obligatus est, id est, vt explicauimus, qui ita iure ciuili obligatus est, vt nullam ex prætorio sperare possit exceptionem.

4. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

SEd & si citeriore die constituat se soluturum, similiter tenetur.

Ad l. Sed & si 4.

RAT. DVB. Debitum quod constituitur, tale constitui intelligitur, quale est, id est cum omnibus pristinis suis qualitatibus, vt diximus ad initium huius legis ex *leg. id quod 19. infr.* Ergo quod debetur in diem vlteriorem, non potest constitui in citeriorem, præsertim cùm obligatio constitutæ pecuniæ accessoria sit ad principalem, quam imitari & subsequi debet. Regula enim vtriusque iuris & ciuilis & pontificij est, accessorium sequi debere naturam sui principalis. Et verò qui exceptione aliqua tutus est, constituere non potest se soluturum, quod propter exceptionem videtur indebitum *§. 1. l. prox. supr.* qui autem debitor est, in diem habet exceptionem si ante diem conueniatur *l. vnic. in fin. sup quando dies vsusfr. legat. ced.* DEC. Quod in diem longiorem debetur, etiam ante diem solui potest, vt diximus ad *§. vlt. legis praecedentis.* Ergo & constitui, quia constitutum loco solutionis cedit *l. idem est 10. infr.* nec eo minùs valere debet, quòd in diem citeriorem constituta sit pecunia: imò tanto magis, quòd hoc casu constitutum habet commodum repræsentationis, quod non habet in specie *d. §. vlt. supr. prox.* Exemplo eius quod in legato rei debitæ obtinet, vt si repræsentationis commodū aliquod habeat, valeat *l. si creditori 28. & seq. de legat. 1. l. debitor 82. de legat. 2.* Quamquā in eo distat hac parte legatum à constituto, quod non aliter valet, quàm si habeat cōmodum aliquod repræsentationis, constitutum autem nihilominùs valet propter alias vtilitates quas habet *d. §. vlt. sup.* nec impediri constitutū ex eo potest quod qui in diē debet habeat exceptionē si conueniatur ante diem. Est enim exceptio illa tēporalis non perpetua, qualis tamen esse deberet ad impediendū cōstitutum, sicut & ad inducendam condictionem indebiti *l. si is qui 24. l. si nō sortem 26. §. indebitum l. qui exceptionem 40. sup. de condict. indeb. leg. creditores 10. leg. creditor 55. de verb. signific.* Sed cùm possit quis constituere non tantùm quod ipse, sed etiam quod alius debet, dubitatio maior est, an constitutum valeat, si quis constituerit se soluturum in diem citeriorem, quod alius debet in vlteriorem: Accursius putat valere, quasi hæc vna sit ex differentiis, quæ sunt inter constitutorem & fideiussorem, quem constat non posse in plus obligari, quàm obligatus sit reus principalis, nec in duriorem & grauiorem causam *§. item si ille Institut. de fideiuss.* Ergo verò admitto quidem permultas esse inter constitutorem, & fideiusso-

iussorem differentias, quarum nonnullas attulimus ad *l.1.in princip supr.* sed non tamen possum hanc admittere, quia non in fideiussore tantùm ita ius est, vt in plus obligari non possit, nec in duriorem causam, sed commune illud est in vniuersis qui pro aliis obligantur, vt scriptum est in *leg. gracè 8.§.illud commune infr. de fideiuss.* quomodo illud etiam, vt qui pro aliis intercedunt, ac proinde etiam constitutores habeant beneficium diuisionis & discussionis, *l.vlt.C.hoc tit. Nouell.4. de fideiuss.* Negari autem non potest, quin is qui constituit se soluturum quod alius debet, se obliget pro alio, tanquam accessio & intercessor: vnde est, quod nec ita constituere mulieres possunt *d.l.1. §.1. supr.* quia intercedere Senatusconsulto prohibentur. Illud certè indubitatum est, quod addit Accursius, si quis constituat purè vel in diem id quod siue ipse siue alius sub condicione debeat, valere quidem constitutum, sed tamen eâdem condicione suspendi, vt non priùs teneatur quàm condicio extiterit, multóq; minùs conueniri priùs possit debitor, *d.l. id quod 19. inf.* quia nec deberi adhuc intelligitur quod sub condicione debetur *l. cedere diem 213. de verb. signific.* Propter quam causam videbatur posse dici nec valere huiusmodi constitutum, quasi nullo adhuc debito subsistente ex regula *l.1.§.debitum 1. supr.* sed benignius visum est valere, quia sufficiat spem debiti subesse, vt constituti quoque validitas sperari possit, quomodo dicimus puram stipulationem nouari posse per condicionalem, sed ita vt non priùs fiat nouatio quàm posterioris stipulationis condicio extiterit *leg. si Stichum 8.§.1. leg. quoties 14. infr. de nouat.*

5. VLPIANVS libro 27 ad Edictum.

EVm, qui Ephesi promisit se soluturum, si constituat alio loco se soluturum, teneri constat.

Ad l. Eum qui Ephesi 5.

RAT. DVB. Non potest constitui nisi quod debetur *l. 1.§ debitum autem supr.* Atqui quod certo loco debetur omni alio loco indebitum est, vt ex eo apparet quod alibi solui inuito stipulatore non potest *l. pen. supr. tit. prox. l. qui certo loco 27. supr. de condict. indeb.* nec quod etiam alio loco per arbitrariam peti possit *l. 1. 2. & pass. eod. ad rem fact.* Fit enim id vi & potestate actionis arbitrariæ & æstimata loci vtilitate, quæ porrò non alia de causa æstimatur, quàm vt appareat id quod certo illo loco debitum fuit, nullo alio debitum fuisse. Ergo quod Ephesi tantùm debetur, non potest debitor constituere se alio loco soluturum. DEC. Etiam id quod certo loco debetur, alio quocunq; loco solui potest volente creditore, adeóq; inuito eo, si solutio offeratur antequàm perueniri possit ad locũ solutioni destinatum *l. Stichum 137.§.cùm ita iunct. l. eum qui Calendis 41.§.1. inf. de verb. oblig. & l. qui Romæ 122. in princip. eod. l. 2.§. qui ita stipulatur supr. tit. prox.* Atqui constitutũ solutionis loco cedit, vt sæpius suprà diximus ex *l. idem est 10. infr. hoc tit.* nec fit nisi volenti. Ea nãq; demùm cõstituta custodit Prætor quæ ex cõsensu facta sunt *l. 1. in princip. supr.* Ergo nihil vetat debitorem, id quod Ephesi debeat constituere se, alio loco soluturum, nec eo minùs tamen etiam alio loco conueniri poterit, si actor velit, neque id per arbitrariam actionem, vt malè putat Accursius, sed exẽplo arbitrariæ actionis, vt loquitur Vlp. in *l. si duo 16.§.1. inf.* vbi dicemus.

1 ¶ Iulianus, legatum Romæ constituentẽ, quod in prouincia acceperat, putat conueniri debere. quod & verum est, sed & si cùm non Romæ esset [a], sed in prouincia adhuc, cõstituit se Romæ soluturũ: denegatur in eũ actio de cõstituta.

Ad §.1. Iulianus.

RAT. DVB. Quoties quis in legatione cõstituit, quod ante legationem debuerit, non cogitur ibi iudicium pati vbi constituit *l. si quis in legatione 8. supr. de iudic.* Præualet enim causa constitutæ pecuniæ & origo, vt scriptum est in *l. qui id quod 33. infr. de donat.* Habet autem priuilegium legatus de omni eo quod ante legationem contraxit, etiamsi Romæ contraxerit *l. 2.§. omnes de iudic.* Secus est si contraxerit Romæ cùm iam esset ibi legatus *leg. cùm furiosus 39.§.1. eod.* Ergo si legatus Romæ constituat id quod in prouincia acceperat, non tamen debet conueniri Romæ, sed priuilegium ei suum conseruandum est, quod habet reuocandi domum. DEC. Multùm interest an legatus Romæ constituat se soluturum Romæ eam pecuniam, quam in prouincia mutuam acceperat, licet ante legationem, an verò constituat simpliciter eam se soluturum. Priore casu potest & debet legatus conueniri Romæ, vbi & constitutum factum & solutio destinata fuit ipso iam tempore legationis. Posteriore verò casu habet legatus priuilegium reuocandi domum, quia legatus constituendo simpliciter Romæ non ideo credendus est, constituere se soluturum Romæ, sed potiùs in loco sui domicilij, nisi si tum primùm Romæ contraxerit. Est autem hic locus de priore casu intelligendus necessariò. Alioquin eorum sententiam sequerer qui putant addita negatione hîc legendum *conueniri non debere.* Planè in sequentibus lego aduersatiuè *sed si* non ampliatiuè *sed etsi.* Vide quæ de huius §. lectione & sententia scripsi ad *dict. l. si quis legationis* & ad *dict. leg. cum furiosus §. 1. & in error. 7. decad. 90.* contra interpretes nostros & Cuiacium ipsum *libr. 22. Obseruat. cap. 17.*

a *Sed si cùm non Romæ esset.* RAT. DVB. Legatus qui in legatione iam constitutus Romæ contraxit, nullum habet priuilegium reuocandi domum *dict. leg. cùm furiosus 39.§.1. supr. de iudic.* sed de eo tantùm quod contraxit antequàm esset in legatione *dict. leg. 2.§. omnes eod.* Atqui contraxisse vnusquisque intelligitur in eo loco in quo, vt solueret, se obligauit *leg. 3. infr. de reb. author. iudic. possid. l. contraxisse 21. de oblig. & action.* Ergo si legatus cùm non Romæ esset, sed adhuc in prouincia, constituerit se Romæ soluturum, non est deneganda in eum actio de constituta pecunia. DEC. Fictio illa iuris, quæ facit, vt contraxisse quis videatur, etiam in eo loco in quo, vt solueret, se obligauit, non tollit veritatem, nec facit vt eo minùs verum sit contra-

xisse quem in eo quoque loco in quo re vera contraxit. Præsertim verò cùm in loco domicilij sui contraxit, in quo vtique & conueniri potest, & defendere se debet *l. heres absens* 19. §. *vlt. supr. de iudic. l.* 1. *&* 2. *de reb. author. iudic. possid.* Ergo si quis, cùm nondum Romæ esset, sed adhuc in prouincia, cõstituerit se Romæ soluturũ, priuilegio suo adiuuãdus est, ne possit Romæ conueniri de constituta pecunia, etiãsi iam ipso legationis tẽpore contraxerit, cùm in prouincia nõ Romæ cõtraxerit. Multo magis idem dicendũ erit, si ponas constitutã fuisse pecuniã ante legationem: quod & Vlpiani verba satis apertè videtur præ se ferre, & quæ postrema Accursij interpretatio est. Nam etsi Romæ ante legationem legatus cõtraxisset, priuilegiũ tamen haberet *l. nõ distinguemus* 32. §. *item si quis supr. de recept. qui arbitr. recep.* Ergo & cùm nõ Romæ cõtraxit, sed in prouincia constituit se Romæ soluturũ, conueniri tamen Romæ non potest, non quia Romæ contraxisse non videatur, sed quia priuilegium habet propter legationem scilicet cùm ante legationem contraxit. Alioqui pugnaret hæc sententia cum principio huius §. In eóque malè Accursius à Bartolo esset reprehensus.

2 ¶ Quod exigimus, vt sit debitum, quod constituitur: in rem exactum est: non vtique, vt is, cui constituitur, creditor sit. nam & quod ego debeo, tu constituendo teneberis: & quod tibi debetur [a], si mihi constituatur, debetur.

Ad §. 2. *Quod exigimus.*

RAT. DVB. Indebitum cõsiderari debet etiã ex parte constituentis, sicut & cùm de indebiti condictione quæritur, indebitũ consideratur etiã ex parte soluentis *l. si pœna* 19. §. 1. *supr. de condict. indeb.* Ergo quod exigimus vt debita sit pecunia quæ constituitur sic intelligi debet, vt debita sit ab eo ipso qui constituit, non ab alio. DEC. Verba huius edicti quæ de pecunia debita & cõstituta loquuntur in rẽ concepta sunt non in personã *l.* 1. §. 1. *supr.* nec aliud exigunt nisi vt debita sit pecunia, non adhibita distinctione à quo sit debita. Ergo nec nos distinguere debemus vulg. *l. de precio* 8. *supr. de Public. in rem act.* nec sanè publica cõmerciorum vtilitas minùs exigit, vt constitui possit quod ab alio, quàm cõstituente debetur, quàm quod ab ipso constituente, nec minùs fidem frangit qui pecuniã ab alio debitã constituit, nec soluit, quàm qui debitam à seipso: Ergo ad eum quoq; edicti æquitas & vtilitas pertinet. Illud duntaxat obseruãdum est, ne quis constituat pecuniam ab alio debitã, quasi à se debitam. Tunc enim constitutum non valeret, vt benè hîc docet Bartolus, quasi deficiente consensu propter errorem *l.* 2. *sup. de iudic. l. sed hoc ita* 21. *de aqua & aqua pluu. arcend.* Cùm non alia cõstituta Prætor hoc edicto tueatur, quàm quæ ex consensu facta sunt *l.* 1. *in princip. supr.* sed & illud notatu dignũ est constituentẽ pro alio cùm sit intercessor, habere beneficiũ diuisionis quod fideiussoribus datum est per epistolã diui Hadriani, eadem scilicet vrgẽte æquitatis ratione *l. vlt. C. hoc tit.* Ergo & beneficium discussionis ex *Nouell.* 4. *de fideiuss.* vt diximus ad *l. prox supr.*

a *Et quod tibi debetur.* RAT. DVB. Nemo potest stipulãdo id quod mihi debetur, auferre mihi actionem nisi ex voluntate mea id faciat *l. si Stichum* 8. *in fin. infr. de nouat.* Ergo nec si quis cõstituat mihi quod tibi debetur, facere ideo potest, vt mihi deberi incipiat, non tibi. DEC. Constitutum eius pecuniæ quæ alij debetur, quàm ipsi constituenti non liberat debitorẽ quominus priori suo creditori teneatur, quia nec habet constitutum vim nouationis, quomodo habet stipulatio, si nouandi animo interposita sit. Atquin is qui constituit se soluturum vni, quod alij debetur, ita debet constituisse, vt soluendo se liberet, quoties constitutum valet. Dicendum est igitur non aliter constitutum hoc valere posse, quàm si fiat ex voluntate veri creditoris, quia nec aliter stipulatio valeret ad liberandum debitorem: quamuis stipulatio non minoris potestatis esse debeat, quàm constitutum §. *de constituta Instit. de action.* Ne scilicet aliter posito iure accidat vt alterius facto creditori inuito actio adimatur, quod iuris ratio ferre non potest *d. leg. si Stichum in fin. l. Granius* 71. §. *pen. de fideiuss.* quamuis in potestate sit cuiuslibet soluentis pro me inuito, vt me inuitum quoque liberet *l. soluendo* 39. *supr. de negot. gest. l. solutione* 23. *infr. de solut.* Fauorabilior nimirum est liberatio quæ nec debitori nec creditori facit iniuriam, quàm sit ea quæ inuito creditori suam adimeret actionem. Et ita benè Accursius & Bartolus locum hunc intellexerunt.

3 ¶ Iulianus quoque libro vndecimo scribit: Titius epistulam ad me talem emisit: *Scripsi secundum mandatum Seij, si quid tibi debitum adprobatum fuerit, me tibi cauturum, & soluturum sine controuersia.* tenetur Titius de constituta pecunia.

Ad §. 3. *Iulianus quoque.*

RAT. DVB. Omne constitutum præsupponit debitam esse pecuniam, quæ constituitur *leg.* 1. §. *debitum supr.* nec potest conferri in tempus futurum quo pecunia debebitur si nondum debeatur, nisi expressè differatur in id tempus quo erit debita, vt non priùs incipiat obligatio accessoria, quàm principalis *leg. id quod* 10. *infrà.* Atqui in proposita specie videtur constitutor obligari priusquàm principalis obligatus sit, cùm promittat se cauturum & soluturum, quod à Seio debitum esse apparebit, verum enim est quod iactari solet, non entium & non apparentium idem esse iudicium §. *si aduersus Institut. de nupt. leg. duo sunt Titij* 30. *infr. de testamenti tutela.* Ergo non potest is, qui talem epistolam scripsit, qualis hîc ex Vlpiano & Iuliano proponitur, conueniri de constituta pecunia. Maximè verò, cùm non tam constituisse videa-

videatur quàm promisisse se constituturum. Quid enim aliud significant verba illa epistolæ *scripsi me cauturum & soluturum* nisi illud ipsum, quod significarent, si scriptum esset *scripsi me cõstituturum, & post quàm constituerim me soluturum.* Atqui nullũ in tota hac epistola constituendi verbum est, aut quod pro constituto possis accipere, sine quo tamen satis per æquipollens expresso vix est, vt constitutũ fieri possit, quemadmodum colligi potest ex omnibus ferè constituti exẽplis quæ in hoc Tit. proponuntur. Atquin aliud est, si quis constituat, aliud verò si pacto nudo promittat se constitoturum, sicuti solemus dicere venditionẽ & locationẽ licet fiat nudo consensu, vt & cõstitutum, differre multùm à pacto de vendendo & locãdo, vt tractat Bartolus ad *l. vlt. sup. de condict. caus. dat.* neque promisit Prætor daturum se actionem de constituta pecunia ex pacto constituendæ pecuniæ, sed ex pacto quo fuerit constituta *d. l. 1. in princip. & §. 1. supr.* Dec. Aliud est iam subesse debitum, aliud verò iam probatum esse. Potest enim fieri, vt iam subsit, necdum tamen probatũ sit: quod cùm euenit, secutis postcà probationibus, non ad probationum tẽpus respiciendum est debitũ sed probationes ad tempus debiti *l. in lege Aquilia 40. supr. ad leg. Aquil.* nec enim probationes veritatẽ faciunt, sed eam, quæ est, probãt, nihil ergo vetat constitui debitum etiã de quo nondũ apparear, si modò iam contractum sit, sicut & illud potest cõstitui, cuius debitor nullus adhuc appareat *l. hactenus 11. infr.* Sed nec quicquam prohibet constitui futurũ debitum, quomodo & fideiussor & pignus accedere potest etiam futuræ obligationi, quamuis eæ obligationes æquè accessoriæ sint *l. 4. l. 6. § vlt infr. de fideiuss. l. 5. de pignor.* Eodem enim iure censentur constituentes quo fideiussores, cùm omnes sint intercessores, nisi in iis de quibus aliter iure cautum & expressum est. Cæterùm quamuis aliud sit constituere, aliud verò velle constituere. Cùm tamen constitutũ nudo consensu fiat, & per epistolam, nec verborum solemnitatem desideret *l. qui autem 14. §. vlt. inf.* non eo minùs constitutam fuisse pecuniam credendum est, quòd qui epistolam scripsit, constituendi verbo vsus non sit, dũmodò constet de mente & animo constituentis *d. l. 1. § eum qui supr.* Apparet autẽ satis ex eo quòd in epistola scripsit se cauturũ & soluturũ, quod à Seio debitum esse probabitur. Nam qui scribit se non modò cauturũ, sed etiã quod amplius est, soluturũ, an non hoc ipso satis constituit? Ergo de constituta pecunia cõueniri rectè potest, quasi facto per æquipollẽtia verba cõstituto. nõ enim videtur quicquam sub cõditione promisisse, sed absolutè. Verba siquidem illa *secundũ mãdatũ Seij* non cõditionaliter accipiẽda sũt, sed demõstratiuè, quomodo hic benè notat Bartolus: & in dubio de aliis quibuslibet verbis similibus semper præsumendum est. Itaq; non displicet quod interpretes vulgò putat, si quis per stipulationẽ se obliget de se per stipulationẽ obligando, satis hoc ipso videri eũ ex stipulatione obligatũ, & ex ea cõueniri posse, circuitus, vt aiunt, euitãdi gratia, qui esset alioquin inutilis & superfluus, sic enim ex communi aliorum sententia Boerius *decis. 3. ex leg. dominus 53. supr. de condict. indeb.* probatúrque melius ex hoc §. vt mihi quidem videtur.

4 ¶ Sed si quis constituerit, alium pro se soluturum, non se pro alio, non tenetur. & ita Pomponius libro octauo scribit.

Ad §. 4. Sed si quis constituerit.

Rat. dvb. Qui constituit aliũ pro se soluturum, hoc ipso agnoscit se debitorem, nec enim pro alio soluitur, quod pro non debitore soluitur. Ergo licet alium obligare non possit, quẽ pro se cõstituit soluturum, seipsum tamẽ obligat, quasi etiã ipse constituere pro se videatur, cùm id facere ipse possit, nudáq; voluntas eius in hanc rem sufficiat. Dec. Promittere de se quisq; nõ de alio debet siue ex constituto, siue ex stipulatione aut quo alio modo se obligare velit *l. stipulatio ista 38. in princip. de verb. oblig. § si quis alium Instit. de inutil stipulat.* neq; enim ferendum est, vt ex alieno facto & cõtractu quisquã obligetur siue inuitus siue ignorans. (nisi iure potestatis vel successionis, vt Accursius hîc excipit) multo minùs vt ex alieno contractu actio quæratur *l. quæcũque 11. infr. de oblig. & action. iunct. l. non debet 71. l. melior 133. de regul. iur.* Ergo constituti verba debent cõcipi in persona ipsius cõstituentis, & eius cui cõstituitur, vt benè hîc notat Accursius. Planè si ponas me cõstituisse pro me & Titio non consentiente, certũ est non valere constitutũ, quod ad Titij personam attinet, quod ad me autẽ valere, ita vt obliger nõ pro dimidia duntaxat parte, sed in solidum, vt idẽ Accursius subiicit. Volui enim obligare me quod facere potui in solidũ, Titiũ autẽ æquè obligare quidẽ volui, sed nõ potui, nec in solidũ, nec pro parte. In eóq; differt hic casus à superiore, in quo is qui pro se aliũ soluturũ constituit, nec obligatur ipse, quia noluit obligari, nec aliũ obligat, quia nõ potuit, vt & in specie *l. multùm interest 8. C. si quis alter. vel sib. l. quoties 9. inf de hered inst.* Sed quid si nulla persona demõstrata constitutũ impersonaliter conceptũ sit? Quid itẽ si per hæc verba *satisfiet tibi à me aut à Titio* vt in specie quã Accursius proponit, aut etiã hoc modo *satisfiet tibi à me & à Titio?* Acquè dicẽdũ erit, ait, casu secũdo Titium nullomodo fore obligatũ; me verò fore in solidum, sed posteriore casu, non patitur Iustinianus obligari me nisi pro mea parte *Nouell. 115. vt cùm de appellat. cognosc. §. vlt.* vbi addit, nec pro mea parte me teneri, si impersonaliter constitutum ita factum proponatur *satisfiet tibi.* Et ita ad tres illas quæstiones respondendum est.

5 ¶ Item, si mihi constituas te soluturum, teneberis. Quod si mihi constitueris, Sempronio te soluturum, non teneberis.

Ad §. 5. Item si mihi.

Rat. dvb. Cùm mihi constituis te Sempronio soluturum, non ideo cõstituis Sempronio sed mihi. Adiicitur enim Sempronius ad solutionem non ad obligationem, quod longè diuersum est, *l. si duo 118. in fin de verb. oblig. iunct. l. cũ qui 56. §. qui sibi eod. l. Stichũ aut Pamphilum 95. §. quæsitum de solut.* Atqui si mihi constituas te soluturum, indubitatè mihi teneris ex constituto, vt scriptũ est initio huius §. Ergo & cùm

mihi constituis te Sempronio soluturum, æquè mihi teneri debes, licet Sempronio nō tenearis. DEC. Quemadmodum stipulatio quælibet vel in dando vel in faciendo consistit, ita & omne constitutum est de soluendo. Quisquis enim cōstituit, nihil aliud constituit quàm se soluturum. Ergo ei ipsi cui constituitur, non alij: necenim per liberam acquiri alij potest obligatio constituti, vt nec alia quælibet *l. solutum 11.§. per liberam inf. de pignor. act. l. fundus ille 64. de contr. empt. l. quacunque 11. de oblig. & action. l. stipulatio ista 38.§. alteri de verb. oblig. l. multùm interest 6. in fin. C. si quis alter. vel sib.* nisi cùm libera illa persona ministerium nudum præstat vt in *leg. & licet 15. infr. hoc tit. l. quod meo 18. infr. de acquir. poss.* Priúsque est, vt obligatio cōstituti in persona mea consistat, quàm vt Sempronius, quem constat obligationis gratia adiici non potuisse, solutionis tamen causa vtiliter adiectus videri possit, cùm solutio quælibet supponat præcedentem obligationem. Itaque sic concipi debuit constitutum, vt constitueres te mihi aut Sempronio soluturum: quo casu acquireretur mihi obligatio constituti, Sempronio autem facultas accipiendæ solutionis *l. si verò 8. infr.* Verba enim constituti referri debent ad eum cui fit non ad alium, vt benè hîc notat Bartolus, nisi, inquit, alius ille fingatur idem ratione potestatis vel legitimæ administrationis, vt excipiantur procurator, tutor pupilli, actor municipum, curator furiosi, seruus is qui bona fide seruit, & filiusfamilias, de quibus agitur in §§. & legibus sequentibus.

6 ¶ Iulianus libro vndecimo digestorum scribit, procuratori constitui posse. quod Pomponius ita interpretatur, vt ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino.

Ad § 6. Iulianus libro vndecimo.

RAT. DVB. Procuratoris persona licet sit libera, nudum tamen ministerium ei præstare intelligitur cuius procurator est, *l. & licet 15. infr. hoc tit. l. quod meo 18. infr. de acquir. possess.* Ergo potest quis etiam procuratori alterius ita constituere, vt constituat se non ipsi procuratori, sed domino soluturum. DEC. Per liberam procuratoris personam nihil acquiri nobis potest, excepta sola possessionis causa, quam vtilitatis gratia excipi debere visum est, *l. 1. C per quas person. nob. acquir. l. solutum 11. §. pen. & vlt. infr. de pignor. act.* Atqui ex constituto nascitur actio in fauorem eius cui constituitur *l. 1. supr.* Ergo non potest ita constitui procuratori, vt qui constituit, promittat se soluturum domino. Quid igitur? Constituere debet se soluturum procuratori. Sic fiet vt obligatio constituti acquiratur procuratori, procurator autem eam cedere postmodùm domino cogatur actione mandati *l. etsi possessio 49. §. vlt. infr. de acquir. poss.* Is tamen qui constituit potest cōstituere non per procuratorem, sed per nunciū, quia hoc casu nudum ministerium duntaxat præstari videtur *d. l. & licet* cùm nihil intersit an quis per se, an per alium se obliget: quod enim quis per aliū facit, per seipsum facere videtur, vt est in regula iuris pontificij *l. ita autem 5. §. quòd si quis tutelam infr. de admin. tutor.* Denique facilius est vt per aliū quis obligetur, quàm vt alteri per alterum actio acquiratur, & facilius quoque, vt per nūcium quis aut obligetur, aut sibi obliget quàm vt per procuratorem *l qui autem 14. §. vlt.* vbi dicemus *infr.* Planè si fortè procuratori præsentis constitutum sit, dabimus actionem vtilem constitutæ pecuniæ etiam domino sine vlla cessione, exemplo eius quod de procuratoris stipulatione scriptum est in *l. si procuratori 79. de verb. oblig.*

7 ¶ Itē tutori pupilli constitui potest, & actori municipū, & curatori furiosi.

Ad §. 7. Item tutori.

RAT. DVB. Per liberam personam alteri quæri actio nulla potest, vt diximus in præcedentibus. Atqui persona tutoris, & actoris municipum, & curatoris furiosi libera est. Nec enim seruus aut tutor esse potest aut actor municipum aut curator furiosi *§. 1. Instit. qui testam. tutor. dar. poss.* Ergo non magis tutori pupilli, vel actori municipum, vel curatori furiosi, quàm procuratori constitui potest. Quid enim aliud hi omnes sunt quàm veluti quidam procuratores? Vnde & procuratori tutor hac parte comparatur *l. solutum 11. §. per liberam infr. de pignor. act.* DEC. Tutor pupilli & curator furiosi in eo plus iuris habent quàm procurator, quòd vice & loco dominorum sunt, cùm rem pupilli vel furiosi tractant *l. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam. l. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor.* Idque nō ex voluntate hominis sed ex potestate legis. Ideóque quod constituitur tutori pupilli vel curatori furiosi, non alij quàm ipsi pupillo vel furioso constitutū esse intelligitur, adeò vt nec vlla cessione opus sit ad actionem constitutæ pecuniæ in pupillum vel furiosum transferendam, quia nec tutori ipsi, vel curatori furiosi aliqua actio siue directa siue vtilis ex eiusmodi constituto competit, præsertim cùm constitutū solutionis loco cedat *l. idem est 10. infr.* nemo autem dubitet quin & tutori pupilli & curatori furiosi solui possit. Quinimò si ex pecunia pupilli vel furiosi obligatio & causa constitutæ pecuniæ proficisceretur, & cōstitutum ipsi tutori pupilli vel curatori furiosi factum proponeretur, nulla quoq; pupilli vel furiosi facta mētione, dicendū esset etiā pupillo ipsi vel furioso acquisitā vtilem actionē constitutæ pecuniæ *l. 2. infr. quand. ex fact. tutor. l. 2. & 4. C. eod.* nam quod dicitur quasi pro iuris regula, per tutorē non quæri actionē pupillo *l. vlt. eod.* tunc locū habet cùm tutor proprio nomine cōtraxit, nō quasi tutor. Quo tamen casu regula exceptionē patitur, adeóq; diuersas exceptiones, quod significat *d. l. vlt.* iis verbis *nisi certis ex causis* inter quas præcipua illa est, quam diximus, si tutor proprio suo nomine, ex re tamē & pecunia pupilli ad suā non ad pupilli vtilitatē contraxerit. Idémq; in furiosi curatore iuris est, quia hic quoq; ius habet in personam pupilli ex lege duodecim tabularum *l. 1. infr. de curat. furios.* quod in curatore minoris diuersum est, datur enim ille rebus minoris principaliter, nullomodo personæ. Quæ ratio est eius, quod scribitur in *leg. puberes 101. de verbor. oblig.* Tutor verò & curator furiosi personæ principaliter, bonis autem non nisi per consequentiam *dict. leg. 1. de curat. furios. leg. quoties 12. §. cùm tutor de administ. tutor.* Et idcircò de curatore furiosi tantùm Vlpianus hîc loquitur, non etiam de cu-

de curatore minoris. Quamuis in specie *§. si actori infr.* eadem constituatur ratio adolescentis quæ furiosi, cùm scilicet constitutum est solui adolescenti ipsi, non item curatori. Non enim quod adolescenti debetur, etiam curatori eius deberi intelligitur, vt vel constitui vel solui curatori possit sine minore, tametsi cùm minori soluitur, curatorē adhiberi, eiúsque authoritatem interuenire oporteat *l. ait prætor 7. §. sed etsi ei supr. de minor. & tit. C. si tut. vel curat. interuen.* At quod pupillo vel furioso debetur etiam tutori, aut curatori constitui potest, quia & tutori & curatori debitum intelligitur. Et quemadmodum ex curatoris stipulatione non potest adolescenti quæri actio, ita neque ex constituto quod factum sit curatori, nisi constitutum sit solui ipsi adolescenti vt in *d. § si actori.* Quod verò ad actorem municipum pertinet, habet hoc non tam ex ratione iuris, quàm ex priuilegio, vt ei constitui nomine municipum possit vtilitatis gratia, quoniam alioqui municipibus constitui numquam posset, nec alia actio vlla eis acquiri, quia consentire vni non possunt *l. 1. §. vlt. l. 2. de acquir. poss.* Constitutum autem non fit sine consensu *l. 1. in princip. supr.* vt nec alius vllus contractus *l. in omnibus 55. & l. 57. infr. de oblig. & act. l. 1. §. conuentionis supr. de pact. l. item eorum 6. §. vlt l. vlt. supr. quod cuiusq. vniuers. nomin.* Sed priuilegium hoc non tam est actoris quàm municipum, quibus alioquin commercio interdictum videretur, quod iniquum & ab vtilitate publica alienum esset *d. l. quod si minor 24. §. quæsitum supr. de minor. iunct. d. l. 2. de acquir. poss.*

8 ¶ Sed & ipsi constituentes tenebuntur.

Ad §. 8. Sed & ipsi.

RAT. DVB. Secundum naturam est cuiusque rei commoda eum sequi quem sequuntur incommoda *vulg. l. secundum naturam 10. de regul. iur.* Atqui cùm tutori pupilli vel curatori furiosi vel actori municipum actio non ipsis quæratur, sed pupillo vel furioso vel municipibus, & quidem recta via, vt proximè dictum est, ergo etsi ipsi constituant nomine tutorio, vel curatorio, vel pro municipibus, non ipsi teneri debent de constituta pecunia, sed pupillus, furiosus, municipes; non enim minùs possunt tutor, curator furiosi, & actor municipum obligare pupillum, furiosum, & municipes, quàm actionem iis quærere. Neque verò æquum est officium tutoris, & curatoris, & actoris damnosum iis esse *l. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior. l. 3. §. vlt. infr. de testib. l. sed si quis 6. §. 1. infr. testam. quemadm. aper. l. si seruus 61. §. quod verò de furt. l. cū quidam. 26. C. de admin. tutor.* Esset verò dānosum, si quod pupilli furiosi, vel municipum nomine constituissent, soluere cogerentur. Nec ad rem pertinet quod actione tutelæ vel negotiorum gestorum posteà sint repetituri, quantum soluerint. Ipsorum siquidē interest, nō soluere potiùs quàm solutum repetere. *l. 3. infr. de compensat. l. si stipulatus 15. in princip. inf. de fideiuss.* DEC. Cùm tutor pupilli vel curator furiosi vel actor municipum constituerunt, licet pro pupillo, vel furioso vel municipibus, verum tamen est eos constituisse: ergo ex proprio facto conueniri debēt, nec minùs ex cōstituto quā ex alio quolibet cōtractu, cū cōstitutū licet propriè cōtractus nō sit, vim tamē cōtractus obtineat, quātum ad producēdam actionē. Satisq. iis esse debet, quòd vbi sint cōdēnati, nō darur in eos iudicati actio, tāquā quos officij necessitas excusare debeat, ne vltro se liti obtulisse videantur *l. 4 § 1. & seq. infr. de re iudic.* quòd si quid ex eiusmodi constituti causa impenderint, æquo animo ferre debent prorogationis incommodum, & quod habituri sint repetitionem, cùm ea lege ad officij administrationem accesserint. Denique ex constituto is solus obligari potest qui constituit, licèt alieno nomine, cùm nō nisi ex proprio consensu obligari quisquam possit, non etiam ex alieno. Proinde in pupillum ipsum aut furiosum aut actorem municipum actio de constituta pecunia dari non potest, cùm verum sit eos nec constituisse, nec consensisse.

9 ¶ Si actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furiosi, vel adolescentis ita constituatur, *municipibus solui*, vel *pupillo*, vel *furioso*, vel *adolescenti*, vtilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti vtilem actionem.

Ad §. 9. Si actori.

RAT. DVB. An id est constitui posse tutori, vel curatori furiosi, vel actori municipum, quod fieri posse suprà diximus. Aliud verò sic cōstitui *municipibus solui* vel *pupillo*, vel *furioso*, vel *adolescēti*, vt in specie huius §. his enim casibus confertur constitutum in personam extraneam, quod conferri debet in personam eius ipsius cui constituitur *§. itē si mihi 5.* vbi diximus *supr.* alia enim est persona tutoris, alia pupilli, alia curatoris, alia furiosi vel adolescentis, alia denique actoris, alia municipum. DEC. Multa ex æquitate & vtilitate contra iuris rigorem recepta sunt, præsertim fauore personarum, de quibus tractamus quæ omnium fauorabilissimæ existimātur *l. ita vulneratus 51. in fin. supr. ad leg. Aquil. l. pupillus 9. infr. de acquir. hered.* nam cùm in cæteris omnibus, tum maximè in iure æquitas spectanda est *l. in omnibus 90. de regul. iur. l. placuit 8. C. de iudic.* est enim ius ciuile totum ad publicam vtilitatem comparatum: vnde est quod prudentes nostri passim pro æquo habent, quod est vtile, & contrà pro iniquo id quod est inutile *l. 1. §. 2. infr. de posit. l. quæsitum 40. infr. de acquir. hered.* atqui pupillo & furioso & adolescenti & municipibus vtile est, adeóque reipublicæ vt valeat constitutum quod à tutore vel curatore vel actore municipum in huiusmodi personas collatum est, licet stricta iuris ratio repugnet. Quia non tam facile possent huiusmodi personæ sibi prospicere propter infirmitatem consilij, quàm consuli eis potest per eorum prudentiam, à quibus reguntur: nec differt hac parte adolescens à furioso, nec curator furiosi à curatore adolescentis, vt diximus ad *§. 7. supr.* meritò igitur placuit ex eiusmodi constituto, quod à tutore, curatore, vel actore in personam pupilli vel furiosi vel adolescētis vel in municipes collatum sit, dandam esse pupillo ipsi & furioso & adolescenti actionem, at non directam, quæ strictò iure competere non potest, sed vtilem, id est ex æquitate, vt Vlpianus hîc scribit. Etsi enim ius prætorium totum pendet ab æquitate, in quo maximè

differt à ciuili, habet tamen suas quoque regulas, & consequenter suum rigorem, ex iis regulis æstimandum, à quibus si quando maior aliqua & specialior æquitas abhorreat, quæ non priuatæ tantùm, sed etiam publicę vtilitatis fauorē admixtum habeat, tum verò separanda est æquitas à rigore iuris prætorij & præferenda semper æquitas propter vetustissimam illam & omnium potentissimam legem duodecim tabularum *Salus populi suprema lex esto.* Inde namque sunt tot prętoriæ actiones vtiles inductæ ad supplendas directas prætorias, quoties directæ deficiunt obstante iuris prætorij rigore, nec tamen deficit æquitas quæ dandas actiones vtiles suadeat, exemplum elegans est in hoc §. *& in l. id quod 19. §. 1. infr. eod.*

10 ¶ Seruo quoque constitui posse constat. & si seruo constituatur, *Dominò solui*, vel *ipsi seruo*, qualemqualem domino seruum obligationem adquirere.

Ad §. Vlt. seruo quoque.

RAT. DVB. Seruus pro nullo habetur non minùs prætorio iure quā ciuili *l. nullomodo 7. infr. de l. Cornel. de fals. l. qui testamento 20. §. seruus inf Qui testam. facer. poss.* vbi dicitur seruos nullā penitus communionem habere iuris ciuilis in totum, at ne quidem prætorij: solùmque ius naturale excipitur, cuius respectu nulla est inter seruos & liberos homines differentia *l. 4. supr. de iust. & iur. l. quod attinet 32. de regul. iur.* ergo nō potest constitui seruo. Personam enim aliquā esse oportet cui constituatur, cùm non fiat constitutū, vt nec aliud pactum vllū sine consensu duorum *l. 1. §. & est pactio supr. de pact.* in quo differt à pollicitatione *l. 3 infr. de pollicit.* DEC. Vtilitatis causa inductum est. vt quamuis seruus iure ciuili & prætorio pro nullo habeatur, stipulari tamen possit, & ex omni causa contrahere ex persona scilicet domini, ex qua & institui heres potest *Tit. de stipulat. seruor. Instit. l non minùs 31. infr. de hered. instit.* acquirit enim non sibi sed domino, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consista *l. placet 79. infr. de acquir. hered. & tit. per quas person. nob. acquir. instit.* ergo quemadmodum potest quis stipulanti seruo promittere, ita & constituere. Alioquin esset maiore ex parte inutilis vsus seruorum in republica, si non per eos ex omni penè causa dominis etiam ignorantibus, & inuitis acquireretur *l. etiam 32. infr de acquir. rer. domin. l. seruus vetāte 62. de verb. oblig.* nec interest an seruo cōstituatur solui domino, vel ipsi seruo, vtroq. enim casu acquiritur actio domino, & quidem directa non vtilis, quia licèt solutio sit facti *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* quę autem sunt facti, non soleant trāsire ad dominum *l. qui heredi 44. de condit. & demōstr. l. nec seruus 41. infr. de pecul.* quæ ad hunc locum dubitandi ratio est. actio tamen quæ ex facto illo acquiritur, iuris est, & quidem prętorij, idcóque in serui persona subsistere nō potest, & necessariò acquiritur domino: adeóque per qualemqualem seruum, vt hic Vlpianus adiicit, id est vt benè Cuiacius explicat, non tantùm per seruum actorem & ordinarium, sed etiam per vicarium. In quo dubitādi ratio illa occurrit quod non qualiquali seruo solui potest, sed actori tantùm, & ordinario, & quidem qui ius habeat recipiendæ solutionis *l si actore 19. C. de solut.* constitutum autem habet vim solutionis *l. idem est 10. infr. hoc tit.* sed decidendi ratio est, quia constitutum licèt solutionis vim & effectum tandem habeat, incipit tamen ab obligatione quæ per quemlibet seruum acquiritur domino, sicut & actio, quæ ex illa obligatione nascitur, non minùs quàm si seruus ille qualisqualis stipulatus esset: nihil enim hac parte differt constitutum à stipulatione, nisi quòd constitutæ pecuniæ obligatio & actio prætoria est: ex stipulatione verò ciuilis *§. de constituta instit. de action.* malè apud Accursium vulgata editio habet *quare seruum* pro *qualemqualem seruum.* Et in litera Pylei quam idem Accursius refert malè rursum *qualemqualem obligationem*, dixit enim Vlpianus *qualemqualem seruum* non autem *qualemqualem obligationem.* Nam & aliqua inter seruos differentia est, cùm alij ordinarij sint, alij vicarij, alij actores & dispēsatores, alij verò nudi serui, & sine officio, at inter obligationes nulla.

6. PAVLVS libro 2. Sententiarum.

IDem est, & si ei, qui bona fide mihi seruit, constitutum fuerit.

Ad l. Idem est 6.

RAT. DVB. Quisquis bona fide seruit, vel alienus seruus est, vel homo liber. Atquin si alienus seruus est, acquirit domino suo, vt proximè diximus, sin liber homo acquirit sibi. ergo si ei qui bona fide mihi seruit, constitutū sit, sed non potest mihi ex cōstituto quæri actio. DEC. Siue liber homo sit siue alienus seruus, qui bona fide mihi seruiat, acquirit mihi, dummodò vel ex re mea acquirat, vel ex operis suis *l. acquiruntur 10. §. idem placet infr. de acquir. rer. domin.* nam & ex re mea acquirere videtur quod ex operis suis acquirit *l. qui bona fide 23. in princip. eod.*

7. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

SEd & si filiofamilias constituatur, valet constitutum.

Ad l. Sed et si 7.

RAT. DVB. Filiusfamilias ex omnibus causis & obligare sibi potest & obligari, cùm habeat personam integram & caput in ciuitate *l. nam ciuium 4. supr. de stat. homin. l. filius familias 39. de oblig. & action.* ergo si quis constituerit se filiofamilias soluturum, acquiritur actio constitutæ pecuniæ filiofamilias non patri: contrà quàm tamen Vlpianus hîc sentiat, qui cùm ait, si filiofamilias constituatur, valere constitutum: sic proculdubio intelligit, vt ex eo constituto acquiratur patri actio non ipsi filiofamilias,

millas cui constitutum est, siue simpliciter ei constitutum sit, siue ita vt ipsi filio soluatur. DEC. Est quidē filiusfamilias capax acquisitionis etiam inspecto iure Pandectarum, nolente patre sibi acquiri *l. 4. §. sed & filiusfamil. sup. de edend. l. is qui heres 13. §. vlt. l. cū heres 52. infr. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio l. imperator. 50. infr. ad SC. Trebel.* sed extra hūc casum quidquid filiusfamilias acquirebat olim, siue ex sua stipulatione, siue ex qua libet alia conuentione, acquirebat patri, non minus quàm seruus domino, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona filiifamilias consisteret *l. placet 79. de acquir. hered.* ergo quemadmodum per seruum etiam qualemqualem acquiritur actio constitutæ pecuniæ domino, siue ipsi seruo, siue domino solui constitutum sit, *§. vlt. l. prox. supr.* Ita & dicendum est, si filiofamilias quoquomodo constitutum sit, acquiri actionem patri non domino, eámque directam, non vtilem. Aliud iuris est si filiusfamilias ipse constituat, non enim patrem obligat nisi de peculio, ipse verò in solidum obligatur, sicut ex quolibet alio contractu *d. l. filiusfamilias 39. de oblig. & act. l. si quis cum filiofamilias 44. de pecul.*

1 ¶ Si mihi aut Titio stipuler: Titio constitui suo nomine non posse, Iulianus ait: quia non habet petitionem: tametsi solui ei possit.

Ad §. 1. Si mihi aut Titio.

RAT. DVB. Etiam adiecto solutionis gratia solui potest, perinde ac ipsi stipulatori, ita vt ex ea solutione contingat ipso iure liberatio, quamuis prohibente stipulatore *l. vero procuratori 12. §. penult. l. aliud est 106. infr. de solut.* At qui constitutum habet vim solutionis *l. idē est 10. infr.* ergo etiā adiecto solutionis causa cōstitui suo nomine nihil prohibet. DEC. Omne cōstitutū supponi præcedens aliquod debitū *l. 1. §. debitū sup.* nec proinde cuiquam cōstitui suo nomine potest quē ei suo nomine debeatur: Atqui adiecto solutionis gratia nihil suo nomine debetur, qui a stipulationi alienæ adiicitur solutionis tantùm causa, non etiā obligationis *l. cū qui 56. §. qui sibi de verb. oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quæsitum inf. de solut.* ideoque nullam habet petitionem, quia cum nulla obligatio acquiritur ei nec actio, nec petitio vlla acquiri potest, & quamuis ei solui possit, non tamen suo nomine ius habet accipiendæ solutionis, sed nomine stipulatoris, cui & idcirco mandati actione tenetur, vt quod ipsi solutum est stipulatori restituat *l. qui res 98. §. qui stipulatus infr. de solut. §. si quis alij instit. de inutil. stipulat.* ergo nec ei constitui suo nomine potest, planè quin stipulatoris nomine possit ei constitui, nec dubitari potest, postquàm placuit etiam alij posse constitui, quod alij debetur *l. 5. §. quod exigimus supr.* Quidni ergo etiam ei qui solutionis causa est adiectus? Et miror Accursium hoc negare, & mandatum expressum requirere, ad hoc vt adiecto solui possit: quasi tacitum non sufficiat, quod tamen nec vllomodo necessarium est, vt ex eo apparet, quod sufficit debitum alicui esse id quod alij constituitur licèt nondum appareat persona, cui debeatur *l. hactenus 11. infr.* quo tamen casu neque expressum, neque tacitum mandatum aut fingi aut subintelligi potest.

8. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

SI verò mihi aut Titio constitueris te soluturum: mihi competit actio. quod si, posteaquam soli mihi te soluturum constituisti [a], solueris Titio: nihilominus mihi teneberis.

Ad l. si verò 8.

RAT. DVB. Qui patitur sibi cōstitui aut Titio nō minus Titio prospicit, quā sibi ipsi. Facit enim parē suā & Titij conditionem, ergo quemadmodum ex eiusmodi constituto mihi competit petitio & actio constitutæ pecuniæ, ita & Titio debet competere: nec enim volenti mihi vlla in eo fieri potest iniuria *leg. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.*

DEC. Non magis potest quis constituendo aut constitutum admittendo alteri quærere actionē quàm stipulando: est enim generalis regula iuris ciuilis & prætorij, Per liberam personam quæri actionem alteri non posse *l. solutum 11. §. per liberam inf. de pignor. act.* Sunt enim obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ, vt sibi vnusquisque acquirat quod sua interest, vt autem alij acquiratur nihil interest, mea *leg. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. iunct. l. vltim. supr. de legib.* nec potest in eam rem potentius esse constitutū quàm stipulatio. *§. de constituta instit. de action.* ergo quemadmodum si mihi dari stipuler, aut Titio, persona Titij solutionis tantùm causa stipulationi adiecta esse intelligitur nō obligationis, quia nec potuit *l. cū qui 56. §. qui sibi l. si duo 128. de verb. oblig. l. Stichū 95. §. quæsitum. l. aliud est 106. inf. de solut.* Ita & si mihi aut Titio cōstitueris te soluturū, dicēdū est soli mihi nō etiā Titio acquiri petitionem, & actionē: quippe quam præcedere necessariò debeat obligationis acquisitio, vt diximus ad *§. 1. legis præcedentis.* Non enim voluntas mea sufficit etiamsi maximè id voluerim; cùm deficit potestas iuris *l. 4. infr. de acquir. hered. l. quoties 9. in princip. de hered. inst. l. multum interest. 6. C. si quis alter. vel sib.* Iunge quæ scripsi ad *l. 5. §. item tutori 7. supr.*

a *Quòd si posteaquàm soli mihi te soluturū constituisti.* RAT. DVB. Cùm ita stipulatus sum *mihi aut Titio dare spondes,* quamuis debitor postea constituat se mihi soluturum, competit quidem mihi soli de constituta pecunia actio, sed tamen etiam adiecto nihilominus solui potest, quia quod adiecto soluitur mihi solui videtur, inquit idem Paulus noster in *l. si ita stipulatus sim 59. infr. De solut.* Ergo verum esse non potest, quod hîc ex eodem Paulo scribitur, si posteaquam soli mihi te soluturum constituisti solueris Titio, te mihi adhuc nihilominus teneri. DEC. Multum refert an sic mihi constitueris, vt mea tantùm persona in constituto nominata sit, an verò mihi soli te soluturum constitueris. Priore casu liberaris soluens Titio *d. l. si ita* posteriore ve-

rò non item, quia repugnat datio illa *soli*, quæ non potest videri adhibita fuisse in constituto, nisi ad exclusionem Titij, qui licèt in stipulatione adiectus fuerit solutionis causa, ita vt nec legem stipulationis immutare stipulator potuerit, *l. vero procuratori* 12. §. *pen. l. aliud est* 106. *infr. de solut.* potuit tamen ab ea solutionis accipiendæ facultate excludi per conuentionem contrariam stipulatoris & promissoris, quomodo hîc ponimus interuenisse, ita facto constituto, vt mihi soli debeas soluere, quod mihi aut Titio solui ex lege stipulationis potuerat, & debuerat. Nec fuit in eam rem necessarius Titij consensus, cui nullum ius obligationis quæsitum fuerat, quíque si solutionem etiam ante constitutum accepisset, eam ipsam pecuniam actione mandati mihi reddere debuisset *l. qui res* 98. §. *qui stipulatus inf. de solut.* §. *si quis alij instit. de inutil. stipulat.* neque obstat si quis obiiciat pactum nudum subiectum & contrarium stipulationi, nô tollere stipulationem ipso iure, sed tantùm per exceptionem *l. si vnus* 27 §. *pactus ne peteret sup. de pact.* vbi ratio redditur, quia in pactis factum, in stipulationibus verò ius versatur. Id enim ad pacta nuda pertinet, non ad constituta quæ cum iuris prætorij auctoritate munita sint, pariá atque actionê, nuda dici certè nô possunt. Neq. tamen in hac specie tollitur ipso iure stipulatio per constitutû, sed lex tantùm stipulationis immutatur, quod ad personam Titij pertinet, cui nullum prorsus obligationis ius ex ea stipulatione, vt diximus, fuerat acquisitum. Aliud certè esset si pro côstituto poneremus interuenisse pactum de non petendo vt in *d.* §. *pactus ne peteret.* aut constitutum factum esse de soluendo alij, quàm mihi stipulatori. Etsi enim etiam in constituto ius versatur, non autem nudum factum, ius tamen illud prætorium est non ciuile, ideóque non magis posset stipulationem tollere, in qua ius ciuile versatur, quàm nuda pactio, sed auxilium exceptionis in eam rem esset necessarium. Cui enim damus actionem, multo magis daremus exceptionem constitutæ pecuniæ *arg. l.* 1 §. *is autem infr. de superfic. l. inuitus.* 156. §. 1. *de regul. iur.*

9. Papinianvs libro 8. Quæstionum.

Titius tamen indebiti condictione tenebitur, vt quod ei perperam solutum est, ei qui soluit, reddatur.

Ad l. Titius 9.

Rat. dvb. Titius tenetur mihi actione mandati, vt quod tanquam adiectus solutionis causa à debitore meo accepit, mihi restituat *l. qui res* 98. §. *qui stipulatus inf de solut* §. *si quis alij Instit. de inutil stipulat.* ergo nô potest teneri côdictione indebiti, vt ei reddat pecuniam à quo solutionê accepit. Alioqui duobus eiusdê pecuniæ nomine insolidum teneretur, quod esset iniquum. Dec. Adiectus solutionis causa tunc tenetur actione mandati, cùm ex stipulationis lege ius habuit accipiêdæ solutionis, quam scilicet accepisse intelligitur ex mandato & voluntate testatoris; adeò vt nec liberû sit stipulatori hoc mandatum reuocare, ne quidem re integra: quod in cæteris mandatis diuersum est, nisi cùm in rem mandatarij mandatum factum est *l. illam* 33. *C. de donat.* §. *rectè & seq. Instit. de mâdat.* nempe quia certam legem ab initio habuit stipulatio, quam postea immutare stipulator inuito promissore non potuit *l. vero procuratori* 12. §. *pen. l. aliud est* 106. *infr. de solut.* In proposita verò specie ponimus mandatum quod inerat stipulationi, reuocatum fuisse per constitutû postea secutum ex voluntate vtriusque tam promissoris quàm stipulatoris, per quod scilicet promissor constituit se mihi soli soluturum. Ergo si ab eo tempore Titius solutionem acceperit, mandati actione teneri mihi non potest, & consequenter ne ex aliena iactura locupletetur, necesse est, vt ei qui soluit, condictione indebiti teneatur *l. nam hoc natura* 14. *iunct. l. si procurator* 8. *supr. de condict. indeb.* Præsertim cum stipulator cui soli promissor soluturum se postea constituit, loco eius habendus sit cui iam solutum est, quia constitutum loco solutionis cedit, vt subiicitur in *l. sequ.* si autem stipulatori priùs solutum esset, deinde adiecto solutionis causa nemo dubitaret quin adiectus conditione indebiti teneretur soluenti, non autem mihi actione mandati.

10. Pavlvs libro 29. ad Edictum.

Idem est, & si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum alteri postea solutum est: quia loco eius, cui iam solutum est, habere debet is, cui constituitur.

Ad l. Idem est 10.

Rat. dvb. quod duobus correis credendi debetur, singulis in solidum debetur, & ideo qui prior solutionem accepit, debitorem communem à correo liberat *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *& pass. infr. de duob. reis.* In eóque plus iuris habet correus credendi quàm is qui solutionis causa tantum adiectus, est cùm adsciatur correus vt sit etiam particeps obligationis, ac proinde, quod in præcedentibus diximus, posse stipulatorem ex voluntate promissoris etiam ignorante adiecto immutare legem stipulationis, non videtur ad hunc casum extendi posse. Illo enim casu verendum non est ne iniuria fiat adiecto, qui nihil penitus iuris in obligatione habet. At in duobus correis verendum est, neque ferendum, vt ius quod habet vnus ex correis, nô tanquam adiectus sed tanquam creditor alterius correi facto ipsi adimatur *l. Granius* 71. §. *pen. inf. de fideiuss. l. si Stichum* 8. *in fi. de nouat.* ergo aliud iuris esse debet in duobus correis stipulandi, quàm sit in adiecto solutionis causa, vt si post stipulationem per quam correi credendi facti sunt, alteri eorum côstituatur, alteri nihilominus solui possit, nec indebiti conditione teneatur alter ille si solutionem acceperit, nisi fortè & ipse constituto probetur consensisse: quo casu non tam correi sui facto quam suo proprio & obligationem, & actionê sibi quæsitam amisisse videretur. Dec. Cùm quid pluribus correis credendi debetur, licèt singulis in solidum debeatur, attamen vna tantùm obligatio est quæ proinde per solutionem alterutri factam tollitur etiam ignorâte adeóque inuito altero: nec tantùm per solutionem, sed etiam per acceptilationem, quæ nihil nisi imagina-

ria

ria solutio est §. 1. *instit. quib. mod. tollit. oblig.* adeóque per nudam & simplicem petitionem *d. l. 2. & l. 3. §. 1. l. ex duobus 16. de duob. reis.* Id enim est, quod dicimus, ex duobus correis siue debendi, siue credendi alterius factum alteri quoque nocere *l. penult. eod. tit.* atquin is cui cõstituitur, loco eius haberi debet, cui iam solutum est, cùm solutionis loco cõstitutum cedat, sicut & iusiurandum *l. iusiurandum etiã 27. supr. de iureiur.* ergo quemadmodum si vni ex correis solutum re vera esset, sublata esset tota obligatio, nihílque iam alteri deberetur, ita vt quod alteri correo postea solutum esset, ei condici iure posset tãquã indebitum ab eo qui soluisset, ita & si postquàm alteri constitutum fuit, alteri solutum proponatur. Bene tamen notat Accursius, constitutum non per omnia vim habere solutionis. Facta enim solutio liberaret communem debitorem ab vtroque correo credendi, & quidem ipso iure *d. l. 3. §. 1.* at constitutum retinet eum in obligatione erga correum, cui constituitur, ab alio verò eum quidem liberat, sed per exceptionem tantùm non ipso iure. Habet enim debitor exceptionem constitutæ vni pecuniæ si ab altero cõ[u]eniatur. Quæ exceptio cùm sit fauorabilis & perpetua, repetitionẽ soluti proculdubio parit *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Ideóque dicimus eum ex correis cui constitutum est, posse alterum quoque correum in causam constitutæ pecuniæ procuratorem dare *l. licet 42. §. porrò sup. de procurat.* quasi correus credendi esse desierit, qui cœpit exceptione perpetua repelli posse *l. creditores 10. l. creditor 55. debitor 106. de verb. signifi. l. nihil interest 112. de reg. iur.*

II. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

HActenus igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit: etiam si nullus appareat, qui interim debeat. vtputa si ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat quis se soluturum. nam & Pomponius scribit, valere constitutum: quoniam debita ea pecunia constituta est.

Ad l. Hactenus II.

RAT. DVB. Non entium & non apparentium idem solet esse iudicium *l. duo sunt Titij 50. infr. de testam. tutel. § si aduersus instit. de nupt.* ergo quemadmodum non valeret constitutum eius pecuniæ cuius debitor nullus esset, ita neque valere debet eius pecuniæ cuius debitor adhuc nullus apparet. Quid enim si debitoris hereditas nunquam adeatur, atque ita debitor sine successore decedat, vt neque ad fiscum bona vacantia peruentura sint, existente fortè debitore non soluendo? vt in *l. habere licere 57. infr. de euict. iunct. l. 1. §. an bona infr. de iur. fisc. l. 1. §. idem Pomponius quærit si apud te 14. infr. depos. l. 1. C. de oblig. & action.* Quid rursum si debitor captus sit ab hostibus? Est namque incertum an futurum sit, vt ipsi debeatur, an heredi ipsius: si enim ab hostibus reuertatur, ipsi debitum fuisse intelligetur, quasi semper manserit in ciuitate, si verò apud hostes morietur, non ipsi sed heredi eius debitum apparebit quasi mortuo debitore in ciuitate à prima hora captiuitatis. Alterutrum si quidem euenire necesse est ex fictione aut postliminij aut legis Corneliæ de captiuis *l. si is qui pro emptore 15 l. iusto. 44. §. vlt. infr. de vsucap.* euentum igitur expectari necesse est, vt sciatur cuius debitum constitutum sit. DEC. Vt valeat constitutum, sufficit debitum reuera subesse, nec refert cuius debitum sit, cùm possit quilibet constituere quod quilibet alius debet *l. eum qui 5. §. quod exigimus supr.* Atqui nec quod debitor sine herede decesserit nec quod ab hostibus captus sit, facere potest vt minùs debitum maneat ex parte rei quod priùs debitum fuit. Adeò vt etiam iacente hereditate, & durante captiuitate incipiat præscriptio currere *l. 4. infr. de diuers. tempor. præscript. iunct. l. ad diem 77. de verb. oblig.* Alia nempe quæstio est, an debeatur, alia verò cui debeatur. Ergo etiamsi debitor sine herede decesserit, aut ab hostib. captus sit, constitutum nihilominus valebit, nam & fideiussor priore casu vtili actione obstrictus maneret *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. de solut.* Aliud sanè est, vt bene notat Accursius, si debitori deportatio irrogata sit: nec enim pro tali debitore fideiussor accipi potest quasi contra debitorem tota obligatio extincta sit, vt Papinianus respondit in *l. si debitori 47. infr. de fideiuss.* Adeò autem valet hoc cõstitutum, vt ex eo conueniri possit is qui constituit, etiam priùs quàm hereditas debitoris adita sit, vt idem Accursius hîc notat, exemplo eius qui citeriore die constituit se soluturum, id quod alius debeat, de quo in *l. 4 supr.*

1. ¶ Si quis centum aureos debens, ducentos constituat: in centum tantummodò tenetur, quia ea pecunia debita est. ergo & is, qui sortem, & vsuras [a], quæ non debeantur, constituit: tenebitur in sortem dumtaxat.

Ad §. 1. Si quis centum.

RAT. DVB. Non valet constitutum nisi præcedens debitum subsistat *l. 1. § debitum supr.* & initio huius legis. Atqui cùm is qui debens centum duntaxat ducenta constituit, tam est indebitum quod constituitur, quàm est debitum. Ex ducentis enim centũ debentur, centũ non debẽtur: ergo nõ potest, hoc constitutum valere, quippe cuius causa indiuidua esse videtur, vt & omnium contractuum *arg. l. cùm ex causa 139. infr. de verbor. oblig.* DEC. In iis quæ sui natura sunt diuidua, inutilis adiectio non viciat, sed viciatur *l. 1. §. penult. eod. l. placuit 29. infr. de vsur.* Atqui summa ducentorum aureorum quam constitutam fuisse ponimus diuidua est, nec quicquã vetat centum esse debita, & centum indebita. Ergo valebit constitutum pro centum debitis, pro aliis centum indebitis non [valeb]it. Referendum

rò non item, quia repugnat datio illa *soli*, quæ non potest videri adhibita fuisse in constituto, nisi ad exclusionem Titij, qui licèt in stipulatione adiectus fuerit solutionis causa, ita vt nec legem stipulationis immutare stipulator potuerit, *l. vero procuratori 12. §. pen. l. aliud est 106. infr. de solut.* potuit tamen ab ea solutionis accipiendæ facultate excludi per conuentionem contrariam stipulatoris & promissoris, quomodo hîc ponimus interuenisse, ita facto constituto, vt mihi soli debeas soluere, quod mihi aut Titio solui ex lege stipulationis potuerat, & debuerat. Nec fuit in eam rem necessarius Titij consensus, cui nullum ius obligationis quæsitum fuerat, quíque si solutionem etiam ante constitutum accepisset, eam ipsam pecuniam actione mandati mihi reddere debuisset *l. qui res 98. §. qui stipulatus inf. de solut. §. si quis alij instit. de inutil. stipulat.* neque obstat si quis obiiciat pactum nudum subiectum & contrarium stipulationi, nō tollere stipulationem ipso iure, sed tantùm per exceptionem *l. si vnus 27 §. pactus ne peteret sup. de pact.* vbi ratio redditur, quia in pactis factum, in stipulationibus verò ius versatur. Id enim ad pacta nuda pertinet, non ad constituta quæ cum iuris prætorij auctoritate munita sint, pariántque actionē, nuda dici certè nō possunt. Neq. tamen in hac specie tollitur ipso iure stipulatio per constitutū, sed lex tantùm stipulationis immutatur, quod ad personam Titij pertinet, cui nullum prorsus obligationis ius ex ea stipulatione, vt diximus, fuerat acquisitum. Aliud certè esset si pro cōstituto poneremus interuenisse pactum de non petendo vt in *d. §. pactus ne peteret.* aut constitutum factum esse de soluendo alij, quàm mihi stipulatori. Etsi enim etiam in constituto ius versatur, non autem nudum factum, ius tamen illud prætorium est non ciuile, ideóque non magis posset stipulationem tollere, in qua ius ciuile versatur, quàm nuda pactio, sed auxilium exceptionis in eam rem esset necessarium. Cui enim damus actionem, multo magis daremus exceptionem constitutæ pecuniæ *arg. l. 1 §. is autem infr. de superfic. l. inuitus. 156. §. 1. de regul. iur.*

9. PAPINIANVS libro 8. Quæstionum.

Titius tamen indebiti condictione tenebitur, vt quod ei perperam solutum est, ei qui soluit, reddatur.

Ad l. Titius 9.

RAT. DVB. Titius tenetur mihi actione mandati, vt quod tanquam adiectus solutionis causa à debitore meo accepit, mihi restituat *l. qui res 98. §. qui stipulatus inf de solut § si quis alij Instit. de inutil stipulat.* ergo nō potest teneri cōdictione indebiti, vt ei reddat pecuniam à quo solutionē accepit. Alioqui duobus eiusdē pecuniæ nomine insolidum teneretur, quod esset iniquum. DEC. Adiectus solutionis causa tunc tenetur actione mandati, cùm ex stipulationis lege ius habuit accipiēdæ solutionis, quam scilicet accepisse intelligitur ex mandato & voluntate testatoris, adeò vt nec liberū sit stipulatori hoc mandatum reuocare, ne quidem re integra: quod in cæteris mandatis diuersum est, nisi cùm in rem mandatarij mandatum factum est *l. illam 33. C. de donat. §. rectè & seq. Instit. de mādat.* nempe quia certam legem ab initio habuit stipulatio, quam postea immutare stipulator inuito promissore non potuit *l. vero procuratori 12. §. pen. l. aliud est 106. infr. de solut.* In proposita verò specie ponimus mandatum quod inerat stipulationi, reuocatum fuisse per constitutū postea secutum ex voluntate vtriusque tam promissoris quàm stipulatoris, per quod scilicet promissor constituit se mihi soli soluturum. Ergo si ab eo tempore Titius solutionem acceperit, mandati actione teneri mihi non potest, & consequenter ne ex aliena iactura locupletetur, necesse est, vt ei qui soluit, condictione indebiti teneatur *l. nam hoc natura 14. iunct. l. si procurator 8. supr. de condict. indeb.* Præsertim cum stipulator cui soli promissor soluturum se postea constituit, loco eius habendus sit cui iam solutum est, quia constitutum loco solutionis cedit, vt subiicitur in *l. sequ.* si autem stipulatori prius solutum esset, deinde adiecto solutionis causa nemo dubitaret quin adiectus conditione indebiti teneretur soluenti, non autem mihi actione mandati.

10. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

IDem est, & si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum alteri postea solutum est: quia loco eius, cui iam solutum est, habere debet is, cui constituitur.

Ad l. Idem est 10.

RAT. DVB. quod duobus correis credendi debetur, singulis in solidum debetur, & ideo qui prior solutionem accepit, debitorem communem à correo liberat *l. 2. l. 3. §. 1. & pass. infr. de duob. reis.* Ideóque plus iuris habet correus credendi quàm is qui solutionis causa tantum adiectus, est cùm adiiciatur correus vt sit etiam particeps obligationis, ac proinde, quod in præcedentibus diximus, posse stipulatorem ex voluntate promissoris etiam ignorante adiecto immutare legem stipulationis, non videtur ad hunc casum extendi posse. Illo enim casu verendum non est ne iniuria fiat adiecto, qui nihil penitus iuris in obligatione habet. At in duobus correis verendum est, neque ferendum, vt ius quod habet vnus ex correis, nō tanquam adiectus sed tanquam creditor alterius correi facto ipsi adimatur *l. Granius 71. §. pen. inf. de fideiuss. l. si Stichum 8. in fi. de nouat.* ergo aliud iuris esse debet in duobus correis stipulandi, quàm sit in adiecto solutionis causa, vt si post stipulationem per quam correi credendi facti sunt, alteri eorum cōstituatur, alteri nihilominus solui possit, nec indebiti condictione teneatur alter ille si solutionem acceperit, nisi fortè & ipse constituto probetur consensisse: quo casu non tam correi sui facto quam suo proprio & obligationem, & actionē sibi quæsitam amisisse videretur. DEC. Cùm quid pluribus correis credendi debetur, licèt singulis in solidum debeatur, attamen vna tantùm obligatio est quæ proinde per solutionem alterutri factam tollitur etiam ignorāte adeóque inuito altero: nec tantùm per solutionem, sed etiam per acceptilationem, quæ nihil nisi imaginaria

ria

ita solutio est §. 1. instit. quib. mod. tollit. oblig. adeóque per nudam & simplicem petitionem d.l.2. & l. 3. §. 1. l. ex duobus 16. de duob. reis. Id enim est, quod dicimus, ex duobus correis siue debendi, siue credendi alterius factum alteri quoque nocere l. penult. eod. tit. atquin is cui cōstituitur, loco eius haberi debet, cui iam solutum est, cùm solutionis loco cōstitutum cedat, sicut & iusiurandum l. iusiurandum etiā 27. supr. de iureiur. ergo quemadmodum si vni ex correis solutum re vera esset, sublata esset tota obligatio, nihilque iam alteri deberetur, ita vt quod alteri correo postea solutum esset, ei condici iure posset tāquā indebitum ab eo qui soluisset, ita & si postquàm alteri constitutum fuit, alteri solutum proponatur. Bene tamen notat Accursius, constitutum non per omnia vim habere solutionis. Facta enim solutio liberaret communem debitorem ab vtroque correo credendi, & quidem ipso iure d.l.3. §. 1. at constitutum retinet eum in obligatione erga correum, cui constituitur, ab alio verò eum quidem liberat, sed per exceptionem tantùm non ipso iure. Habet enim debitor exceptionem constitutæ vni pecuniæ si ab altero cōueniatur. Quæ exceptio cùm sit fauorabilis & perpetua, repetitionē soluti proculdubio parit l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb. Ideóque dicimus eum ex correis cui constitutum est, posse alterum quoque correum in causam constitutæ pecuniæ procuratorem dare l. licèt 42. §. porrò sup. de procurat. quasi correus credendi esse desierit, qui cœpit exceptione perpetua repelli posse l. creditores 10. l. creditor 55. debitor 106. de verb. signif. l. nihil interest 112. de reg. iur.

II. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

HActenus igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit: etiam si nullus appareat, qui interim debeat. vtputa si ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat quis se soluturum. nam & Pomponius scribit, valere constitutum: quoniam debita ea pecunia constituta est.

Ad l. Hactenus II.

RAT. DVB. Non entium & non apparentium idem solet esse iudicium l. duo sunt Titij 30. infr. de testam. tutel. § si aduersus instit. de nupt. ergo quemadmodum non valeret constitutum eius pecuniæ cuius debitor nullus esset, ita neque valere debet eius pecuniæ cuius debitor adhuc nullus apparet. Quid enim si debitoris hereditas nunquam adeatur, atque ita debitor sine successore decedat, vt neque ad fiscum bona vacantia peruentura sint, existente fortè debitore non soluendo? vt in l. habere licere 57. infr. de euict. iunct. l. 1. §. an bona infr. de iur. fisc. l. 1. §. idem Pomponius quærit si apud te 14. infr. depos. l. 1. C. de oblig. & action. Quid rursum si debitor captus sit ab hostibus? Est namque incertum an futurum sit, vt ipsi debeatur, an heredi ipsius: si enim ab hostibus reuertatur, ipsi debitum fuisse intelligetur, quasi semper manserit in ciuitate, si verò apud hostes morietur, non ipsi sed heredi eius debitum apparebit quasi mortuo debitore in ciuitate à prima hora captiuitatis. Alterutrum si quidem euenire necesse est ex fictione aut postliminij aut legis Corneliæ de captiuis l. si is qui pro emptore 15 l. iusto. 44. §. vlt. infr. de vsucap. euentum igitur expectari necesse est, vt sciatur cuius debitum constitutum sit. DEC. Vt valeat constitutum, sufficit debitum reuera subesse, nec refert cuius debitum sit, cùm possit quilibet constituere quod quilibet alius debet l. eum qui 5. §. quod exigimus supr. Atqui nec quod debitor sine herede decesserit nec quod ab hostibus captus sit, facere potest vt minùs debitum maneat ex parte rei quod priùs debitum fuit. Adeò vt etiam iacente hereditate, & durante captiuitate incipiat præscriptio currere l. 4. infr. de diuers. tempor. præscript. iunct. l. ad diem 77. de verb. oblig. Alia nempe quæstio est, an debeatur, alia verò cui debeatur. Ergo etiamsi debitor sine herede decesserit, aut ab hostib. captus sit, constitutum nihilominus valebit, nam & fideiussor priore casu vtili actione obstrictus maneret l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. de solut. Aliud sanè est, vt bene notat Accursius, si debitori deportatio irrogata sit: nec enim pro tali debitore fideiussor accipi potest quasi contra debitorem tota obligatio extincta sit, vt Papinianus respondit in l. si debitori 47. infr. de fideiuss. Adeò autem valet hoc cōstitutum, vt ex eo conueniri possit is qui constituit, etiam priùs quàm hereditas debitoris adita sit, vt idem Accursius hîc notat, exemplo eius qui citeriore die constituit se soluturum, id quod alius debeat, de quo in l. 4 supr.

1. ¶ Si quis centum aureos debens, ducentos constituat: in centum tantummodò tenetur, quia ea pecunia debita est. ergo & is, qui sortem, & vsuras [a], quæ non debeantur, constituit: tenebitur in sortem dumtaxat.

Ad §. 1. Si quis centum.

RAT. DVB. Non valet constitutum nisi præcedens debitum subsistat l. 1. § debitum supr. & initio huius legis. Atqui cùm is qui debens centum duntaxat ducenta constituit, tam est indebitum quod constituitur, quàm est debitum. Ex ducentis enim centū debentur, centū non debētur: ergo nō potest, hoc constitutum valere, quippe cuius causa indiuidua esse videtur, vt & omnium contractuum arg. l. cùm ex causa 139. infr. de verbor. oblig. DEC. In iis quæ sui natura sunt diuidua, inutilis adiectio non viciat, sed viciatur l. 1. §. penult. eod. l. placuit 29. infr. de vsur. Atqui summa ducentorum aureorum quam constitutam fuisse ponimus diuidua est, nec quicquā vetat centum esse debita, & centum indebita. Ergo valebit constitutum pro centum debitis, pro aliis centum indebitis non valebit. Referendum

rò non item, quia repugnat datio illa *soli*, quæ non potest videri adhibita fuisse in constituto, nisi ad exclusionem Titij, qui licèt in stipulatione adiectus fuerit solutionis causa, ita vt nec legem stipulationis immutare stipulator potuerit, *l. vero procuratori 12. §. pen. l. aliud est 106. infr. de solut.* potuit tamen ab ea solutionis accipiendæ facultate excludi per conuentionem contrariam stipulatoris & promissoris, quomodo hîc ponimus interuenisse, ita facto constituto, vt mihi soli debeas soluere, quod mihi aut Titio solui ex lege stipulationis potuerat, & debuerat. Nec fuit in eam rem necessarius Titij consensus, cui nullum ius obligationis quæsitum fuerat, quique si solutionem etiam ante constitutum accepisset, eam ipsam pecuniam actione mandati mihi reddere debuisset *l. qui res 98. §. qui stipulatus inf. de solut. §. si quis alij instit. de inutil. stipulat.* neque obstat si quis obiiciat pactum nudum subiectum & contrarium stipulationi, nõ tollere stipulationem ipso iure, sed tantùm per exceptionem *l. si vnus 27 §. pactus ne peteret sup. de pact.* vbi ratio redditur, quia in pactis factum, in stipulationibus verò ius versatur. Id enim ad pacta nuda pertinet, non ad constituta quæ cum iuris prætorij auctoritate munita sint, pariántque actionẽ, nuda dici certè nõ possunt. Neq. tamen in hac specie tollitur ipso iure stipulatio per constitutũ, sed lex tantùm stipulationis immutatur, quod ad personam Titij pertinet, cui nullum prorsus obligationis ius ex ea stipulatione, vt diximus, fuerat acquisitum. Aliud certè esset si pro cõstituto poneremus interuenisse pactum de non petendo vt in *d. §. pactus ne peteret.* aut constitutum factum esse de soluendo alij, quàm mihi stipulatori. Etsi enim etiam in constituto ius versatur, non autem nudum factum, ius tamen illud prætorium est non ciuile, ideóque non magis posset stipulationem tollere, in qua ius ciuile versatur, quàm nuda pacto, sed auxilium exceptionis in eam rem esset necessarium. Cui enim damus actionem, multo magis daremus exceptionem constitutæ pecuniæ *arg. l. 1 §. is autem infr. de superfic. l. inuitus. 156. §. 1. de regul. iur.*

9. PAPINIANVS libro 8. Quæstionum.

TItius tamen indebiti condictione tenebitur, vt quod ei perperam solutum est, ei qui soluit, reddatur.

Ad l. Titius 9.

RAT. DVB. Titius tenetur mihi actione mandati, vt quod tanquam adiectus solutionis causa à debitore meo accepit, mihi restituat *l. qui res 98. §. qui stipulatus inf de solut § si quis alij Instit. de inutil stipul.* ergo nõ potest teneri cõdictione indebiti, vt ei reddat pecuniam à quo solutionẽ accepit. Alioqui duobus eiusdẽ pecuniæ nomine insolidum teneretur, quod esset iniquum. DEC. Adiectus solutionis causa tunc tenetur actione mandati, cùm ex stipulationis lege ius habuit accipiẽdæ solutionis, quam scilicet accepisse intelligitur ex mandato & voluntate testatoris, adeò vt nec liberũ sit stipulatori hoc mandatum reuocare, ne quidem re integra: quod in cæteris mandatis diuersum est, nisi cùm in rem mandatarij mandatum factum est *l. illam 33. C. de donat. §. rectè & seq. Instit. de mãdat.* nempe quia certam legem ab initio habuit stipulatio, quam postea immutare stipulator inuito promissore non potuit *l. vero procuratori 12. §. pen. l aliud est 106. infr. de solut.* In proposita verò specie ponimus mandatum quod inerat stipulationi, reuocatum fuisse per constitutũ postea secutum ex voluntate vtriusque tam promissoris quàm stipulatoris, per quod scilicet promissor constituit se mihi soli soluturum. Ergo si ab eo tempore Titius solutionem acceperit, mandati actione teneri mihi non potest; & consequenter ne ex aliena iactura locupletetur, necesse est, vt ei qui soluit, condictione indebiti teneatur *l. nam hoc natura 14. iunct. l. si procurator 8. supr. de condict. indeb.* Præsertim cum stipulator cui soli promissor soluturum se postea constituit, loco eius habendus sit cui iam solutum est, quia constitutum loco solutionis cedit, vt subiicitur in *l. sequ.* si autem stipulatori priùs solutum esset, deinde adiecto solutionis causa nemo dubitaret quin adiectus conditione indebiti teneretur soluenti, non autem mihi actione mandati.

10. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

IDem est, & si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum alteri postea solutum est: quia loco eius, cui iam solutum est, habere debet is, cui constituitur.

Ad l. Idem est 10.

RAT. DVB. quod duobus correis credendi debetur, singulis in solidum debetur, & ideo qui prior solutionem accepit, debitorem communem à correo liberat *l. 2. l. 3. §. 1. & pass. infr. de duob. reis.* In eóque plus iuris habet correus credendi quàm is qui solutionis causa tantum adiectus, est cùm adiiciatur correus vt sit etiam particeps obligationis, ac proinde, quod in præcedentibus diximus, posse stipulatorem ex voluntate promissoris etiam ignorante adiecto immutare legem stipulationis, non videtur ad hunc casum extendi posse. Illo enim casu verendum non est ne iniuria fiat adiecto, qui nihil penitus iuris in obligatione habet. At in duobus correis verendum est, neque ferendum, vt ius quod habet vnus ex correis, nõ tanquam adiectus sed tanquam creditor alterius correi facto ipsi adimatur *l. Granius 71. §. pen. inf. de fideiuss. l. si Stichum 8. in fi. de nouat.* ergo aliud iuris esse debet in duobus correis stipulandi, quàm sit in adiecto solutionis causa, vt si post stipulationem per quam correi credendi facti sunt, alteri eorum cõstituatur, alteri nihilominus solui possit, nec indebiti condictione teneatur alter ille si solutionem acceperit, nisi fortè & ipse constituto probetur consensisse: quo casu non tam correi sui facto quam suo proprio & obligationem, & actionẽ sibi quæsitam amisisse videretur. DEC. Cùm quid pluribus correis credendi debetur, licèt singulis in solidum debeatur, attamen vna tantùm obligatio est quæ proinde per solutionem alterutri factam tollitur etiam ignorãte adeóque inuito altero: nec tantùm per solutionem, sed etiam per acceptilationem, quæ nihil nisi imaginaria

ita solutio est §. 1. *instit. quib. mod. tollit oblig.* adeóque per nudam & simplicem petitionem *d.l.2.& l.3.§.1.l.ex duobus 16.de duob.reis.* Id enim est, quod dicimus, ex duobus correis siue debendi, siue credendi alterius factum alteri quoque nocere *l.penult. eod.tit.* atquin is cui cõstituitur, loco eius haberi debet, cui iam solutum est, cùm solutionis loco cõstitutum cedat, sicut & iusiurandum *l.iusiurandum etiã 27.supr.de iureiur.* ergo quemadmodum si vni ex correis solutum re vera esset, sublata esset tota obligatio, nihílque iam alteri deberetur, ita vt quod alteri correo postea solutum esset, ei condici iure posset tãquã indebitum ab eo qui soluisset, ita & si postquàm alteri constitutum fuit, alteri solutum proponatur. Bene tamen notat Accursius, constitutum non per omnia vim habere solutionis. Facta enim solutio liberaret communem debitorem ab vtroque correo credendi, & quidem ipso iure *d.l.3.§.1.* at constitutum retinet eum in obligatione erga correum, cui constituitur, ab alio verò eum quidem liberat, sed per exceptionem tantùm non ipso iure. Habet enim debitor exceptionem constitutæ vni pecuniæ si ab altero cõueniatur. Quæ exceptio cùm sit fauorabilis & perpetua, repetitionẽ soluti proculdubio parit *l.qui exceptionem 40.supr.de condict. indeb.* Ideóque dicimus eum ex correis cui constitutum est, posse alterum quoque correum in causam constitutæ pecuniæ procuratorem dare *l.licèt 42.§.porrò sup.de procurat.* quasi correus credendi esse desierit, qui cœpit exceptione perpetua repelli posse *l.creditores 10.l.creditor 55.debitor 106. de verb.signifi. l.nihil interest 112.de reg.iur.*

II. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

HActenus igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit: etiam si nullus appareat, qui interim debeat. vtputa si ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat quis se soluturum. nam & Pomponius scribit, valere constitutum: quoniam debita ea pecunia constituta est.

Ad l. Hactenus II.

RAT. DVB. Non entium & non apparentium idem solet esse iudicium *l. duo sunt Titij 30. infr. de testam. tutel.* § *si aduersus instit. de nupt.* ergo quemadmodum non valeret constitutum eius pecuniæ cuius debitor nullus esset, ita neque valere debet eius pecuniæ cuius debitor adhuc nullus apparet. Quid enim si debitoris hereditas nunquam adeatur, atque ita debitor sine successore decedat, vt neque ad fiscum bona vacantia peruentura sint, existente fortè debitore non soluendo? vt in *l. habere licere 57. infr. de euict. iunct. l.1.§.an bona infr. de iur. fisc. l.1.§.idem Pomponius quærit si apud te 14. infr. depos. l.1. C.de oblig. & action.* Quid rursum si debitor captus sit ab hostibus? Est namque incertum an futurum sit, vt ipsi debeatur, an heredi ipsius: si enim ab hostibus reuertatur, ipsi debitum fuisse intelligetur, quasi semper manserit in ciuitate, si verò apud hostes morietur, non ipsi sed heredi eius debitum apparebit quasi mortuo debitore in ciuitate à prima hora captiuitatis. Alterutrum si quidem euenire necesse est ex fictione aut postliminij aut legis Corneliæ de captiuis *l.si is qui pro emptore 15 l.iusto. 44. §.vlt. infr. de vsucap.* euentum igitur expectari necesse est, vt sciatur cuius debitum constitutum sit. DEC. Vt valeat constitutum, sufficit debitum reuera subesse, nec refert cuius debitum sit, cùm possit quilibet constituere quod quilibet alius debet *l. cum qui 5. §. quod exigimus supr.* Atqui nec quod debitor sine herede decesserit nec quod ab hostibus captus sit, facere potest vt minùs debitum maneat ex parte rei quod priùs debitum fuit. Adeò vt etiam iacente hereditate, & durante captiuitate incipiat præscriptio currere *l.4. infr. de diuers. tempor. præscript. Iunct. l. ad diem 77. de verb. oblig.* Alia nempe quæstio est, an debeatur, alia verò cui debeatur. Ergo etiamsi debitor sine herede decesserit, aut ab hostib. captus sit, constitutum nihilominus valebit, nam & fideiussor priore casu vtili actione obstrictus maneret *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. de solut.* Aliud sanè est, vt bene notat Accursius, si debitori deportatio irrogata sit: nec enim pro tali debitore fideiussor accipi potest quasi contra debitorem tota obligatio extincta sit, vt Papinianus respondit in *l. si debitori 47. infr. de fideiuss.* Adeò autem valet hoc cõstitutum, vt ex eo conueniri possit is qui constituit, etiam priùs quàm hereditas debitoris adita sit, vt idem Accursius hîc notat, exemplo eius qui citeriore die constituit se soluturum, id quod alius debeat, de quo in *l.4 supr.*

1. ¶ Si quis centum aureos debens, ducentos constituat: in centum tantummodò tenetur, quia ea pecunia debita est. ergo & is, qui sortem, & vsuras [a], quæ non debeantur, constituit: tenebitur in sortem dumtaxat.

Ad §. 1. Si quis centum.

RAT. DVB. Non valet constitutum nisi præcedens debitum subsistat *l. 1. § debitum supr.* & initio huius legis. Atqui cùm is qui debens centum duntaxat ducenta constituit, tam est indebitum quod constituitur, quàm est debitum. Ex ducentis enim centũ debentur, centũ non debẽtur: ergo nõ potest, hoc constitutum valere, quippe cuius causa indiuidua esse videtur, vt & omnium contractuum *arg. l. cùm ex causa 139. infr. de verbor. oblig.* DEC. In iis quæ sui natura sunt diuidua, inutilis adiectio non viciat, sed viciatur *l. 1. §. penult. eod. l. placuit 29. infr. de vsur.* Atqui summa ducentorum aureorum quam constitutam fuisse ponimus diuidua est, nec quicquã vetat centum esse debita, & centum indebita. Ergo valebit constitutum pro centum debitis, pro aliis centum indebitis non valebit. Referendum

rò non item, quia repugnat datio illa *soli*, quæ non potest videri adhibita fuisse in constituto, nisi ad exclusionem Titij, qui licèt in stipulatione adiectus fuerit solutionis causa, ita vt nec legem stipulationis immutare stipulator potuerit, *l. vero procuratori* 12. *§. pen. l. aliud est* 106. *infr. de solut.* potuit tamen ab ea solutionis accipiendæ facultate excludi per conuentionem contrariam stipulatoris & promissoris, quomodo hîc ponimus interuenisse, ita facto constituto, vt mihi soli debeas soluere, quod mihi aut Titio solui ex lege stipulationis potuerat, & debuerat. Nec fuit in eam rem necessarius Titij consensus, cui nullum ius obligationis quæsitum fuerat, quique si solutionem etiam ante constitutum accepisset, eam ipsam pecuniam actione mandati mihi reddere debuisset *l. qui res* 98. *§. qui stipulatus inf. de solut. §. si quis alij instit. de inutil. stipulat.* neque obstat si quis obiiciat pactum nudum subiectum & contrarium stipulationi, nô tollere stipulationem ipso iure, sed tantùm per exceptionem *l. si vnus* 27 *§. pactus ne peteret sup. de pact.* vbi ratio redditur, quia in pactis factum, in stipulationibus verò ius versatur. Id enim ad pacta nuda pertinet, non ad constituta quæ cum iuris prætorij auctoritate munita sint, pariántque actionê, nuda dici certè nô possunt. Neq. tamen in hac specie tollitur ipso iure stipulatio per constitutû, sed lex tantùm stipulationis immutatur, quod ad personam Titij pertinet, cui nullum prorsus obligationis ius ex ea stipulatione, vt diximus, fuerat acquisitum. Aliud certè esset si pro cõstituto poneremus interuenisse pactum de non petendo vt in *d. §. pactus ne peteret.* aut constitutum factum esse de soluendo alij, quàm mihi stipulatori. Etsi enim etiam in constituto ius versatur, non autem nudum factum, ius tamen illud prætorium est non ciuile, ideóque non magis posset stipulationem tollere, in qua ius ciuile versatur, quàm nuda pactio, sed auxilium exceptionis in eam rem esset necessarium. Cui enim damus actionem, multo magis daremus exceptionem constitutæ pecuniæ *arg. l.* 1 *§. is autem infr. de superfic. l. inuitus.* 156. *§.* 1. *de regul. iur.*

9. PAPINIANVS libro 8. Quæstionum.

TItius tamen indebiti condictione tenebitur, vt quod ei perperam solutum est, ei qui soluit, reddatur.

Ad l. Titius 9.

RAT. DVB. Titius tenetur mihi actione mandati, vt quod tanquam adiectus solutionis causa à debitore meo accepit, mihi restituat *l. qui res* 98. *§. qui stipulatus inf. de solut. § si quis alij Instit. de inutil. stipulat.* ergo nô potest teneri cõdictione indebiti, vt ei reddat pecuniam à quo solutionê accepit. Alioqui duobus eiusdê pecuniæ nomine insolidum teneretur, quod esset iniquum. DEC. Adiectus solutionis causa tunc tenetur actione mandati, cùm ex stipulationis lege ius habuit accipiêdæ solutionis, quam scilicet accepisse intelligitur ex mandato & voluntate testatoris; adeò vt nec liberû sit stipulatori hoc mandatum reuocare, ne quidem re integra: quod in cæteris mandatis diuersum est, nisi cùm in rem mandatarij mandatum factum est *l. illam* 33. *C. de donat. §. rectè & seq. Instit. de mãdat.* nempe quia certam legem ab initio habuit stipulatio, quam postea immutare stipulator inuito promissore non potuit *l. vero procuratori* 12. *§. pen. l. aliud est* 106. *infr. de solut.* In proposita verò specie ponimus mandatum quod inerat stipulationi, reuocatum fuisse per constitutû postea secutum ex voluntate vtriusque tam promissoris quàm stipulatoris, per quod scilicet promissor constituit se mihi soli soluturum. Ergo si ab eo tempore Titius solutionem acceperit, mandati actione teneri mihi non potest; & consequenter ne ex aliena iactura locupletetur, necesse est, vt ei qui soluit, condictione indebiti teneatur *l. nam hoc natura* 14. *iunct. l. si procurator* 8. *supr. de condict. indeb.* Præsertim cum stipulator cui soli promissor soluturum se postea constituit, loco eius habendus sit cui iam solutum est, quia constitutum loco solutionis cedit, vt subiicitur in *l. sequ.* si autem stipulatori prius solutum esset, deinde adiecto solutionis causa nemo dubitaret quin adiectus condictione indebiti teneretur soluenti, non autem mihi actione mandati.

10. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

IDem est, & si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum alteri postea solutum est: quia loco eius, cui iam solutum est, habere debet is, cui constituitur.

Ad l. Idem est 10.

RAT. DVB. quod duobus correis credendi debetur, singulis in solidum debetur, & ideo qui prior solutionem accepit, debitorem communem à correo liberat *l.* 2. *l.* 3. *§.* 1. *& pass. infr. de duob. reis.* Ineóque plus iuris habet correus credendi quàm is qui solutionis causa tantum adiectus, est cùm adiiciatur correus vt sit etiam particeps obligationis, ac proinde, quod in præcedentibus diximus, posse stipulatorem ex voluntate promissoris etiam ignorante adiecto immutare legem stipulationis, non videtur ad hunc casum extendi posse. Illo enim casu verendum non est ne iniuria fiat adiecto, qui nihil penitus iuris in obligatione habet. At in duobus correis verendum est, neque ferendum, vt ius quod habet vnus ex correis, nô tanquam adiectus sed tanquam creditor alterius correi facto ipsi adimatur *l. Granius* 71. *§. pen. inf. de fideiuss. l. si Stichum* 8. *in fi. de nouat.* ergo aliud iuris esse debet in duobus correis stipulandi, quàm sit in adiecto solutionis causa, vt si post stipulationem per quam correi credendi facti sunt, alteri eorum cõstituatur, alteri nihilominus solui possit, nec indebiti condictione teneatur alter ille si solutionem acceperit, nisi fortè & ipse constituto probetur consensisse: quo casu non tam correi sui facto quam suo proprio & obligationem, & actionê sibi quæsitam amisisse videretur. DEC. Cùm quid pluribus correis credendi debetur, licèt singulis in solidum debeatur, attamen vna tantùm obligatio est quæ proinde per solutionem alterutri factam tollitur etiam ignorãte adeóque inuito altero: nec tantùm per solutionem, sed etiam per acceptilationem, quæ nihil nisi imagina-

ria

ita solutio est §. 1. *instit. quib. mod. tollit. oblig.* adeóque per nudam & simplicem petitionem *d.l.2.& l. 3.§. 1.l.ex duobus 16.de duob.reis.* Id enim est, quod dicimus, ex duobus correis siue debendi, siue credendi alterius factum alteri quoque nocere *l. penult. eod.tit.* atquin is cui cõstituitur, loco eius haberi debet, cui iam solutum est, cùm solutionis loco cõstitutum cedat, sicut & iusiurandum *l. iusiurandum etiã 27. supr. de iureiur.* ergo quemadmodum si vni ex correis solutum re vera esset, sublata esset tota obligatio, nihílque iam alteri deberetur, ita vt quod alteri correo postea solutum esset, ei condici iure posset tãquã indebitum ab eo qui soluisset, ita & si postquàm alteri constitutum fuit, alteri solutum proponatur. Bene tamen notat Accursius, constitutum non per omnia vim habere solutionis. Facta enim solutio liberaret communem debitorem ab vtroque correo credendi, & quidem ipso iure *d.l.3. §. 1.* at constitutum retinet eum in obligatione erga correum, cui constituitur, ab alio verò eum quidem liberat, sed per exceptionem tantùm non ipso iure. Habet enim debitor exceptionem constitutæ vni pecuniæ si ab altero cõueniatur. Quæ exceptio cùm sit fauorabilis & perpetua, repetitionẽ soluti proculdubio parit *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Ideóque dicimus eum ex correis cui constitutum est, posse alterum quoque correum in causam constitutæ pecuniæ procuratorem dare *l. licèt 42. § porrò sup. de procurat.* quasi correus credendi esse desierit, qui cœpit exceptione perpetua repelli posse *l. creditores 10. l. creditor 55. debitor 106. de verb. signifi. l. nihil interest 112. de reg. iur.*

II. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

HActenus igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit: etiam si nullus appareat, qui interim debeat. vtputa si ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat quis se soluturum. nam & Pomponius scribit, valere constitutum: quoniam debita ea pecunia constituta est.

Ad l. Hactenus II.

RAT. DVB. Non entium & non apparentium idem solet esse iudicium *l. duo sunt Titij 30. infr. de testam. tutel. § si aduersus instit. de nupt.* ergo quemadmodum non valeret constitutum eius pecuniæ cuius debitor nullus esset, ita neque valere debet eius pecuniæ cuius debitor adhuc nullus apparet. Quid enim si debitoris hereditas nunquam adeatur, atque ita debitor sine successore decedat, vt neque ad fiscum bona vacantia peruentura sint, existente fortè debitore non soluendo? vt in *l. habere licere 57. infr. de euict. iunct. l. 1. § an bona infr. de iur. fisc. l. 1. § idem Pomponius quærit si apud te 14. infr. depos. l. 1. C. de oblig. & action.* Quid rursum si debitor captus sit ab hostibus? Est namque incertum an futurum sit, vt ipsi debeatur, an heredi ipsius: si enim ab hostibus reuertatur, ipsi debitum fuisse intelligetur, quasi semper manserit in ciuitate, si verò apud hostes morietur, non ipsi sed heredi eius debitum apparebit quasi mortuo debitore in ciuitate à prima hora captiuitatis. Alterutrum si quidem euenire necesse est ex fictione aut postliminij aut legis Corneliæ de captiuis *l. si is qui pro emptore 15 l. iusto. 44. § vlt. infr. de vsucap.* euentum igitur expectari necesse est, vt sciatur cuius debitum constitutum sit. DEC. Vt valeat constitutum, sufficit debitum reuera subesse, nec refert cuius debitum sit, cùm possit quilibet constituere quod quilibet alius debet *l. cum qui 5. § quod exigimus supr.* Atqui nec quod debitor sine herede decesserit nec quod ab hostibus captus sit, facere potest vt minùs debitum maneat ex parte rei quod priùs debitum fuit. Adeò vt etiam iacente hereditate, & durante captiuitate incipiat præscriptio currere *l. 4. infr. de diuers. tempor. præscript. Iunct. l. ad diem 77. de verb. oblig.* Alia nempe quæstio est, an debeatur, alia verò cui debeatur. Ergo etiamsi debitor sine herede decesserit, aut ab hostib. captus sit, constitutum nihilominus valebit, nam & fideiussor priore casu vtili actione obstrictus maneret *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. de solut.* Aliud sanè est, vt bene notat Accursius, si debitori deportatio irrogata sit: nec enim pro tali debitore fideiussor accipi potest quasi contra debitorem tota obligatio extincta sit, vt Papinianus respondit in *l. si debitori 47. infr. de fideiuss.* Adeò autem valet hoc cõstitutum, vt ex eo conueniri possit is qui constituit, etiam priùs quàm hereditas debitoris adita sit, vt idem Accursius hîc notat, exemplo eius qui citeriore die constituit se soluturum, id quod alius debeat, de quo in *l. 4 supr.*

1. ¶ Si quis centum aureos debens, ducentos constituat: in centum tantummodò tenetur, quia ea pecunia debita est. ergo & is, qui sortem, & vsuras [a], quæ non debeantur, constituit: tenebitur in sortem dumtaxat.

Ad §. 1. Si quis centum.

RAT. DVB. Non valet constitutum nisi præcedens debitum subsistat *l. 1. § debitum supr.* & initio huius legis. Atqui cùm is qui debens centum duntaxat ducenta constituit, tam est indebitum quod constituitur, quàm est debitum. Ex ducentis enim centũ debentur, centũ non debẽtur: ergo nõ potest, hoc constitutum valere, quippe cuius causa indiuidua esse videtur, vt & omnium contractuum *arg. l. cùm ex causa 139. infr. de verbor. oblig.* DEC. In iis quæ sui natura sunt diuidua, inutilis adiectio non viciat, sed viciatur *l. 1. § penult. eod. l. placuit 29. infr. de vsur.* Atqui summa ducentorum aureorum quam constitutam fuisse ponimus diuidua est, nec quicquã vetat centum esse debita, & centum indebita. Ergo valebit constitutum pro centum debitis, pro aliis centum indebitis non valebit. Referendum

differt à ciuili, habet tamen suas quoque regulas, & consequenter suum rigorem, ex iis regulis æstimandum, à quibus si quando maior aliqua & specialior æquitas abhorreat, quæ non priuatæ tantùm, sed etiam publicę vtilitatis fauoré admixtum habeat, tum verò separanda est æquitas à rigore iuris prætorij & præferenda semper æquitas propter vetustissimam illam & omnium potentissimam legem duodecim tabularum *Salus populi suprema lex esto*. Inde namque sunt tot prętoriæ actiones vtiles inductæ ad supplendas directas prætorias, quoties directæ deficiunt obstante iuris prætorij rigore, nec tamen deficit æquitas quæ dandas actiones vtiles suadeat, exemplum elegans est in hoc §. *& in l. id quod 19. § 1. infr. eod.*

10 ¶Seruo quoque constitui posse constat. & si seruo constituatur, *Domino solui*, vel *ipsi seruo*, qualemqualem domino seruum obligationem adquirere.

Ad §. Vlt. seruo quoque.

Rat. dvb. Seruus pro nullo habetur non minùs prætorio iure quã ciuili *l. nullomodo 7. infr. de l. Cornel. de fals. l. qui testamento 20. §. seruus inf Qui testam. facer. poss.* vbi dicitur seruos nullã penitus communionem habere iuris ciuilis in totum, at ne quidem prætorij: solúmque ius naturale excipitur, cuius respectu nulla est inter seruos & liberos homines differentia *l. 4. supr. de iust. & iur. l. quod attinet 32. de regul. iur.* ergo nõ potest constitui seruo. Personam enim aliquã esse oportet cui constituatur, cùm non fiat constitutũ, vt nec aliud pactum vllũ sine consensu duorum *l. 1. §. & est pactio supr. de pact.* in quo differt à pollicitatione *l. 3 infr. de pollicit.* Dec. Vtilitatis causa inductum est. vt quamuis seruus iure ciuili & prætorio pro nullo habeatur, stipulari tamen possit, & ex omni causa contrahere ex persona scilicet domini, ex qua & institui heres potest *Tit. de stipulat. seruor. Instit. l non minùs 31. infr. de hered. instit.* acquirit enim non sibi sed domino, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consista *l. placet 79. infr. de acquir. hered & tit. per quas person. nob. acquir. instit.* ergo quemadmodum potest quis stipulanti seruo promittere, ita & constituere. Alioquin esset maiore ex parte inutilis vsus seruorum in republica, si non per eos ex omni penè causa dominis etiam ignorantibus, & inuitis acquireretur *l. etiam 32. infr de acquir. rer. domin. l. seruus vetãte 62. de verb. oblig.* nec interest an seruo cõstituatur solui domino, vel ipsi seruo, vtroq. enim casu acquiritur actio domino, & quidem directa non vtilis, quia licèt solutio sit facti *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* quę autem sunt facti, non soleant trãsire ad dominum *l. qui heredi 44. de condit. & demõstr. l. nec seruus 41. infr. de pecul.* quæ ad hunc locum dubitandi ratio est. actio tamen quæ ex facto illo acquiritur, iuris est, & quidem prętorij, idcóque in serui persona subsistere nõ potest, & necessariò acquiritur domino: adeóque per qualemqualem seruum, vt hîc Vlpianus adiicit, id est vt benè Cuiacius explicat, non tantùm per seruum actorem & ordinarium, sed etiam per vicarium. In quo dubitãdi ratio illa occurrit quod non qualiquali seruo solui potest, sed actori tantùm, & ordinario, & quidem qui ius habeat recipiendæ solutionis *l si actore 19. C. de solut.* constitutum autem habet vim solutionis *l. idem est 10. infr. hoc tit.* sed decidendi ratio est, quia constitutum licèt solutionis vim & effectum tandem habeat, incipit tamen ab obligatione quæ per quemlibet seruum acquiritur domino, sicut & actio, quæ ex illa obligatione nascitur, non minùs quàm si seruus ille qualisqualis stipulatus esset: nihil enim hac parte differt constitutum à stipulatione, nisi quòd constitutæ pecuniæ obligatio & actio prætoria est: ex stipulatione verò ciuilis *§. de constituta instit. de action.* malè apud Accursium vulgata editio habet *quare seruum* pro *qualemqualem seruum.* Et in litera Pylei quam idem Accursius refert malè rursum *qualemqualem obligationem*, dixit enim Vlpianus *qualemqualem seruum* non autem *qualemqualem obligationem*. Nam & aliqua inter seruos differentia est, cùm alij ordinarij sint, alij vicarij, alij actores & dispẽsatores, alij verò nudi serui, & sine officio, at inter obligationes nulla.

6. Pavlvs libro 2. Sententiarum.

IDem est, & si ei, qui bona fide mihi seruit, constitutum fuerit.

Ad l. Idem est 6.

Rat. dvb. Quisquis bona fide seruit, vel alienus seruus est, vel homo liber. Atquin si alien⁹ seruus est, acquirit domino suo, vt proximè diximus, sin liber homo acquirit sibi. ergo si ei qui bona fide mihi seruit, constitutũ sit, sed non potest mihi ex cõstituto quæri actio. Dec. Siue liber homo sit siue alienus seruus, qui bona fide mihi seruiat, acquirit mihi, dummodò vel ex re mea acquirat, vel ex operis suis *l. acquiruntur 10. §. idem placet infr. de acquir. rer. domin.* nam & ex re mea acquirere videtur quod ex operis suis acquirit *l. qui bona fide 23. in princip. eod.*

7. Vlpianvs libro 27. ad Edictum.

SEd & si filiofamilias constituatur, valet constitutum.

Ad l. Sed et si 7.

Rat. dvb. Filiusfamilias ex omnibus causis & obligare sibi potest & obligari, cùm habeat personam integram & caput in ciuitate *l. nam ciuium 4. supr. de stat. homin. l. filius familias 39. de oblig. & action.* ergo si quis constituerit se filiofamilias soluturum, acquiritur actio constitutæ pecuniæ filiofamilias non patri: contrà quàm tamen Vlpianus hîc sentiat, qui cùm ait, si filiofamilias constituatur, valere constitutum: sic proculdubio intelligit, vt ex eo constituto acquiratur patri actio non ipsi filiofa-

milias,

milias cui constitutum est, siue simpliciter ei constitutum sit, siue ita vt ipsi filio soluatur. DEC. Est quidē filiusfamilias capax acquisitionis etiam inspecto iure Pandectarum, nolente patre sibi acquiri *l. 4. §. sed & filiusfamil. sup. de edend. l. is qui heres 13. §. vlt. l. cū heres 52. infr. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio l. imperator. 50. infr. ad SC. Trebel.* sed extra hūc casum quidquid filiusfamilias acquirebat olim, siue ex sua stipulatione, siue ex qualibet alia conuentione, acquirebat patri, non minùs quàm seruus domino, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona filiifamilias consisteret *l. placet 79. de acquir. hered.* ergo quemadmodum per seruum etiam qualemqualem acquiritur actio constitutæ pecuniæ domino, siue ipsi seruo, siue domino solui constitutum sit, *§. vlt. l. prox. supr.* Ita & dicendum est, si filiofamilias quoquomodo constitutum sit, acquiri actionem patri non domino, eámque directam, non vtilem. Aliud iuris est si filiusfamilias ipse constituat, non enim patrem obligat nisi de peculio, ipse verò in solidum obligatur, sicut ex quolibet alio contractu *d. l. filiusfamilias 39. de oblig. & act. l. si quis cum filiofamilias 44. de pecul.*

1 ¶ Si mihi aut Titio stipuler: Titio constitui suo nomine non posse, Iulianus ait: quia non habet petitionem: tametsi solui ei possit.

Ad §. 1. Si mihi aut Titio.

RAT. DVB. Etiam adiecto solutionis gratia solui potest, perinde ac ipsi stipulatori, ita vt ex ea solutione contingat ipso iure liberatio, quamuis prohibente stipulatore *l. vero procuratori 12. §. penult. l. aliud est 106. infr. de solut.* At qui constitutum habet vim solutionis *l. idē est 10. infr.* ergo et iā adiecto solutionis causa cōsti[tui] suo nomine nihil prohibet. DEC. Omne cōstitutū supponi præcedens aliquod debitū *l. 1. §. debitū sup.* nec proinde cuiquam cōstitui suo nomine potest quē ei suo nomine debeatur: Atqui adiecto solutionis gratia nihil suo nomine debetur, qui a stipulationi alienæ adiicitur solutionis tantùm causa, non etiā obligationis *l. cū qui 56. §. qui sibi de verb. oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quæsitum inf. de solut.* ideoque nullam habet petitionem, quia cui nulla obligatio acquiritur ei nec actio, nec petitio vlla acquiri potest, & quamuis ei solui possit, non tamen suo nomine ius habet accipiendæ solutionis, sed nomine stipulatoris, cui & idcirco mandati actione tenetur, vt quod ipsi solutum est stipulatori restituat *l. qui res 98. §. qui stipulatus infr. de solut. §. si quis alij instit. de inutil. stipulat.* ergo nec ei constitui suo nomine potest, planè quin stipulatoris nomine possit ei constitui, nec dubitari potest, postquàm placuit etiam alij posse constitui, quod alij debetur *l. 5. §. quod exigimus supr.* Quidni ergo etiam ei qui solutionis causa est adiectus? Et miror Accursium hoc negare, & mandatum expressum requirere, ad hoc vt adiecto solui possit: quasi tacitum non sufficiat, quod tamen nec vllomodo necessarium est, vt ex eo apparet, quod sufficit debitum alicui esse id quod alij constituitur licèt nondum appareat persona, cui debeatur *l. hactenus 11. infr.* quo tamen casu neque expressum, neque tacitum mandatum aut fingi aut subintelligi potest.

8. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

SI verò mihi aut Titio constitueris te soluturum: mihi competit actio. quod si, posteaquam soli mihi te soluturum constituisti [a], solueris Titio: nihilominus mihi teneberis.

Ad l. si verò 8.

RAT. DVB. Qui patitur sibi cōstitui aut Titio nō minus Titio prospicit, quā sibi ipsi. Facit enim parē suā & Titij conditionem, ergo quemadmodum ex eiusmodi constituto mihi competit petitio & actio constitutæ pecuniæ, ita & Titio debet competere: nec enim volenti mihi vlla in eo fieri potest iniuria *leg. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqua pluu. arcend.*

DEC. Non magis potest quis constituendo aut constitutum admittendo alteri quærere actionē quā stipulando: est enim generalis regula iuris ciuilis & prætorij, Per liberam personam quæri actionem alteri non posse *l. solutum 11. §. per liberam inf. de pignor. act.* Sunt enim obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ, vt sibi vnusquisque acquirat quod sua interest, vt autem alij acquiratur nihil interest, mea *leg. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. iunct. l. vltim. supr. de legib.* nec potest in eam rem potentius esse constitutū quàm stipulatio. *§. de constituta instit. de action.* ergo quemadmodum si mihi dari stipuler, aut Titio, persona Titij solutionis tantùm causa stipulationi adiecta esse intelligitur nō obligationis, quia nec potuit *l. cū qui 56. §. qui sibi l. si duo 128. de verb. oblig. l. Stichū 95. §. quæsitum. l. aliud est 106. inf. de solut.* ita & si mihi aut Titio cōstitueris te soluturū, dicēdū est soli mihi nō etiā Titio acquiri petitionem, & actionē: quippe quam præcedere necesseriò debeat obligationis acquisitio, vt diximus ad *§. 1. legis præcedentis.* Non enim voluntas mea sufficit etiamsi maximè id voluerim; cùm deficit potestas iuris *l. 4. infr. de acquir. hered. l. quoties 9. in princip. de hered. inst. l. multum interest. 6. C. si quis alter. vel sib.* Iunge quæ scripsi ad *l. 5. §. item tutori 7. supr.*

a *Quòd si posteaquàm soli mihi te soluturū constituisti.* RAT. DVB. Cùm ita stipulatus sum *mihi aut Titio dare spondes,* quamuis debitor postea constituat se mihi soluturum, competit quidem mihi soli de constituta pecunia actio, sed tamen etiam adiecto nihilominus solui potest, quia quod adiecto soluitur mihi solui videtur, inquit idem Paulus noster in *l. si ita stipulatus sim 59. infr. De solut.* Ergo verum esse non potest, quod hîc ex eodem Paulo scribitur, si posteaquam soli mihi te soluturum constituisti solueris Titio, te mihi adhuc nihilominus teneri. DEC. Multum refert an sic mihi constitueris, vt mea tantùm persona in constituto nominata sit, an verò mihi soli te soluturum constitueris. Priore casu liberaris soluens Titio *d. l. si ita* posteriore ve-

rta solutio est §. 1. instit. quib. mod. tollit. oblig. adeóque per nudam & simplicem petitionem d.l.2.& l. 3.§. 1.l.ex duobus 16.de duob.reis. Id enim est, quod dicimus, ex duobus correis siue debendi, siue credendi alterius factum alteri quoque nocere l penult. eod.tit. atquin is cui cõstituitur, loco eius haberi debet, cui iam solutum est, cùm solutionis loco cõstitutum cedat, sicut & iusiurandum l.iusiurandum etiã 27.supr.de iureiur. ergo quemadmodum si vni ex correis solutum re vera esset, sublata esset tota obligatio, nihilque iam alteri deberetur, ita vt quod alteri correo postea solutum esset, ei condici iure posset tãquã indebitum ab eo qui soluisset, ita & si postquàm alteri constitutum fuit, alteri solutum proponatur. Bene tamen notat Accursius, constitutum non per omnia vim habere solutionis. Facta enim solutio liberaret communem debitorem ab vtroque correo credendi, & quidem ipso iure d.l.3. §. 1. at constitutum retinet eum in obligatione erga correum, cui constituitur, ab alio verò eum quidem liberat, sed per exceptionem tantùm non ipso iure. Habet enim debitor exceptionem constitutæ vni pecuniæ si ab altero conueniatur. Quæ exceptio cùm sit fauorabilis & perpetua, repetitioné soluti proculdubio parit l qui exceptionem 40.supr.de condict. indeb. Ideóque dicimus eum ex correis cui constitutum est, posse alterum quoque correum in causam constitutæ pecuniæ procuratorem dare l. licèt 42.§.porrò sup.de procurat. quasi correus credendi esse desierit, qui cœpit exceptione perpetua repelli posse l.creditores 10.l creditor 55.debitor 106. de verb. signifi. l. nihil interest 112.de reg.iur.

11. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

HActenus igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit: etiam si nullus appareat, qui interim debeat. vtputa si ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat quis se soluturum. nam & Pomponius scribit, valere constitutum: quoniam debita ea pecunia constituta est.

Ad l. Hactenus 11.

RAT. DVB. Non entium & non apparentium idem solet esse iudicium l. duo sunt Titij 30. infr. de testam. tutel. § si aduersus instit. de nupt. ergo quemadmodum non valeret constitutum eius pecuniæ cuius debitor nullus esset, ita neque valere debet eius pecuniæ cuius debitor adhuc nullus apparet. Quid enim si debitoris hereditas nunquam adeatur, atque ita debitor sine successore decedat, vt neque ad fiscum bona vacantia peruentura sint, existente fortè debitore non soluendo? vt in l. habere licere 57. infr. de euict. iunct. l.1.§. an bona infr. de iur. fisc. l.1.§. idem Pomponius quærit si apud te 14. infr. depos. l.1.C. de oblig. & action. Quid rursum si debitor captus sit ab hostibus? Est namque incertum an futurum sit, vt ipsi debeatur, an heredi ipsius: si enim ab hostibus reuertatur, ipsi debitum fuisse intelligetur, quasi semper manserit in ciuitate, si verò apud hostes morietur, non ipsi sed heredi eius debitum apparebit quasi mortuo debitore in ciuitate à prima hora captiuitatis. Alterutrum si quidem euenire necesse est ex fictione aut postliminij aut legis Corneliæ de captiuis l. si is qui pro emptore 15 l. iusto 44. §. vlt. infr. de vsucap. euentum igitur expectari necesse est, vt sciatur cuius debitum constitutum sit. DEC. Vt valeat constitutum, sufficit debitum reuera subesse, nec refert cuius debitum sit, cùm possit quilibet constituere quod quilibet alius debet l. eum qui 5. §. quod exigimus supr. Atqui nec quod debitor sine herede decesserit nec quod ab hostibus captus sit, facere potest vt minùs debitum maneat ex parte rei quod priùs debitum fuit. Adeò vt etiam iacente hereditate, & durante captiuitate incipiat præscriptio currere l.4. infr. de diuers. tempor. præscript. iunct. l. ad diem 77. de verb. oblig. Alia nempe quæstio est, an debeatur, alia verò cui debeatur. Ergo etiamsi debitor sine herede decesserit, aut ab hostib. captus sit, constitutum nihilominus valebit, nam & fideiussor priore casu vtili actione obstrictus maneret l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. de solut. Aliud sanè est, vt bene notat Accursius, si debitori deportatio irrogata sit: nec enim pro tali debitore fideiussor accipi potest quasi contra debitorem tota obligatio extincta sit, vt Papinianus respondit in l. si debitori 47. infr. de fideius. Adeò autem valet hoc cõstitutum, vt ex eo conueniri possit is qui constituit, etiam priùs quàm hereditas debitoris adita sit, vt idem Accursius hîc notat, exemplo eius qui citeriore die constituit se soluturum, id quod alius debeat, de quo in l.4 supr.

1. ¶ Si quis centum aureos debens, ducentos constituat: in centum tantummodò tenetur, quia ea pecunia debita est. ergo & is, qui sortem, & vsuras [a], quæ non debeantur, constituit: tenebitur in sortem dumtaxat.

Ad §. 1. Si quis centum.

RAT. DVB. Non valet constitutum nisi præcedens debitum subsistat l. 1. § debitum supr. & initio huius legis. Atqui cùm is qui debens centum duntaxat ducenta constituit, tam est indebitum quod constituitur, quàm est debitum. Ex ducentis enim centũ debentur, centũ non debẽtur: ergo nõ potest, hoc constitutum valere, quippe cuius causa indiuidua esse videtur, vt & omnium contractuum arg. l. cùm ex causa 139. infr. de verbor. oblig. DEC. In iis quæ sui natura sunt diuidua, inutilis adiectio non viciat, sed viciatur l. 1. §. penult. eod. l. placuit 29. infr. de vsur. Atqui summa ducentorum aureorum quam constitutam fuisse ponimus diuidua est, nec quicquã vetat centum esse debita, & centum indebita. Ergo valebit constitutum pro centum debitis, pro aliis centum indebitis non valebit. Referendum

enim constitutũ semper est, & restringendum ad pecuniam debitam: Nec potest videri causa constituti indiuidua, siue ex parte constituentis, siue ex parte illius cui constituitur, quasi non fuerit aut ille constituturus centum aureos, aut hic constitutum illud admissurus nisi producentis, quomodo dicimus de eo qui fundum totum emit aut vendidit, quem non fuerat pro parte empturus aut venditurus *leg. tutor vrgentibus* 47. *§.1.supr.de minor. l.si quis aliam* 46.*infr.de solut.* Ea nempe ratio est quæ facit contractum venditionis & emptionis indiuisibilem, ne alioqui cogeretur, aut emptor aut venditor aut vterque incidere in communionem *leg.si non sortem* 26. §. *si centum supr. de condict. indeb.* in qua nec inuitus remanere cogeretur *leg. vltim. Cod. commun. diuid.* Quæ ratio cessat in promissa debitáque pecunia, vnde etiam est, quòd si mutua tibi decem dederim sic, vt vndecẽ debeas, obligaris vsque ad decem dumtaxat, vltrà verò non teneris, quia re contrahi obligatio vltra id quod reuera datum est, non potest *l.si tibi* 17.*in princip. supr. de pact l. rogasti* 11. *§.si tibi supr. de reb.credit. l.cùm vltra* 9. *C. de non numer. pecun.* quid ergo si cùm debere te scires centum dumtaxat, ducenta tamen vltrò promiseris per constitutum? An non reliqua centum indebita donasse videberis? Ita putat Azo, ex regula *l. cuius per errorem* 53. *de regul. iur. l. vlt. C. ad leg. falcid.* nec malè inspecto iure nouo Iustiniani, quo inductum est, vt pacto nudo fieri possit donatio *l. si quis argentum* 35. *vlt. C. de donat.* inspecto enim iure vetere, quo nulla donatio perfici poterat nisi per tractationem aut stipulationem, non idem certè dici poterat, vt aduersus Azonem Accursius bene disputat. Constitutum enim licèt non sit nudum pactum quia iuris prætorij authoritate munitum est, vt in superioribus docuimus, fit tamen nudo pacto & citra stipulationem *§. de constituta Instit: de action.* alia ratio est eius pecuniæ quam quis constituit, sciens indebitam iure prætorio propter exceptionem: etsi enim non eo magis valet constitutum ad producendam actionem constitutæ pecuniæ, videtur tamen constituens donasse & remisisse exceptionem, vt pristina actione conueniri possit cum effectu *l. si quis delegauerit* 12.*infr.de nouat.* vt diximus ad *l.* 3. §. 1. *supr.* ex Bartolo ad hunc locum, iunge quæ dixi ad *l.*3.*§.pen.supr.*

a *Ergo & is qui sortem & vsuras.* RAT. DVB. Etiam indebitæ vsuræ si solutæ sint, non repeřuntur, si modo sors debita fuit *d.l.si non sortem* 26. *in princip. &* §. 1. *supr. de condic. indeb.* atqui constitutum habet vim solutionis *leg. prox. supr.* ergo si quis & sortem & vsuras, quæ non debebantur, constituerit etiam quod ad vsuras pertinet, constitutum valebit quoque pro vsuris. DEC. Constitutum vim solutionis habet non simpliciter, sed secundum quid, vt diximus ad *l. prox. supr.* & ita demum si verum debitum præcedat, sine quo valere constitutum non potest *d.l.*1. *§. debitum, supr.* & in principio huius legis. Atqui non fiunt debitæ vsuræ ob hoc solùm, quod constituantur quasi debitæ, si antea indebitæ fuerũt: Alioqui nunquam fieret constitutũ pro indebito si ex indebito posset facere debitũ. Ergo si quis & sortẽ debitam & vsuras, quæ nõ debebantur soluturũ se constituerit, in sortem quidẽ tenebitur, sed in vsuras nõ tenebitur, quia separata est causa vsurarum, & sortis, nec possunt deberi citra stipulationem vsuræ pecuniæ creditæ *l.* 3. *C.de vsur. l.Titius* 24.*infr. de præscr. verb.* In constituto autem stipulatio nulla interuenit *d.§.de constituta instit.de action.*

12. PAVLVS libro 13. ad Edictum.

SEd & si decem debeantur, & decem & Stichum constituat: potest dici, decem tantummodo nomine teneri.

13. IDEM libro 29. ad Edictum.

SEd si quis viginti debens, decem constituit se soluturum, tenebitur.

Ad l.Sed etsi decem 12. *&* 13.

RAT.DVB.& DECID. eadem est quæ ad §. proximè præcedentem. Quid enim refert an is qui decẽ debet, cõstituat viginti, hoc est decẽ & decẽ, an verò decẽ, & Stichũ nisi quod sũma viginti est diuidua in decẽ, & decẽ, at decẽ & Stichus sũt sã ipso iure & ipso facto diuisa. Tanto magis igitur admittendum est, vt si is qui decẽ tantùm debebat, decem & Sticum constituerit, valeat constitutum pro decem quæ fuerunt debita, non valeat autem pro Sticho qui fuit omnino indebitus. Et ita accipiendum esse quod hîc generaliter, & indistinctè Paulus scribit constituentem teneri, Accursius noster benè vidit.

14. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

QVi autem constituit se soluturum, tenetur: siue adiecerit certam quantitatem, siue non.

Ad l. Qui autem 14.

RAT.DVB. Incertitudo viciat obligationẽ si nesciri possit, quid & quãtũ debeatur, quia nec aliter ratio vlla erit dissoluendæ obligationis si nesciatur quid & quãtum solui debeat, cùm obligatio sit iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, quomodo Iustinianus in Institutionibus diffinit. *leg. inter stipulantem* 83.§.1.*de verb. oblig.* Ergo non potest constitutum valere nisi certa quantitas adiecta sit. DEC. Constitutum non aliter valere potest, quàm si debitum sit id quod constituitur, vt toties diximus ex *leg.*1. *§. debitum leg.* 3. *§. quod exigimus leg. hactenus* 11. *suprà.* Ergo quamuis constitutum nullam contineat certam quantitatem, sciri tamen potest per relationem ad prius debitum, quid quale quantúmque sit id quod constituitur. Sufficit verò certum id esse per relationem *leg.certum* 6. *suprà de reb. credit. leg.* 3. *Cod. de sentent. quæ sine cert. quant. profer. leg. ait prætor.* 5. §. 1. *leg. in sententiis* 59. §. 1. *infr. de re iudic.* Nec rursum quicquam vetat

tat etiam incertam quantitatem constitui, dummodo causam habeat certam, & quæ certam quoque admittat executionem *l. 2. §. incertam & l. vltim. inf. de stipulat. prætor. iunct. d. §. debitum l. 1. supr.* Alioqui non posset constitui quod ex prætoria stipulatione incertam quantitatem habente deberetur, quod esset absurdum. Quidni enim perinde id constitui possit, atque id quod ex tutelæ causa debetur ante redditas tutelæ rationes? *dict. §. debitum*, quo tamen tempore nemo negauerit prorsus incertum esse, quid & quantum ex tutelæ causa debeatur. In quo videtur errasse Accursius, cùm exigit ad validitatem constituti, nullam quantitatem certam continentis, vt certum tamen sit debitum, ad quod constitutum refertur: Illa enim demum incertitudo viciat, quæ certitudinem nullam admittit, neque per relationem ad præteritum tempus, neque ex futuro euentu habente causam de præterito, vt loquuntur.

1 ¶ Si quis constituerit se pignus daturum, cùm vtilitas pignorum irrepserit, debet etiam hoc constitutum admitti.

Ad §. 1. Si quis constituerit.

Rat. dvb. Non potest constitui nisi quod iam debetur *d. l. 1. §. debitum supr.* Atqui debitor pecuniæ non ideò debuit pignus. Potest enim debitum principale facilè subsistere sine pignore, quamuis non item pignus, quod accessorium est sine debito principali. Ergo pignus constitui non potest, sicut neque solui. Soluitur enim debitum, non pignus.

Dec. Vtilitas pignorum tanta irrepsit in commercium hominum, vt hoc quoque constitutum admitti placuerit, si quis siue pro suo, siue pro alieno debito pignus se daturum constituerit. Primum quia plus cautionis est in re quàm in persona *l. plus cautionis 24. de regul. iur. §. furti autem vers. vnde constat Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Deinde quia satisfactio pro solutione est *l. satisfactio 52 infr. de solut.* Satisfacit autem qui pro pecunia debita offert pignus volenti creditori *l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia infr. de pignorat. act.* Etsi enim satisfacere velle nihil prodest, satisfecisse tamen prodest *l. item liberatur 6. §. 1. inf. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* Postremò quia pignus vendi potest, vt ex precio venditionis creditori satisfiat. Inutile enim pignus est quod vendi non potest *l. mulier 11 & pass. C. de distract. pignor. l. 4. inf. de pignorat. act.* Et hæc pignoris vtilitas est, quam irrepsisse Vlpianus noster ait, non quam nonnulli restringunt ad debitum naturale tantùm, quasi verò nulla sit vtilitas pignoris in debito naturali & ciuili, quod est ridiculum, & benè ab Accursio refutatum. Sanè in pignore dato pro naturali tantùm debito, euidentior vtilitas pignoris est, quia parit retentionem pro eo debito pro quo non haberet actionem, vt in specie *l. per retentionem 4. C. de vsur. l. 1. infr. de pignor.* In summa sufficit aliquod esse debitum cui possit pignus accedere, & vt id quod in constitutum deducitur, sit de accessoriis ad debitum, licèt non sit ipsum debitum principaliter, vt Bartolus hîc notat. Alia quæstio est, an is qui solutum se constituit satisfaciat constituto, si pignus offerat vel satisdationem, de qua in *l. promissor 21. §. vlt. infr.* vbi dicemus.

2 ¶ Sed & si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit: nihilominus tenetur, vt Pomponius scribit. quid tamen, si ea persona nolit fideiubere [a]? puto teneri eum, qui constituit: nisi aliud actum est. quid si ante decesserit? si in mora interueniente: æquum est, teneri eum, qui constituit, vel in id, quod interest, vel vt aliam personam non minus idoneam fideiubentem præstet: si nulla mora interueniente: magis puto, non teneri.

Ad §. 2. Sed & si quis.

Rat. dvb. Qui certam personam vel incertam pro se fideiussuram constituit, alienum factum promittit: ergo inutiliter. Nec enim alienum factum vtiliter promittitur, quia de suo facto promittere quisque debet non de alieno *l. stipulatio ista 38. in pr. de verb. obligat. §. si quis alium Instit. de inutil. stipulat.*

Dec. Sic accipi hoc constitutum debet, vt valeat potius quàm vt sit inutile *l. quoties in stipulationibus 80. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus vers. planè infr. de verb. oblig. l. quoties 12. de reb. dub.* Ergo ita interpretandum est, vt is qui constituit, videatur promisisse curaturum se, vt alius fideiubeat: quo casu constitutum valet, quia de suo non de alieno facto constituens promisisse intelligitur, & valet promissio *d. §. si quis alium.* Est autem hæc interpretatio eo iustior, quòd tractamus de constituto, quod quis fecerit pro suo debito. Inde námque coniectura in dubio sumi potest, quòd constituendo de suo quoque facto promittere voluerit, non de alieno. Id enim est quod Bartolus hîc notat, quando quis promittit aliquem facturum aliquid ad conseruationem eius, quod ipse promittens debet, intelligi eum promittere se facturum & curaturum.

a *Quid tamen si ea persona nolit fideiubere?* Rat. dvb. Non est in potestate constituentis, vt alium cogat fideiubere. Est enim positum in cuiusque arbitrio & potestate an contrahere velit nécne *l. sicut 5. C. de oblig. & action.* Ideóque non tantùm difficilis, sed etiam interdum penè impossibilis est datio fideiussoris *l. 2. § penult. supr. de iudic.* Impossibilium autem nulla obligatio est *l. impossibilium 185. de regul. iur.* Ergo si is quem fideiussurum quis constituit, nolit fideiubere, dicendum est constituentem non teneri, quasi hoc sit is acto inter contrahentes, ne alioqui dicendum sit id videri actum potius, vt constituens inuitum daret eum fideiussorem, qui fideiubere nollet *arg. l. non solùm 31. de oblig. & action.*

Dec. Fideiussoris præsertim certi datio difficilis esse interdum potest, sed impossibilis nunquam. Est enim ex eorum genere quæ recedunt ab impedimento naturali, & respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personæ commodum incommodúmque, non rerum quæ promittuntur, vt eleganter Venuleius tractat in *l. continuus* 137. §. *illud De verborum obligationibus.* Ergo non potest constitutum hoc quasi rei impossibilis vitiari, præsertim cùm eo nolente fideiubere, quem promissor fideiussurum constituit, alia supersit ratio dissoluendæ obligationis, & satisfaciendi constituto: quemadmodum si decessisset hic fideiussor antequam voluntatem suam declarasset, & post moram promissoris, quo casu æquum esset teneri constituentem ad hoc saltem, vt vel præstaret id quod interesset, vel aliam personam non minùs idoneam quæ fideiuberet, vt in *leg. Labeo* 25. §. *vltim. & leg. sequent. supr. De recept. Qui arbitr. recep. leg. planè* 4. *vt in poss. legat. l. si ab arbitro* 10. §. 1. *sup. Qui satisd. cogan.* Simile aliquid est in *l. si quis domum* 9. *inf. locat.* Quòd si constituentis mora nulla interuenerit in dando fideiussore, & intereà fideiussor decesserit, placet constituentem non teneri, quia nihil imputari possit constituenti, quomodo imputari posset, si ante mortem fideiussoris moram contraxisset. Semper enim moram auctori suo nocere æquum est *leg. si ex legati* 23. *& sequen. De verborum obligationibus leg. in condemnatione centesim. septuagesim. tert. paragraph. penultim. De regul. iur. leg. hominem trigesim septim. in fin. infr. mandat. sic & in leg.* 5. *paragraph. quid si ita dedi vers. sed si Stichus supr. De condict. caus. dat.* Sed distinctio hæc adhibenda est in eo casu quo is qui fideiussurus erat, non declarata voluntate decesserit. Nam si nolit fideiubere, indistinctè condemnandus est is, qui constituit, vt vel alium fideiussorem præstet, vel id quod interest, cuius obligatio succedit semper in locum obligationis faciendi *leg. si quis ab alio decim. tert. in fin. infr. De re iudic. leg. quoties quis alium* 81. *De verborum obligationibus.* Est autem hæc obligatio faciendi, cùm quis constituit se daturum fideiussorem Sempronium, aut curaturum vt Sempronius fideiubeat. Proinde in præstationem pecuniæ, si non fiat quod promissum est, necessariò resoluitur. Ex quo apparet tanto manifestiùs, quàm verum sit quod diximus, constitutum hoc impossibilis rei non esse. Idcóque errare nostros qui vulgò putant, eum qui promisit se curaturum, vt alius quid faciat liberari, si probet se fecisse quod potuit, nec quicquam perficere, & proficere potuisse. Nec enim verendum est, vt ad impossibile obligatus videatur, cùm præstando id quod interest, quod semper in pecunia numerata consistit, liberetur. Idque probatur optimè ex hoc versiculo, & ex *dict. leg. Labeo* 25. §. *vltim. supr. De reception.*

3 ¶ Constituere autem & præsentes & absentes possumus: sicut pacisci & per nuncium, & per nosmetipsos, & quibuscunque verbis.

Ad §. vlt. Constituere.

Rat. dub. Constitutum propiùs ferè accedit ad stipulationem, quàm ad pactum, cùm ex constituto detur actio sicut ex stipulatione, non etiam ex pacto nudo, vt diximus ad *leg. prim. supr. ex paragraph. de constituta Institut. De actionib.* nisi quod actio ex constituto prætoria est, actio autem ex stipulatione ciuilis *dict. paragraph. de constituta*, atqui stipulatio non potest fieri inter absentes, sed inter præsentes duntaxat *leg. prim. infr. De verborum obligationibus.* nec proinde per epistolam, aut per nuncium, aut per procuratorem, ergo neque constitutum inter absentes fieri potest, aut per nuncium aut per epistolam.

Dec. Constitutum fit ex simplici consensu, sicut pactum nudum, si modò adsit animus constituendi *dict. leg. prim. paragraph. cum qui supr.* nec proinde requirit solemnitatem verborum, vt stipulatio, & consequenter nec præsentiam constituentis. Est enim generale, vt omnes conuentiones quæ consensu nudo contentæ sunt, fieri possint & inter absentes, & per epistolam, & per nuncium, & quibuscunque verbis dummodò idoneis ad animum constituendi significandum, vt Accursius benè interpretatur sic in *l. vbi purè* 19 §. 1. *ad Trebell.* cùm his omnibus modis æquè declarari & exprimi consensus possit *l.* 1. § *vlt. De contr. empt. infr. l. consensu* 2. *De obligat. & action.* Sunt autem notabiles differentiæ quas hîc Bartolus congerit inter nuncium & procuratorem. Nuncius enim nihil nisi nudum præstat ministerium, tanquam organum viuum eius, cuius est nuncius, & quasi pica vel buccinum, vt Accursius & Bartolus loquuntur. Idcóque non tam multa in eius persona exigimus, vt sit nuncius idoneus quàm in persona procuratoris, vt sit idoneus procurator. At procurator non præstat nudum ministerium, cùm sibi acquirat, non ei, cuius procurator est *l. possessio* 49. § *vlt. De acquir. poss.* nisi cùm de acquirenda possessione tractatur *l. quod meo* 18. *eod.* postquàm vtilitatis causa placuit acquiri posse nobis possessionem per procuratorem *l.* 1. *C. per quas person. nob. acquir.* Nuncius priuati hominis generalis esse nunquam potest, sed specialis tantùm, eius scilicet negotij nomine, de quo specialiter ei mandatum est. At procurator generalis esse potest, & plerunque est *l. procurator cui* 58. *& seqq. l. procurator totorum* 63. *supr. De procurat.* ideo autem loquimur de nuncio priuati, vt excludamus non tantùm nuncios iudicum, quos pragmatici seruientes vulgò vocant, sed etiam nuncios & legatos Principum, maximè verò summorum Pontificum quos etiam hodie, nuncios vulgò appellamus, fortasse idcirco, quòd ad eorum dignitatem & authoritatem maximè pertineat, vt quodcunque à nuncio fit, aut dicitur, sic accipi debeat, quasi ab ipsius summi Pontificis ore, ac viuæ vocis oraculo profectum. Prætereà in nuncio priuati mandatum speciale præcedere necesse est, nec sufficit subsequi ratihabitionem *d. l.* 1. *in fin. De contr. empt.* quod in procuratore diuersum est, in cuius persona ratihabitio æquiparatur mandato *l. vlt. C. ad SC. Maced* modo ritè & habili tempore facta sit *l. pen. & tot. tit. infr. Rat. rem haber.* Vnde est quod nuncius confert verba contractus in personam domini sui *l. prox. infr.* Procurator verò in suam propriam *l.* 5. §. *Iulianus lib.* 11. *supr.* Itaque si procurator quid faciat vt nuncius, placet neq; id valere, neq; quod magis est, per ratihabitionem cõfirmari posse, quoniam aliud procuratoris, aliud nuncij officium est. Deniq; nuncius nunquam obligatur, Procurator obligatur.

15. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

ET licèt libera persona sit, per quam tibi cóstituit: non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus: quia ministerium tantummodo hoc casu præstare videtur.

Ad l. Et licèt 15.

RAT. DVB. Per liberam personam nihil acquiri nobis potest, excepta sola possessione, vt proximè diximus ex *l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir. l. solutum 11. §. per liberam infrà de pignorat. act.* Atqui ponimus nuncij personam fuisse liberam per quam tibi constitutum est. Ergo per eiusmodi nuncium non potuit acquiri tibi actio constitutæ pecuniæ.

DEC. Nuncius nudum ministerium præstare videtur ei cuius nuncius est, nec nisi epistolæ, aut vt Accursius loquitur, picæ aut buccini vice fungitur, vt diximus ad *§. prox. præced.* Ergo quemadmodum per epistolam constitutum fieri potest, ita & per nuncium, in eóque differt nuncius à procuratore *l. eum qui 5. §. Iulianus libro vndecimo supr.* vbi etiam diximus. Et certè quodcumque per epistolam fieri potest, etiam per nuncium possumus expedire *l. sed & interpellatur 49. §. 1 supr. de recept. l. 1. §. vltim. infrà de contr. empt. l. 2. § penult. de oblig. & action.* Et longè aliud est, per liberam personam acquiri, aliud verò officium impleri *l. si quis solutioni 24. §. 1. infrà de vsur. l. 3. in princip. infr. Quod vi aut clam.* Vide tamen ne hîc desit negatio in illis verbis *non erit impedimento quòd per liberam personam acquirimus*, legendum enim potius est *non acquirimus* nisi verbum illud *acquirimus* malit quis explicare pro *acquireremus* vt scripsi *lib. 15. coniect. cap. 5.* vbi vide.

16. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

SI duo, quasi duo rei, constituerimus: vel cum altero agi poterit in solidum.

Ad l. Si duo 16.

RAT. DVB. Verba edicti prætoris de constituta pecunia concepta sunt in singulari numero, de eo qui pecuniam debitam soluturum se constituit *l. 1. §. 1 sup.* Ergo si duo quasi correi debendi constituerint se soluturos, ad hoc edictum non pertinent, hactenus saltem, vt directa actione conueniri non possint, aut si pertineant, dicendum est singulos ex eiusmodi constituto non nisi in viriles teneri, vt in *l. reos 11. §. cùm tabulis infr. De duob. reis.*

DEC. Correi siue debendi siue credendi fiunt ex quolibet contractu, & ex qualibet causa quæ apta sit producere actionem *l. eandem rem eod. titu.* Atqui causa constituti licèt non sit iusta, ciuili iure, cui incognita est, iusta tamen est apud prætorem qui ex constituto dat honorariam actionem, non minus quàm ex stipulatione aut ex alio quolibet contractu, ciuilem. Ergo etiam per constitutum non minus quàm per stipulationem, aliúmve contractum possunt fieri duo pluresve correi siue debendi siue credendi: scilicet cùm hoc actum est, vt vel singuli solidum debeant, vel singulis in solidum debeatur. Nec enim aliter correi fiunt, sed obligatio inter omnes pro virilibus scinditur *dict. §. cùm tabulis & l. 3. in princip. & pass. eodem tit.* Nec quod constituta iure ciuili incognita sunt, ad rem facit, cùm etiam stipulationum prætoriarum duo rei fieri possint *l. & stipulationum 14. eodem tit.* Ergo habebunt hi correi sicut & reliqui beneficium diuisionis ex epistola Diui Hadriani si pro alio constituerint, si verò pro se beneficium suæ constitutionis *Nouell. 99. de duobus reis cap. 1. & l. vltim. Cod. hoc tit.* vt Accursius hîc notat.

1 ¶ Sed & certo loco, & tempore constituere quis potest, nec solùm eo loci posse eum petere vbi, ei constitutum est: sed exemplo arbitrariæ actionis, vbique potest.

Ad §. 1. Sed & certo loco.

RAT. DVB. Constituta ideò à prætore introducta sunt, quia graue est fidem fallere *l. 1. in princ. supr.* Atqui inuenta erit ratio frangendæ fidei in constituto datæ, si permittatur constituere certo loco. Ita enim fiet vt nunquam conueniri possit de constituta pecunia is qui constituit, nempe si ad locum illum constituto comprehensum accedere nunquam velit, siue data opera id faciat siue aliis detentus negotiis, nec alibi tamen soluere velit *l. 1. supr. tit. prox.* Ergo non est inducendum, vt certo loco præcisè quis constituat se soluturum, neque rursum, vt certo tempore, cùm constituta potissimum inducta fuerint ob eas pecunias quæ nondum peti possunt *l. 3. §. vlt. supr.* Quod autem certo tempore soluendum constituitur, non magis ante diem peti potest, quàm si ex stipulatione deberetur. Totum enim medium tempus semper liberum promissori ad soluendum datum esse intelligitur *l. stipulatio ista 38. §. inter l. qui hoc anno 42. l. liber homo 118. §. decem hodie de verb. oblig. l. quod certa 70. infr. de solut.* Ergo neque certo loco neque certo tempore coarctari debet constitutum, vt aliqua, & certa eius vtilitas esse possit.

DEC. Non sunt coarctandæ neque impediendæ hominum liberæ voluntates, & conuentione, cùm fieri possit, vt quis constituat se soluturum certo loco & tempore, qui aliter non fuerit constituturus

argum. leg. vltim. Codic. de pact. inter. empt. & vendit. Satísque esse debet, quòd non ideò constitutum inutile futurum sit, non solùm si certo tempore constitutum sit, vt diximus ad *dict. leg.* 3. §. *vltim.* Sed etiam si certo loco, quia non eo minùs poterit constituta pecunia vbique peti, & quocunque loco, *exemplo arbitrariæ actionis* vt Vlpianus hîc scribit, quod nostri omnes ne excepto quidem Cuiacio sic intelligunt, vt hoc casu arbitraria sit actio, quę datur ex constituto, perinde ac si competeret ex stipulatione, aut ex testamento: quasi fieri nequeat, vt qui certo loco se soluturum constituit, vbique conueniri possit nisi per arbitrariam *argum. leg. prim. supr. De eo quod cert. loc.* Sed nos contrà sentimus ex ipsis Vlpiani nostri verbis, actionem hanc per quam constituens conueniri vbique potest, non tam esse arbitrariam, quàm exemplo arbitrarię actionis comparatam: quia sicut is qui ex contractu bonę fidei certo loco dare se obligauit, conueniri quocunque alio loco potest, nec id tamen per arbitrariam, sed per actionem bonę fidei ex eo contractu competentem, tanquam sufficiente sola actionis natura & ęquitate *leg. in bona fidei* 7. vbi diximus *eod. tit.* Ita & in actione De constituta pecunia, quę prętoria est, & ex mera ęquitate Pretoris comparata, nil necesse est, arbitrariam actionem inducere, cùm sufficere possit ęquitas actionis & Prętoris ad obligandum constituentem, vt si non soluat in loco destinato quàm primùm potest, quocunque alio loco vrgeri possit ad solutionem, quemadmodum si constituisset se soluturum quocunque loco inuentus esset, ne in ipsius potestate sit fidem frangere, quod contra mentem Prætoris & propositum edicti esset. Ergo quemadmodum in actione arbitraria loci vtilitas æstimanda esset in fauorem eius per quē non stetisset, quominùs suo loco solueretur, ita & in hac constitutæ pecuniæ actione exemplo arbitrariæ actionis eadem vtilitas loci æstimanda erit, aut pro actore, aut pro reo, prout æquitas suggeret, quam habere ante oculos debebit iudex, qui de actione ista cognoscet non minùs quàm qui arbitrariæ actioni addictus est *l. 4. in fin. supr. eod. tit. prox.* Cùm enim actio hæc ad exemplum arbitrariæ actionis comparata sit, vt Vlpianus ait, quamuis non sit ipsa arbitraria, easdem tamen præstationes recipit ex bona fide & æquitate, quas arbitraria reciperet officio iudicis. Scripsi pluribus in *Error. 6. Decad. 91. de error. pragmatic. & interpret. iur.* Vbi vide.

2 ¶ Ait Prætor: *Si appareat eum, qui constituit, neque soluisse, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominùs fieret quod constitutum est.*

Ad §. 2. Ait Prætor.

Proponuntur in hoc §. verba edicti *De constituta pecunia*, sed manca tamen & mutila, quæ causam actionis dandæ duntaxat continent, illam scilicet si appareat eum qui constituit se soluturum aliquid, aut facturum, neque soluisse, neque fecisse quod promisit, neque per actorem stetisse quominùs fieret quod constitutum est. Sed quid prætor eo edicto pollicitus sit, non constat. Accursius sic intelligit post Azonem, ac si Prætor adiecisset *reum satisfacere cogam.* Quod Bartolus reprehendit: nec malè, quia, inquit, ex iis verbis non orietur actio *De constituta pecunia*, sed officium iudicis, quod ille accipit pro cognitione Prætoria, de qua in *l. quòd si minor* 24. §. *vltim. supr. de minor. & tot. tit. De var. & extraord. cognit.* Itaque sic supplenda sunt potiùs verba edicti, vt subintelligamus vulgarem clausulam, quæ in cæteris edictis addi solet *iudicium dabo.* Expeditur enim quæstio hæc constitutæ pecuniæ actione ordinaria, non cognitione prætoria. Sunt enim quædam causæ duntaxat, de quibus Prætor ipse cognoscit, qualis illa est De in integrum restitutione minorum, de qua sic Prætor edixit, *vti quæque res erit animaduertam leg. prim. dict. leg. quòd si minor. vigesim. quart. paragraph. vltim.* vbi diximus *supr. De minor.* Item causa status & liberalis, de qua in *Titul. De liber. caus. leg. non distinguemus* 32. §. *de liberali supr. De recept. Qui arbitr. recep.* Sed ab iis causis multùm distat causa constitutæ pecuniæ, ideóque passim actio appellatur, vt intelligamus eam expediri per formulam & per iudicem pedaneum, dandum à Prætore post litem contestatam, quæ fuit vetus ratio exercendorum iudiciorum omnium, quæ idcirco ordinaria dicebantur ante *leg. secund. Cod. de pedan. iudicib. & Titul. Codic. De formul. & impetr. action. sublat.* Iunge *Titulum De variis & extraordin. cognit.*

3 ¶ Ergo si non stetit, per actorem, tenet actio: etiam si per rerum naturam stetit. sed magis dicendum est, subueniri reo debere.

Ad §. 3. Ergo si non stetit.

Rat. Dub. Non tenetur debitor de interitu rei debitæ, nisi post moram ipsius debitoris contingente *leg. si ex legati vigesim. tert. & leg. seq. leg. si seruum* 91. *paragraph. sequitur infr. De verbor. obligat. leg. cùm res* 47. *De legat.* 1. Atqui fieri potest, vt res quam quis se daturum constituerit, suo fato perierit, nulla præcedente mora promissoris. Ergo quamuis verum sit hoc casu non dedisse promissorem, nec fecisse quod promiserat, nec per actorem stetisse, quominùs fecerit, dicendum est liberari constituentem, nec teneri *de constituta pecunia*, ne quidem ipso iure: &, vt nostri loquuntur, de rigore iuris. Dec. Ita quidem est ex ratione iuris, sed aliud tamen

ex verbis edicti, cùm polliceatur Prætor actionem se daturum *de constituta pecunia*, si neque constituens dederit vel fecerit id quod constituit, neque per actorem steterit. Quæ omnes condiciones non eò minùs implentur, quòd res debita postmodum facto suo perierit citra moram. Sed tamen benè subiungit Vlpianus, subueniendum esse huic constituenti, si post rem fato suo peremptam nulla morâ interueniente ex constituto conueniatur. Quomodo autem ei subuenietur? Data scilicet illi exceptione aut potiùs iusta edicti interpretatione, vt subiicitur in *l. seq.* vt quod verbis edicti comprehensum est, interpretationem accipiat ex mente Prætoris, quem non est existimandum in proponenda huiusmodi actione, quæ tota est ex bono & æquo, & ex bona fide, aliquid iniqui edicere & decernere voluisse. Esset autem iniquum constituentem per quẽ non stetit, quominùs constituto satisfaceret, & qui moram non fecit teneri de casu fortuito, ob hoc solùm, quod nec steterit per actorem, cùm debitor factum præstare numquã debeat, vt nec alius quisquam si mora nulla præcesserit *l. contractus 23. in fi. de reg. iur. l. pignus 9. C. de pignor. act.* non idem esset, si de legis alicuius durioris interpretatione ageretur. Nec enim prudentibus liceret, at nec ipsi Prætori eam verbis repugnantibus interpretatione mollire, quia quantumuis dura seruanda esset, quomodo scripta legeretur *l. prospexit 12. infr. Qui & à quib. manum.* Inter ius namque & æquitatem positam interpretationem soli Principi licet inspicere *l. 1. C. de legib.* at Prætor edictum suum interpretari potest, eius si quidem est interpretari cuius est condere *l. vlt. eod. tit.* nec tamen interpretatio Prætoris interpretationem prudentum excludit: neque verò prætoribus omnibus eadem fuit mens & industria concipiendi edicti verbis conuenientibus, vt constat ex hoc §. & ex *l. ait Prætor 5. infr. De re iudic.* Meliùs enim dixisset Prætor in hoc edicto, si promissor fuerit in mora dandi vel faciendi, vt Bartolus ad §. *seq.* explicat. Non vt simplex abnutiuum sufficiat, quomodo loquitur Paulus in *l. inter stipulantem 83. in princ. de verb. oblig.* id est datum vel factum non esse: quod sufficeret si simplex condicio esset, quam promissio & dispositio nulla præcessisset vt in *l. in illa 8. eod. tit.* secundum distinctionem eiusdem Bartoli ex *l. si homo mortuus 69. eod. l. si plenum 24. infr. quand. dies legat. ced.*

4 ¶ Hæc autem verba prætoris, *neque fecisse cùm quod constituit*: vtrum ad tempus constituti pertineant, an verò vsque ad litis contestationem trahamus, dubitari potest, & puto, ad tempus constituti.

Ad §. vlt. Hæc autem verba.

RAT. DVB. Cùm Prætor actionem constitutæ pecuniæ pollicetur, & daturum se iudicium, si appareat constituentem neque dedisse, neque fecisse id quod constituit, apertè significat à contrario sensu, non daturum se actionem, si eo tempore petatur quo paratus sit constituens vel dare vel facere quod promisit. Ad quid enim peteretur contra eum actio, nisi vt quod constituisset dare vel facere cogeretur? Cur verò iudicium accipere cogamus eum qui paratus sit præstare, quod debet? *l. si reus 71. supr. de procurat. l. si debitori 21. sup. de iudic.* Atqui non datur nec postulatur actio, nisi post litem contestatam. Ideóque in libris nostris tempus litis contestatæ vel accipiendi, acceptive iudicij idem est. Ergo hæc verba edicti non ad id tempus referenda sunt, quo promissor soluere ex constituto debuit, sed ad tẽpus vsque litis contestatæ trahenda. DEC. Verba edicti sicut de constituto loquuntur, ita & de eo tempore intelligi debent, non quo constitutum factum est, sed in quod solutio per constitutum collata est, siue tempus illud in constituto expressum sit, vt in principio huius legis, siue tacitè subintelligi debeat, ne constituens eodem instanti & obligationem & moram contraxisse intelligatur. *l. promissor 21. §. 1.* vbi dicemus *infr. hoc tit.* quomodo & Accursius noster benè interpretatur: ergo si eo tempore promissor neque dederit, neque fecerit, quod se daturum vel facturum constituerat, negari non potest, quin ex verbis edicti actio danda sit, quasi impleta condicione sub qua Prætor actionẽ pollicetur. Verum enim est neque datum neque factum fuisse eo tempore quo dari vel fieri debuit. Spectandum si quidem est nouissimum tempus, quo id dari vel fieri potuerit *l. si Calendis 11. infr. De re iudic.* Ex æquitate tamen reo subueniendum est, si alia die offerat, & quandocunque ante litem contestatam vt subiicitur in *l. seq.* quasi purgata mora, dum ne adhuc quicquam interesse cœperit creditoris, vt mox dicemus.

17. PAVLVS libro 29 ad Edictum.

SEd & si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec vlla causa iusta fuit non accipiendi: æquũ est, succurri reo, aut exceptione, aut iusta interpretatione: vt factum actoris vsque ad tempus iudicij ipsi noceat: vt illa verba, *neque fecisse*, hoc significent, vt neque in diem, in quem constituit, fecerit, neque postea.

Ad l. Sed etsi alia die 17.

RAT. DVB. Mora quæ ex lapsu diei contingit ipso iure, purgari posteà non potest, vt diximus ad *l. quod si Ephesi 4. supr. Tit. prox. ex l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* Ergo is qui constituit certo tempore se soluturum, si eo tempore non soluerit, audiendus nõ est, si alia die offerat, & purgare morã velit, ac proinde omnimodo teneri debet *de constituta pecunia ex edicto*, cuius verba id omnino euincunt vt diximus ad *§. prox. supr.* DEC. Sicuti prætoriæ stipulationes recipiunt interpretationem ex mente Prętoris, in eóque differunt à conuentionalibus *l. in conuentionalibus quinquagesim secund. infr. de verbor. obligation.* ita & actiones Prætoriæ, quæ ex edicti verbis proficiscuntur. Prætoris enim est interpretari

argum. leg. vltim. Codic. de pact. iur. empt. & vendit. Satisque esse debet, quòd non ideò constitutum inutile futurum sit, non solùm si certo tempore constitutum sit, vt diximus ad *dict. leg.* 3. §. *vltim.* Sed etiam si certo loco, quia non eo minùs poterit constituta pecunia vbique peti, & quocunque loco, *exemplo arbitrariæ actionis* vt Vlpianus hîc scribit, quod nostri omnes ne excepto quidem Cuiacio sic intelligunt, vt hoc casu arbitraria sit actio, quę datur ex constituto, perinde ac si competeret ex stipulatione, aut ex testamento: quasi fieri nequeat, vt qui certo loco se soluturum constituit, vbique conueniri possit nisi per arbitrariam *argum. leg. prim. supr. De eo quod cert. loc.* Sed nos contrà sentimus ex ipsis Vlpiani nostri verbis, actionem hanc per quam constituens conueniri vbique potest, non tam esse arbitrariam, quàm exemplo arbitrarię actionis comparatam: quia sicut is qui ex contractu bonę fidei certo loco dare se obligauit, conueniri quocunque alio loco potest, nec id tamen per arbitrariam, sed per actionem bonę fidei ex eo contractu competentem, tanquam sufficiente sola actionis natura & ęquitate *leg. in bonæ fidei* 7. vbi diximus *eod. tit.* Ita & in actione De constituta pecunia, quę prętoria est, & ex mera ęquitate Prętoris comparata, nil necesse est, arbitrariam actionem inducere, cùm sufficere possit ęquitas actionis & Prętoris ad obligandum constituentem, vt si non soluat in loco destinato quàm primùm potest, quocunque alio loco vrgeri possit ad solutionem, quemadmodum si constituisset se soluturum quocunque loco inuentus esset, ne in ipsius potestate sit fidem frangere, quod contra mentem Prætoris & propositum edicti esset. Ergo quemadmodum in actione arbitraria loci vtilitas æstimanda esset in fauorem eius per quē non stetisset, quominùs suo loco solueretur, ita & in hac constitutæ pecuniæ actione exemplo arbitrariæ actionis eadem vtilitas loci æstimanda erit, aut pro actore, aut pro reo, prout æquitas suggeret, quam habere ante oculos debebit iudex, qui de actione ista cognoscet non minùs quàm qui arbitrariæ actioni addictus est *l. 4. in fin. supr. eod. tit. prox.* Cùm enim actio hæc ad exemplum arbitrariæ actionis comparata sit, vt Vlpianus ait, quamuis non sit ipsa arbitraria, easdem tamen præstationes recipit ex bona fide & æquitate, quas arbitraria reciperet officio iudicis. Scripsi pluribus in *Error. 6. Decad. 91. de error. pragmatic. & interpret. iur.* Vbi vide.

2 ¶ Ait Prætor: *Si appareat eum, qui constituit, neque soluisse, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominùs fieret quod constitutum est.*

Ad §. 2. Ait Prætor.

Proponuntur in hoc §. verba edicti *De constituta pecunia*, sed manca tamen & mutila, quæ causam actionis dandæ duntaxat continent, illam scilicet si appareat eum qui constituit se soluturum aliquid, aut facturum, neque soluisse, neque fecisse quod promisit, neque per actorem stetisse quominùs fieret quod constitutum est. Sed quid prætor eo edicto pollicitus sit, non constat. Accursius sic intelligit post Azonem, acsi Prætor adiecisset *reum satisfacere cogam.* Quod Bartolus reprehendit: nec malè, quia, inquit, ex iis verbis non oritetur actio *De constituta pecunia*, sed officium iudicis, quod ille accipit pro cognitione Prætoria, de qua in *l. quòd si minor* 24. §. *vltim. supr. de minor. & tot. tit. De var. & extraord. cognit.* Itaque sic supplenda sunt potiùs verba edicti, vt subintelligamus vulgarem clausulam, quæ in cæteris edictis addi solet *iudicium dabo.* Expeditur enim quæstio hæc constitutæ pecuniæ actione ordinaria, non cognitione prætoria. Sunt enim quædam causæ duntaxat, de quibus Prætor ipse cognoscit, qualis illa est De in integrum restitutione minorum, de qua sic Prætor edixit, *vti quaque res erit animaduertam leg. prim. dict. leg. quòd si minor. vigesim. quart. paragraph. vltim.* vbi diximus *supr. De minor.* Item causa status & liberalis, de qua in *Titul. De liber. caus. leg. non distinguemus* 32. §. *de liberali supr. De recept. Qui arbitr. recep.* Sed ab iis causis multùm distat causa constitutæ pecuniæ, ideòque passim actio appellatur, vt intelligamus eam expediri per formulam & per iudicem pedaneum, dandum à Prætore post litem contestatam, quæ fuit vetus ratio exercendorum iudiciorum omnium, quæ idcirco ordinaria dicebantur ante *leg. secund. Cod. de pedan. iudicib. & Titul. Codic. De formul. & impetr. action. sublat.* Iunge *Titulum De variis & extraordin. cognit.*

3 ¶ Ergo si non stetit, per actorem, tenet actio: etiam si per rerum naturam stetit. sed magis dicendum est, subueniri reo debere.

Ad §. 3. Ergo si non stetit.

RAT. DVB. Non tenetur debitor de interitu rei debitæ, nisi post moram ipsius debitoris contingente *leg. si ex legati vigesim. tert. & leg. seq. leg. si seruum* 91. *paragraph. sequitur infr. De verbor. obligat. leg. cùm res* 47. *De legat.* 1. Atqui fieri potest, vt res quam quis se daturum constituerit, suo fato perierit, nullà præcedente mora promissoris. Ergo quamuis verum sit hoc casu non dedisse promissorem, nec fecisse quod promiserat, nec per actorem stetisse, quominùs fecerit, dicendum est liberari constituentem, nec teneri *de constituta pecunia*, ne quidem ipso iure: &, vt nostri loquuntur, de rigore iuris. DEC. Ita quidem est ex ratione iuris, sed aliud tamen ex ver-

ex verbis edicti, cùm polliceatur Prætor actionem se daturum *de constituta pecunia*, si neque constituens dederit vel fecerit id quod constituit, neque per actorem steterit. Quæ omnes condiciones non eò minùs implentur, quòd res debita postmodum fato suo perierit citra moram. Sed tamen benè subiungit Vlpianus, subueniendum esse huic constituenti, si post rem fato suo peremptam nulla morà interueniente ex constituto conueniatur. Quomodo autem ei subuenietur? Data scilicet illi exceptione aut potiùs iusta edicti interpretatione, vt subiicitur in *l. seq.* vt quod verbis edicti comprehensum est, interpretationem accipiat ex mente Prætoris, quem non est existimandum in proponenda huiusmodi actione, quæ tota est ex bono & æquo, & ex bona fide, aliquid iniqui edicere & decernere voluisse. Esset autem iniquum constituentem per quē non stetit, quominùs constituto satisfaceret, & qui moram non fecit teneri de casu fortuito, ob hoc solùm, quod nec steterit per actorem, cùm debitor factum præstare numquā debeat, vt nec alius quisquam si mora nulla præcesserit *l. contractus 23. in fi. de reg. iur. l. pignus 9. C. de pignor. act.* non idem esset, si de legis alicuius durioris interpretatione ageretur. Nec enim prudentibus liceret, at nec ipsi Prætori eam verbis repugnantibus interpretatione mollire, quia quantumuis dura seruanda esset, quomodo scripta legeretur *l. prospexit 12. infr. Qui & à quib. manum.* Inter ius namque & æquitatem positam interpretationem soli Principi licet inspicere *l. 1. C. de legib.* at Prætor edictum suum interpretari potest, eius si quidem est interpretari cuius est condere *l. vlt. eod. tit.* nec tamen interpretatio Prætoris interpretationem prudentum excludit: neque verò prætoribus omnibus eadem fuit mens & industria concipiendi edicti verbis conuenientibus, vt constat ex hoc §. & ex *l. ait Prætor 5. infr. De re iudic.* Meliùs enim dixisset Prætor in hoc edicto, si promissor fuerit in mora dandi vel faciendi, vt Bartolus ad *§. seq.* explicat. Non vt simplex abnutiuum sufficiat, quomodo loquitur Paulus in *l. inter stipulantem 83. in princ. de verb. oblig.* id est datum vel factum non esse: quod sufficeret si simplex condicio esset, quam promissio & dispositio nulla præcessisset vt in *l. in illa 8. eod. tit.* secundum distinctionem eiusdem Bartoli ex *l. si homo mortuus 69. eod. l. si plenum 24. infr. quand. dies legat. ced.*

4 ¶ Hæc autem verba prætoris, *neque fecisse cùm quod constituit*: vtrum ad tempus constituti pertineant, an verò vsque ad litis contestationem trahamus, dubitari potest, & puto, ad tempus constituti.

Ad §. vlt. Hæc autem verba.

RAT. DVB. Cùm Prætor actionem constitutæ pecuniæ pollicetur, & daturum se iudicium, si appareat constituentem neque dedisse, neque fecisse id quod constituit, apertè significat à contrario sensu, non daturum se actionem, si eo tempore petatur quo paratus sit constituens vel dare vel facere quod promisit. Ad quid enim peteretur contra eum actio, nisi vt quod constituisset dare vel facere cogeretur? Cur verò iudicium accipere cogamus eum qui paratus sit præstare, quod debet? *l. si reus 73. supr. de procurat. l. si debitori 21. sup. de iudic.* Atqui non datur nec postulatur actio, nisi post litem contestatam. Ideóque in libris nostris tempus litis contestatæ vel accipiendi, acceptive iudicij idem est. Ergo hæc verba edicti non ad id tempus referenda sunt, quo promissor soluere ex constituto debuit, sed ad tēpus vsque litis contestatæ trahenda. DEC. Verba edicti sicut de constituto loquuntur, ita & de eo tempore intelligi debent, non quo constitutum factum est, sed in quod solutio per constitutum collata est, siue tempus illud in constituto expressum sit, vt in principio huius legis, siue tacitè subintelligi debeat, ne constituens eodem instanti & obligationem & moram contraxisse intelligatur *l. promissor 21. §. 1.* vbi dicemus *infr. hoc tit.* quomodo & Accursius noster benè interpretatur: ergo si eo tempore promissor neque dederit, neque fecerit, quod se daturum vel facturum constituerat, negari non potest, quin ex verbis edicti actio danda sit, quasi impleta condicione sub qua Prætor actionē pollicetur. Verum enim est neque datum neque factum fuisse eo tempore quo dari vel fieri debuit. Spectandum si quidem est nouissimum tempus, quo id dari vel fieri potuerit *l. si Calendis 11. infr. De re iudic.* Ex æquitate tamen reo subueniendum est, si alia die offerat, & quandocunque ante litem contestatam vt subiicitur in *l. seq.* quasi purgata mora, dum ne adhuc quicquam interesse cœperit creditoris, vt mox dicemus.

17. PAVLVS libro 29 ad Edictum.

SEd & si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec vlla causa iusta fuit non accipiendi: æquū est, succurri reo, aut exceptione, aut iusta interpretatione: vt factum actoris vsque ad tempus iudicij ipsi noceat: vt illa verba, *neque fecisse*, hoc significent, vt neque in diem, in quem constituit, fecerit, neque postea.

Ad l. Sed et si alia die 17.

RAT. DVB. Mora quæ ex lapsu diei contingit ipso iure, purgari posteà non potest, vt diximus ad *l. quod si Ephesi 4. supr. Tit. prox.* ex *l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* Ergo is qui constituit certo tempore se soluturum, si eo tempore non soluerit, audiendus nō est, si alia die offerat, & purgare morā velit, ac proinde omnimodo teneri debet *de constituta pecunia ex edicto*, cuius verba id omnino euincunt vt diximus ad *§. prox. supr.* DEC. Sicuti prætoriæ stipulationes recipiunt interpretationem ex mente Prętoris, in eóque differunt à conuentionalibus *l. in conuentionalibus quinquagesim secund. infr. de verbor. obligation.* ita & actiones Prætoriæ, quæ ex edicti verbis proficiscuntur. Prætoris enim est interpretari

argum. leg. vltim. Codic. de pact. iur. empt. & vendit. Satisque esse debet, quòd non ideò constitutum inutile futurum sit, non solùm si certo tempore constitutum sit, vt diximus ad *dict. leg.* 3. §. *vltim.* Sed etiam si certo loco, quia non eo minùs poterit constituta pecunia vbique peti, & quocunque loco, *exemplo arbitrariæ actionis* vt Vlpianus hîc scribit, quod nostri omnes ne excepto quidem Cuiacio sic intelligunt, vt hoc casu arbitraria sit actio, quę datur ex constituto, perinde ac si competeret ex stipulatione, aut ex testamento: quasi fieri nequeat, vt qui certo loco se soluturum constituit, vbique conueniri possit nisi per arbitrariam *argum. leg. prim. supr. De eo quod cert. loc.* Sed nos contrà sentimus ex ipsis Vlpiani nostri verbis, actionem hanc per quam constituens conueniri vbique potest, non tam esse arbitrariam, quàm exemplo arbitrarię actionis comparatam: quia sicut is qui ex contractu bonę fidei certo loco dare se obligauit, conueniri quocunque alio loco potest, nec id tamen per arbitrariam, sed per actionem bonę fidei ex eo contractu competentem, tanquam sufficiente sola actionis natura & ęquitate *leg. in bona fidei* 7. vbi diximus *eod. tit.* Ita & in actione De constituta pecunia, quę prętoria est, & ex mera ęquitate Prętoris comparata, nil necesse est, arbitrariam actionem inducere, cùm sufficere possit ęquitas actionis & Prętoris ad obligandum constituentem, vt si non soluat in loco destinato quàm primùm potest, quocunque alio loco vrgeri possit ad solutionem, quemadmodum si constituisset se soluturum quocunque loco inuentus esset, ne in ipsius potestate sit fidem frangere, quod contra mentem Prætoris & propositum edicti esset. Ergo quemadmodum in actione arbitraria loci vtilitas æstimanda esset in fauorem eius per quē non stetisset, quominùs suo loco solueretur, ita & in hac constitutæ pecuniæ actione exemplo arbitrariæ actionis eadem vtilitas loci æstimanda erit, aut pro actore, aut pro reo, prout æquitas suggeret, quam habere ante oculos debebit iudex, qui de actione ista cognoscet non minùs quàm qui arbitrariæ actioni addictus est *l. 4. in fin. supr. eod. tit. prox.* Cùm enim actio hæc ad exemplum arbitrariæ actionis comparata sit, vt Vlpianus ait, quamuis non sit ipsa arbitraria, easdem tamen præstationes recipit ex bona fide & æquitate, quas arbitraria reciperet officio iudicis. Scripsi pluribus in *Error. 6. Decad. 91. de error. pragmatic. & interpret. iur.* Vbi vide.

2 ¶ Ait Prætor: *Si appareat eum, qui constituit, neque soluisse, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominùs fieret quod constitutum est.*

Ad §. 2. Ait Prætor.

Proponuntur in hoc §. verba edicti *De constituta pecunia*, sed manca tamen & mutila, quæ causam actionis dandæ duntaxat continent, illam scilicet si appareat eum qui constituit se soluturum aliquid, aut facturum, neque soluisse, neque fecisse quod promisit, neque per actorem stetisse quominùs fieret quod constitutum est. Sed quid prætor eo edicto pollicitus sit, non constat. Accursius sic intelligit post Azonem, acsi Prætor adiecisset *reum satisfacere cogam.* Quod Bartolus reprehendit: nec malè, quia, inquit, ex iis verbis non orietur actio *De constituta pecunia*, sed officium iudicis, quod ille accipit pro cognitione Prætoria, de qua in *l. quòd si minor* 24. §. *vltim. supr. de minor. & tot. tit. De var. & extraord. cognit.* Itaque sic supplenda sunt potiùs verba edicti, vt subintelligamus vulgarem clausulam, quæ in cæteris edictis addi solet *iudicium dabo.* Expeditur enim quæstio hæc constitutæ pecuniæ actione ordinaria, non cognitione prætoria. Sunt enim quædam causæ duntaxat, de quibus Prætor ipse cognoscit, qualis illa est De in integrum restitutione minorum, de qua sic Prætor edixit, *vti quæque res erit animaduertam leg. prim. dict. leg. quòd si minor. vigesim. quart. paragraph. vltim.* vbi diximus *supr. De minor.* Item causa status & liberalis, de qua in *Titul. De liber. caus. leg. non distinguemus* 32. §. *de liberali supr. De recept. Qui arbitr. recep.* Sed ab iis causis multùm distat causa constitutæ pecuniæ, ideóque passim actio appellatur, vt intelligamus eam expediri per formulam & per iudicem pedaneum, dandum à Prætore post litem contestatam, quæ fuit vetus ratio exercendorum iudiciorum omnium, quæ idcirco ordinaria dicebantur ante *leg. secund. Cod. de pedan. iudicib. & Titul. Codic. De formul. & impetr. action. sublat.* Iunge *Titulum De variis & extraordin. cognit.*

3 ¶ Ergo si non stetit, per actorem, tenet actio: etiam si per rerum naturam stetit. sed magis dicendum est, subueniri reo debere.

Ad §. 3. Ergo si non stetit.

Rat. Dub. Non tenetur debitor de interitu rei debitæ, nisi post moram ipsius debitoris contingente *leg. si ex legati vigesim. tert. & leg. seq. leg. si seruum* 91. *paragraph. sequitur infr. De verbor. obligat. leg. cùm res* 47. *De legat.* 1. Atqui fieri potest, vt res quam quis se daturum constituent, suo fato perierit, nulla præcedente mora promissoris. Ergo quamuis verum sit hoc casu non dedisse promissorem, nec fecisse quod promiserat, nec per actorem stetisse, quominùs fecerit, dicendum est liberari constituentem, nec teneri *de constituta pecunia*, ne quidem ipso iure: &, vt nostri loquuntur, de rigore iuris. Dec. Ita quidem est ex ratione iuris, sed aliud tamen

ex ver-

ex verbis edicti, cùm polliceatur Prætor actionem se daturum *de constituta pecunia*, si neque constituens dederit vel fecerit id quod constituit, neque per actorem steterit. Quæ omnes condiciones non eò minùs implentur, quòd res debita postmodum fato suo perierit citra moram. Sed tamen benè subiungit Vlpianus, subueniendum esse huic constituenti, si post rem fato suo peremptam nulla mora interueniente ex constituto conueniatur. Quomodo autem ei subuenietur? Data scilicet illi exceptione aut potiùs iusta edicti interpretatione, vt subiicitur in *l. seq.* vt quod verbis edicti comprehensum est, interpretationem accipiat ex mente Prætoris, quem non est existimandum in proponenda huiusmodi actione, quæ tota est ex bono & æquo, & ex bona fide, aliquid iniqui edicere & decernere voluisse. Esset autem iniquum constituentem per quē non stetit, quominùs constituto satisfaceret, & qui moram non fecit teneri de casu fortuito, ob hoc solùm, quod nec steterit per actorem, cùm debitor factum præstare numquā debeat, vt nec alius quisquam si mora nulla præcesserit *l. contractus 23. in fi. de reg. iur. l. pignus 9. C. de pignor. act.* non idem esset, si de legis alicuius durioris interpretatione ageretur. Nec enim prudentibus liceret, at nec ipsi Prætori eam verbis repugnantibus interpretatione mollire, quia quantumuis dura seruanda esset, quomodo scripta legeretur *l. prospexit 12. infr. Qui & à quib. manum.* Inter ius namque & æquitatem positam interpretationem soli Principi licet inspicere *l. 1. C. de legib.* at Prætor edictum suum interpretari potest, eius si quidem est interpretari cuius est condere *l. vlt. eod. tit.* nec tamen interpretatio Prætoris interpretationem prudentum excludit: neque verò prætoribus omnibus eadem fuit mens & industria concipiendi edicti verbis conuenientibus, vt constat ex hoc §. & ex *l. ait Prætor 5. in fr. De re iudic.* Meliùs enim dixisset Prætor in hoc edicto, si promissor fuerit in mora dandi vel faciendi, vt Bartolus ad §. *seq.* explicat. Non vt simplex abnutiuum sufficiat, quomodo loquitur Paulus in *l. inter stipulantem 83. in princ. de verb. oblig.* id est datum vel factum non esse: quod sufficeret si simplex condicio esset, quam promissio & dispositio nulla præcessisset vt in *l. in illa 8. eod. tit.* secundum distinctionem eiusdem Bartoli ex *l. si homo mortuus 69. eod. l. si plenum 24. infr. quand. dies legat. ced.*

4 ¶ Hæc autem verba prætoris, *neque fecisse cùm quod constituit*: vtrum ad tempus constituti pertineant, an verò vsque ad litis contestationem trahamus, dubitari potest, & puto, ad tempus constituti.

Ad §. vlt. Hæc autem verba.

RAT. DVB. Cùm Prætor actionem constitutæ pecuniæ pollicetur, & daturum se iudicium, si appareat constituentem neque dedisse, neque fecisse id quod constituit, apertè significat à contrario sensu, non daturum se actionem, si eo tempore petatur quo paratus sit constituens vel dare vel facere quod promisit. Ad quid enim peteretur contra eum actio, nisi vt quod constituisset dare vel facere cogeretur? Cur verò iudicium accipere cogamus eum qui paratus sit præstare, quod debet? *l. si reus 73. supr. de procurat. l. si debitori 21. sup. de iudic.* Atqui non datur nec postulatur actio, nisi post litem contestatam. Ideóque in libris nostris tempus litis contestatæ vel accipiendi, acceptiue iudicij idem est. Ergo hæc verba edicti non ad id tempus referenda sunt, quo promissor soluere ex constituto debuit, sed ad tēpus vsque litis contestatæ trahenda. DEC. Verba edicti sicut de constituto loquuntur, ita & de eo tempore intelligi debent, non quo constitutum factum est, sed in quod solutio per constitutum collata est, siue tempus illud in constituto expressum sit, vt in principio huius legis, siue tacitè subintelligi debeat, ne constituens eodem instanti & obligationem & moram contraxisse intelligatur *l. promissor 21. §. 1.* vbi dicemus *infr. hoc tit.* quomodo & Accursius noster benè interpretatur: ergo si eo tempore promissor neque dederit, neque fecerit, quod se daturum vel facturum constituerat, negari non potest, quin ex verbis edicti actio danda sit, quasi impleta condicione sub qua Prætor actionē pollicetur. Verum enim est neque datum neque factum fuisse eo tempore quo dari vel fieri debuit. Spectandum si quidem est nouissimum tempus, quo id dari vel fieri potuerit *l. si Calendis 11. infr. De re iudic.* Ex æquitate tamen reo subueniendum est, si alia die offerat, & quandocunque ante litem contestatam vt subiicitur in *l. seq.* quasi purgata mora, dum ne adhuc quicquam interesse cœperit creditoris, vt mox dicemus.

17. PAVLVS libro 29 ad Edictum.

SEd & si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec vlla causa iusta fuit non accipiendi: æquū est, succurri reo, aut exceptione, aut iusta interpretatione: vt factum actoris vsque ad tempus iudicij ipsi noceat: vt illa verba, *neque fecisse*, hoc significent, vt neque in diem, in quem constituit, fecerit, neque postea.

Ad l. Sed etsi alia die 17.

RAT. DVB. Mora quæ ex lapsu diei contingit ipso iure, purgari posteà non potest, vt diximus ad *l. quod si Ephesi 4. supr. Tit. prox. ex l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* Ergo is qui constituit certo tempore se soluturum, si eo tempore non soluerit, audiendus nō est, si alia die offerat, & purgare morā velit, ac proinde omnimodo teneri debet *de constituta pecunia ex edicto*, cuius verba id omnino euincunt vt diximus ad §. *prox. supr.* DEC. Sicuti prætoriæ stipulationes recipiunt interpretationem ex mente Prętoris, in eóque differunt à conuentionalibus *l. in conuentionalibus quinquagesim secund. infr. de verbor. obligation.* ita & actiones Prætoriæ, quæ ex edicti verbis proficiscuntur. Prætoris enim est interpretari

argum. leg. vltim. Codic. de pact. inter empt. & vendit. Satisque esse debet, quòd non ideò constitutum inutile futurum sit, non solùm si certo tempore constitutum sit, vt diximus ad *dict. leg. 3. §. vltim.* Sed etiam si certo loco, quia non eo minùs poterit constituta pecunia vbique peti, & quocunque loco, *exemplo arbitrariæ actionis* vt Vlpianus hîc scribit, quod nostri omnes ne excepto quidem Cuiacio sic intelligunt, vt hoc casu arbitraria sit actio, quę datur ex constituto, perinde ac si competeret ex stipulatione, aut ex testamento: quasi fieri nequeat, vt qui certo loco se soluturum constituit, vbique conueniri possit nisi per arbitrariam *argum. leg. prim. supr. De eo quod cert. loc.* Sed nos contrà sentimus ex ipsis Vlpiani nostri verbis, actionem hanc per quam constituens conueniri vbique potest, non tam esse arbitrariam, quàm exemplo arbitrarię actionis comparatam: quia sicut is qui ex contractu bonę fidei certo loco dare se obligauit, conueniri quocunque alio loco potest, nec id tamen per arbitrariam, sed per actionem bonę fidei ex eo contractu competentem, tanquam sufficiente sola actionis natura & ęquitate *leg. in bona fidei 7.* vbi diximus *eod. tit.* Ita & in actione De constituta pecunia, quę prętoria est, & ex mera ęquitate Prętoris comparata, nil necesse est, arbitrariam actionem inducere, cùm sufficere possit ęquitas actionis & Prętoris ad obligandum constituentem, vt si non soluat in loco destinato quàm primùm potest, quocunque alio loco vrgeri possit ad solutionem, quemadmodum si constituisset se soluturum quocunque loco inuentus esset, ne in ipsius potestate sit fidem frangere, quod contra mentem Prætoris & propositum edicti esset. Ergo quemadmodum in actione arbitraria loci vtilitas æstimanda esset in fauorem eius per quē non stetisset, quominùs suo loco solueretur, ita & in hac constitutæ pecuniæ actione exemplo arbitrariæ actionis eadem vtilitas loci æstimanda erit, aut pro actore, aut pro reo, prout æquitas suggeret, quam habere ante oculos debebit iudex, qui de actione ista cognoscet non minùs quàm qui arbitrariæ actioni addictus est *l. 4. in fin. supr. eod. tit. prox.* Cùm enim actio hæc ad exemplum arbitrariæ actionis comparata sit, vt Vlpianus ait, quamuis non sit ipsa arbitraria, easdem tamen præstationes recipit ex bona fide & æquitate, quas arbitraria reciperet officio iudicis. Scripsi pluribus in *Error. 6. Decad. 91. de error. pragmatic. & interpret. iur.* Vbi vide.

2 ¶ Ait Prætor: *Si appareat eum, qui constituit, neque soluisse, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominùs fieret quod constitutum est.*

Ad §. 2. Ait Prætor.

Proponuntur in hoc §. verba edicti *De constituta pecunia*, sed manca tamen & mutila, quæ causam actionis dandæ duntaxat continent, illam scilicet si appareat eum qui constituit se soluturum aliquid, aut facturum, neque soluisse, neque fecisse quod promisit, neque per actorem stetisse quominùs fieret quod constitutum est. Sed quid prætor eo edicto pollicitus sit, non constat. Accursius sic intelligit post Azonem, acsi Prætor adiecisset *reum satisfacere cogam.* Quod Bartolus reprehendit: nec malè, quia, inquit, ex iis verbis non orietur actio *De constituta pecunia*, sed officium iudicis, quod ille accipit pro cognitione Prætoria, de qua in *l. quòd si minor 24. §. vltim. supr. de minor. & tot. tit. De var. & extraord. cognit.* Itaque sic supplenda sunt potiùs verba edicti, vt subintelligamus vulgarem clausulam, quæ in cæteris edictis addi solet *iudicium dabo.* Expeditur enim quæstio hæc constitutæ pecuniæ actione ordinaria, non cognitione prætoria. Sunt enim quædam causæ duntaxat, de quibus Prætor ipse cognoscit, qualis illa est De in integrum restitutione minorum, de qua sic Prætor edixit, *vti quæque res erit animaduertam leg. prim. dict. leg. quòd si minor. vigesim. quart. paragraph. vltim.* vbi diximus *supr. De minor.* Item causa status & liberalis, de qua in *Titul. De liber. caus. leg. non distinguemus 32. §. de liberali supr. De recept. Qui arbitr. recep.* Sed ab iis causis multùm distat causa constitutæ pecuniæ, ideóque passim actio appellatur, vt intelligamus eam expediri per formulam & per iudicem pedaneum, dandum à Prætore post litem contestatam, quæ fuit vetus ratio exercendorum iudiciorum omnium, quæ idcirco ordinaria dicebantur ante *leg. secund. Cod. de pedan. iudicib. & Titul. Codic. De formul. & impetr. action. sublat.* Iunge *Titulum De variis & extraordin. cognit.*

3 ¶ Ergo si non stetit, per actorem, tenet actio: etiam si per rerum naturam stetit. sed magis dicendum est, subueniri reo debere.

Ad §. 3. Ergo si non stetit.

Rat. Dub. Non tenetur debitor de interitu rei debitæ, nisi post moram ipsius debitoris contingente *leg. si ex legati vigesim. tert. & leg. seq. leg. si stratum 91. paragraph. sequitur infr. De verbor. obligat. leg. cùm res 47. De legat. 1.* Atqui fieri potest, vt res quam quis se daturum constituerit, suo fato perierit, nulla præcedente mora promissoris. Ergo quamuis verum sit hoc casu non dedisse promissorem, nec fecisse quod promiserat, nec per actorem stetisse, quominùs fecerit, dicendum est liberari constituentem, nec teneri *de constituta pecunia*, ne quidem ipso iure: &, vt nostri loquuntur, de rigore iuris. Dec. Ita quidem est ex ratione iuris, sed aliud tamen

ex ver-

ex verbis edicti, cùm polliceatur Prætor actionem se daturum *de constituta pecunia*, si neque constituens dederit vel fecerit id quod constituit, neque per actorem steterit. Quæ omnes condiciones non eò minùs implentur, quòd res debita postmodum fato suo perierit citra moram. Sed tamen benè subiungit Vlpianus, subueniendum esse huic constituenti, si post rem fato suo peremptam nulla morà interueniente ex constituto conueniatur. Quomodo autem ei subuenietur? Data scilicet illi exceptione aut potiùs iusta edicti interpretatione, vt subiicitur in *l. seq.* vt quod verbis edicti comprehensum est, interpretationem accipiat ex mente Prætoris, quem non est existimandum in proponenda huiusmodi actione, quæ tota est ex bono & æquo, & ex bona fide, aliquid iniqui edicere & decernere voluisse. Esset autem iniquum constituentem per quē non stetit, quominùs constituto satisfaceret, & qui moram non fecit teneri de casu fortuito, ob hoc solùm, quod nec steterit per actorem, cùm debitor factum præstare numquā debeat, vt nec alius quisquam si mora nulla præcesserit *l. contractus 23. in fi. de reg. iur. l. pignus 9. C. de pignor. act.* non idem esset, si de legis alicuius durioris interpretatione ageretur. Nec enim prudentibus liceret, at nec ipsi Prætori eam verbis repugnantibus interpretatione mollire, quia quantumuis dura seruanda esset, quomodo scripta legeretur *l. prospexit 12. infr. Qui & à quib. manum.* Inter ius namque & æquitatem positam interpretationem soli Principi licet inspicere *l. 1. C. de legib.* at Prætor edictum suum interpretari potest, eius si quidem est interpretari cuius est condere *l. vlt. eod. tit.* nec tamen interpretatio Prætoris interpretationem prudentum excludit: neque verò prætoribus omnibus eadem fuit mens & industria concipiendi edicti verbis conuenientibus, vt constat ex hoc §. & ex *l. ait Prætor 5. in fr. De re iudic.* Meliùs enim dixisset Prætor in hoc edicto, si promissor fuerit in mora dandi vel faciendi, vt Bartolus ad §. *seq.* explicat. Non vt simplex abnutiuum sufficiat, quomodo loquitur Paulus in *l. inter stipulantem 83. in princ. de verb. oblig.* id est datum vel factum non esse: quod sufficeret si simplex condicio esset, quam promissio & dispositio nulla præcessisset vt in *l. in illa 8. eod. tit.* secundum distinctionem eiusdem Bartoli ex *l. si homo mortuus 69. eod. l. si plenum 24. infr. quand. dies legat. ced.*

4 ¶ Hæc autem verba prætoris, *neque fecisse cùm quod constituit*: vtrum ad tempus constituti pertineant, an verò vsque ad litis contestationem trahamus, dubitari potest, & puto, ad tempus constituti.

Ad §. vlt. Hæc autem verba.

RAT. DVB. Cùm Prætor actionem constitutæ pecuniæ pollicetur, & daturum se iudicium, si appareat constituentem neque dedisse, neque fecisse id quod constituit, apertè significat à contrario sensu, non daturum se actionem, si eo tempore petatur quo paratus sit constituens vel dare vel facere quod promisit. Ad quid enim peteretur contra eum actio, nisi vt quod constituisset dare vel facere cogeretur? Cur verò iudicium accipere cogamus eum qui paratus sit præstare, quod debet? *l. si reus 73. supr. de procurat. l. si debitori 21. sup. de iudic.* Atqui non datur nec postulatur actio, nisi post litem contestatam. Ideóque in libris nostris tempus litis contestatæ vel accipiendi, acceptive iudicij idem est. Ergo hæc verba edicti non ad id tempus referenda sunt, quo promissor soluere ex constituto debuit, sed ad tēpus vsque litis contestatæ trahenda. DEC. Verba edicti sicut de constituto loquuntur, ita & de eo tempore intelligi debent, non quo constitutum factum est, sed in quod solutio per constitutum collata est, siue tempus illud in constituto expressum sit, vt in principio huius legis, siue tacitè subintelligi debeat, ne constituens eodem instanti & obligationem & moram contraxisse intelligatur *l. promissor 21. §. 1.* vbi dicemus *infr. hoc tit.* quomodo & Accursius noster benè interpretatur: ergo si eo tempore promissor neque dederit, neque fecerit, quod se daturum vel facturum constituerat, negari non potest, quin ex verbis edicti actio danda sit, quasi impleta condicione sub qua Prætor actionē pollicetur. Verum enim est neque datum neque factum fuisse eo tempore quo dari vel fieri debuit. Spectandum si quidem est nouissimum tempus, quo id dari vel fieri potuerit *l. si Calendis 11. infr. De re iudic.* Ex æquitate tamen reo subueniendum est, si alia die offerat, & quandocunque ante litem contestatam vt subiicitur in *l. seq.* quasi purgata mora, dum ne adhuc quicquam interesse cœperit creditoris, vt mox dicemus.

17. PAVLVS libro 29 ad Edictum.

SEd & si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec vlla causa iusta fuit non accipiendi: æquū est, succurri reo, aut exceptione, aut iusta interpretatione: vt factum actoris vsque ad tempus iudicij ipsi noceat: vt illa verba, *neque fecisse*, hoc significent, vt neque in diem, in quem constituit, fecerit, neque postea.

Ad l. Sed et si alia die 17.

RAT. DVB. Mora quæ ex lapsu diei contingit ipso iure, purgari posteà non potest, vt diximus ad *l. quod si Ephesi 4. supr. Tit. prox. ex l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* Ergo is qui constituit certo tempore se soluturum, si eo tempore non soluerit, audiendus nō est, si alia die offerat, & purgare morā velit, ac proinde omnimodo teneri debet *de constituta pecunia ex edicto*, cuius verba id omnino euincunt vt diximus ad §. *prox. supr.* DEC. Sicuti prætoriæ stipulationes recipiunt interpretationem ex mente Prętoris, in eóque differunt à conuentionalibus *l. in conuentionalibus quinquagesim secund. infr. de verbor. obligation.* ita & actiones Prætoriæ, quæ ex edicti verbis proficiscuntur. Prætoris enim est interpretari

Dec. Fideiussoris præsertim certi datio difficilis esse interdum potest, sed impossibilis nunquam. Est enim ex eorum genere quæ recedunt ab impedimento naturali, & respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personæ commodum incommodúmque, non rerum quæ promittuntur, vt eleganter Venuleius tractat in *l. continuus* 137. §. *illud De verborum obligationibus*. Ergo non potest constitutum hoc quasi rei impossibilis vitiari, præsertim cùm eo nolente fideiubere, quem promissor fideiussurum constituit, alia supersit ratio dissoluendæ obligationis, & satisfaciendi constituto: quemadmodum si decessisset hic fideiussor antequam voluntatem suam declarasset, & post moram promissoris. quo casu æquum esset teneri constituentem ad hoc saltem, vt vel præstaret id quod interesset, vel aliam personam non minùs idoneam quæ fideiuberet, vt in *leg. Labeo* 25. §. *vltim. & leg. sequent. supr. De recept. Qui arbitr. recep. leg. planè* 4. *vt in poss. legat. l. si ab arbitro* 10. §. 1. *sup. Qui satisd. cogan*. Simile aliquid est in *l. si quis domum* 9. *inf. locat*. Quòd si constituentis mora nulla interuenerit in dando fideiussore, & intereà fideiussor decesserit, placet constituentem non teneri, quia nihil imputari possit constituenti, quomodo imputari posset, si ante mortem fideiussoris moram contraxisset. Semper enim moram a[u]thori suo nocere æquum est *leg. si ex legati* 23. *& sequen. De verborum obligationibus leg. in condemnatione centesim. septuagesim. tert. paragraph. penultim. De regul. iur. leg. hominem trigesim septim. in fin. infr. mandat. sic & in leg. 3. paragraph. quid si ita dedi vers. sed si Stichus supr. De condict. caus. dat.* Sed distinctio hæc adhibenda est in eo casu quo is qui fideiussurus erat, non declarata voluntate decesserit. Nam si nolit fideiubere, indistinctè condemnandus est is, qui constituit, vt vel alium fideiussorem præstet, vel id quod interest, cuius obligatio succedit semper in locum obligationis faciendi *leg. si quis ab alio decim. tert. in fin. infr. De re iudic. leg. quoties quis alium* 81. *De verborum obligationibus*. Est autem hæc obligatio faciendi, cùm quis constituit se daturum fideiussorem Sempronium, aut curaturum vt Sempronius fideiubeat. Proinde in præstationem pecuniæ, si non fiat quod promissum est, necessariò resoluitur. Ex quo apparet tanto manifestiùs, quàm verum sit quod diximus, constitutum hoc impossibilis rei non esse. Idcóque errare nostros qui vulgò putant, eum qui promisit se curaturum, vt alius quid faciat liberari, si probet se fecisse quod potuit, nec quicquam perficere, & proficere potuisse. Nec enim verendum est, vt ad impossibile obligatus videatur, cùm præstando id quod interest, quod semper in pecunia numerata consistit, liberetur. Idque probatur optimè ex hoc versiculo, & ex *dict. leg. Labeo* 25. §. *vltim. supr. De reception.*

3 ¶ Constituere autem & præsentes & absentes possumus: sicut pacisci & per nuncium, & per nosmetipsos, & quibuscunque verbis.

Ad §. vlt. Constituere.

Rat. dvb. Constitutum propiùs ferè accedit ad stipulationem, quàm ad pactum, cùm ex constituto detur actio sicut ex stipulatione, non etiam ex pacto nudo, vt diximus ad *leg. prim. supr. ex paragraph. de constituta Institut. De actionib.* nisi quod actio ex constituto prætoria est, actio autem ex stipulatione ciuilis *dict. paragraph. de constituta*, atqui stipulatio non potest fieri inter absentes, sed inter præsentes duntaxat *leg. prim. infr. De verborum obligationibus*. nec proinde per epistolam, aut per nuncium, aut per procuratorem, ergo neque constitutum inter absentes fieri potest, aut per nuncium aut per epistolam.

Dec. Constitutum fit ex simplici consensu, sicut pactum nudum, si modò adsit animus constituendi *dict. leg. prim. paragraph. eum qui supr.* nec proinde requirit solemnitatem verborum, vt stipulatio, & consequenter nec præsentiam constituentis. Est enim generale, vt omnes conuentiones quæ consensu nudo contentæ sunt, fieri possint & inter absentes, & per epistolam, & per nuncium, & quibuscunque verbis dummodò idoneis ad animum constituendi significandum, vt Accursius benè interpretatur sic in *l. vbi purè* 19 §. 1. *ad Trebell.* cùm his omnibus modis æquè declarari & exprimi consensus possit *l. 1. § vlt. De contr. empt. infr. l. consensu* 2. *De obligat. & action.* Sunt autem notabiles differentiæ quas hîc Bartolus congerit inter nuncium & procuratorem. Nuncius enim nihil nisi nudum præstat ministerium, tanquam organum viuum eius, cuius est nuncius, & quasi pica, vel buccinum, vt Accursius & Bartolus loquuntur. Idcóque non tam multa in eius persona exigimus, vt sit nuncius idoneus quàm in persona procuratoris, vt sit idoneus procurator. At procurator non præstat nudum ministerium, cùm sibi acquirat, non ei, cuius procurator est *l. possessio* 49. §. *vlt. De acquir. poss.* nisi cùm de acquirenda possessione tractatur *l. quod meo* 18. *eod.* postquàm vtilitatis causa placuit acquiri posse nobis possessionem per procuratorem *l. 1. C. per quas person. nob. acquir.* Nuncius priuati hominis generalis esse nunquam potest, sed specialis tantùm, eius scilicet negotij nomine, de quo specialiter ei mandatum est. At procurator generalis esse potest, & plerunque est *l. procurator cui* 58. *& seqq. l. procurator totorum* 63. *supr. De procurat.* ideo autem loquimur de nuncio priuati, vt excludamus non tantùm nuncios iudicum, quos pragmatici seruientes vulgò vocant, sed etiam nuncios & legatos Principum, maximè verò summorum Pontificum quos etiam hodie, nuncios vulgò appellamus, fortasse idcirco, quòd ad eorum dignitatem & authoritatem maximè pertineat, vt quodcunque à nuncio fit, aut dicitur, sic accipi debeat, quasi ab ipsius summi Pontificis ore, ac viuæ vocis oraculo profectum. Prætereà in nuncio priuati mandatum speciale præcedere necesse est, nec sufficit subsequi ratihabitionem *d. l. 1. in fin. De contr. empt.* quod in procuratore diuersum est, in cuius persona ratihabitio æquiparatur mandato *l. vlt. C. ad SC. Maced* modo ritè & habili tempore facta sit *l. pen. & tot. tit. infr. Rat. rem haber.* Vnde est quod nuncius confert verba contractus in personam domini sui *l. prox. infr.* Procurator verò in suam propriam *l. 5. §. Iulianus lib. 11 supr.* Itaque si procurator quid faciat vt nuncius, placet neq; id valere, neq; quod magis est, per ratihabitionem cõfirmari posse, quoniam aliud procuratoris, aliud nuncij officium est. Deniq; nuncius nunquam obligatur, Procurator obligatur.

15. Pavlvs

15. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

ET licèt libera persona sit, per quam tibi cõstituit: non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus: quia ministerium tantummodo hoc casu præstare videtur.

Ad l. Et licèt 15.

RAT. DVB. Per liberam personam nihil acquiri nobis potest, excepta sola possessione, vt proximè diximus ex *l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir. l. solutum 11. §. per liberam infrà de pignorat. act.* Atqui ponimus nuncij personam fuisse liberam per quam tibi constitutum est. Ergo per eiusmodi nuncium non potuit acquiri tibi actio constitutæ pecuniæ.

DEC. Nuncius nudum ministerium præstare videtur ei cuius nuncius est, nec nisi epistolæ, aut vt Accursius loquitur, picæ aut buccini vice fungitur, vt diximus ad *§. prox. praced.* Ergo quemadmodum per epistolam constitutum fieri potest, ita & per nuncium, in eóque differt nuncius à procuratore *l. eum qui 5. §. Iulianus libro vndecimo supr.* vbi etiam diximus. Et certè quodcumque per epistolam fieri potest, etiam per nuncium possumus expedire *l. sed & interpellatur 49. §. 1 supr. de recept. l. 1. §. vltim. infrà de contr. empt. l. 2. § penult. de obligat. & action.* Et longè aliud est, per liberam personam acquiri, aliud verò officium impleri *l. si quis solutioni 24. §. 1. infrà de vsur. l. 3. in princip. infr. Quod vi aut clam.* Vide tamen ne hîc desit negatio in illis verbis *non erit impedimento quòd per liberam personam acquirimus*, legendum enim potius est *non acquirimus* nisi verbum illud *acquirimus* malit quis explicare pro *acquireremus* vt scripsi *lib. 15. coniect. cap. 5.* vbi vide.

16. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

SI duo, quasi duo rei, constituerimus: vel cum altero agi poterit in solidum.

Ad l. Si duo 16.

RAT. DVB. Verba edicti prætoris de constituta pecunia concepta sunt in singulari numero, de eo qui pecuniam debitam soluturum se constituit *l. 1. §. 1 sup.* Ergo si duo quasi correi debendi constituerint se soluturos, ad hoc edictum non pertinent, hactenus saltem, vt directa actione conueniri non possint, aut si pertineant, dicendum est singulos ex eiusmodi constituto non nisi in viriles teneri, vt in *l. reos 11. §. cùm tabulis infr. De duob. reis.*

DEC. Correi siue debendi siue credendi fiunt ex quolibet contractu, & ex qualibet causa quæ apta sit producere actionem *l. eandem rem eod. titu.* Atqui causa constituti licèt non sit iusta, ciuili iure, cui incognita est, iusta tamen est apud prætorem qui ex constituto dat honorariam actionem, non minus quàm ex stipulatione aut ex alio quolibet contractu, ciuilem. Ergo etiam per constitutum non minus quàm per stipulationem, aliúmve contractum possunt fieri duo pluresve correi siue debendi siue credendi: scilicet cùm hoc actum est, vt vel singuli solidum debeant, vel singulis in solidum debeatur. Nec enim aliter correi fiunt, sed obligatio inter omnes pro virilibus scinditur *dict. §. cùm tabulis & l. 3. in princip. & pass. eodem tit.* Nec quod constituta iure ciuili incognita sunt, ad rem facit, cùm etiam stipulationum prætoriarum duo rei fieri possint *l. & stipulationum 14. eodem tit.* Ergo habebunt hi correi sicut & reliqui beneficium diuisionis ex epistola Diui Hadriani si pro alio constituerint, si verò pro se beneficium suæ constitutionis *Nouell. 99. de duobus reis cap. 1. & l. vltim. Cod. hoc tit.* vt Accursius hîc notat.

1 ¶ Sed & certo loco, & tempore constituere quis potest, nec solùm eo loci posse eum petere vbi, ei constitutum est: sed exemplo arbitrariæ actionis, vbique potest.

Ad §. 1. Sed & certo loco.

RAT. DVB. Constituta ideò à prætore introducta sunt, quia graue est fidem fallere *l. 1. in princ. supr.* Atqui inuenta erit ratio frangendæ fidei in constituto datæ, si permittatur constituere certo loco. Ita enim fiet vt nunquam conueniri possit de constituta pecunia is qui constituit, nempe si ad locum illum constituto comprehensum accedere nunquam velit, siue data opera id faciat siue aliis detentus negotiis, nec alibi tamen soluere velit *l. 1. supr. tit. prox.* Ergo non est inducendum, vt certo loco præcisè quis constituat se soluturum, neque rursum, vt certo tempore, cùm constituta potissimum inducta fuerint ob eas pecunias quæ nondum peti possunt *l. 3. §. vlt. supr.*. Quod autem certo tempore soluendum constituitur, non magis ante diem peti potest, quàm si ex stipulatione deberetur. Totum enim medium tempus semper liberum promissori ad soluendum datum esse intelligitur *l. stipulatio ista 38. §. inter l. qui hoc anno 42. l. liber homo 118. §. decem hodie de verb. oblig. l. quod certa 70. infr. de solut.* Ergo neque certo loco neque certo tempore coarctari debet constitutum, vt aliqua, & certa eius vtilitas esse possit.

DEC. Non sunt coarctandæ neque impediendæ hominum liberę voluntates, & conuentiones, cùm fieri possit, vt quis constituat se soluturum certo loco & tempore, qui aliter non fuerit constituturus

ex verbis edicti, cùm polliceatur Prætor actionem se daturum *de constituta pecunia*, si neque constituens dederit vel fecerit id quod constituit, neque per actorem steterit. Quæ omnes condiciones non eò minùs implentur, quòd res debita postmodum fato suo perierit citra moram. Sed tamen benè subiungit Vlpianus, subueniendum esse huic constituenti, si post rem fato suo peremptam nulla mora interueniente ex constituto conueniatur. Quomodo autem ei subuenietur? Data scilicet illi exceptione aut potiùs iusta edicti interpretatione, vt subiicitur in *l. seq.* vt quod verbis edicti comprehensum est, interpretationem accipiat ex mente Prætoris, quem non est existimandum in proponenda huiusmodi actione, quæ tota est ex bono & æquo, & ex bona fide, aliquid iniqui edicere & decernere voluisse. Esset autem iniquum constituentem per quē non stetit, quominùs constituto satisfaceret, & qui moram non fecit teneri de casu fortuito, ob hoc solùm, quod nec steterit per actorem, cùm debitor factum præstare numquā debeat, vt nec alius quisquam si mora nulla præcesserit *l. contractus 23. in fi. de reg. iur. l. pignus 9. C. de pignor. act.* non idem esset, si de legis alicuius durioris interpretatione ageretur. Nec enim prudentibus liceret, at nec ipsi Prætori eam verbis repugnantibus interpretatione mollire, quia quantumuis dura seruanda esset, quomodo scripta legeretur *l prospexit 12. infr. Qui & à quib. manum.* Inter ius namque & æquitatem positam interpretationem soli Principi licet inspicere *l. 1. C. de legib.* at Prætor edictum suum interpretari potest, eius si quidem est interpretari cuius est condere *l. vlt. eod. tit.* nec tamen interpretatio Prætoris interpretationem prudentum excludit: neque verò prætoribus omnibus eadem fuit mens & industria concipiendi edicti verbis conuenientibus, vt constat ex hoc §. & ex *l. ait Prætor 5. infr. De re iudic.* Meliùs enim dixisset Prætor in hoc edicto, si promissor fuerit in mora dandi vel faciendi, vt Bartolus ad *§. seq.* explicat. Non vt simplex abnutiuum sufficiat, quomodo loquitur Paulus in *l. inter stipulantem 83. in princ. de verb. oblig.* id est datum vel factum non esse: quod sufficeret si simplex condicio esset, quam promissio & dispositio nulla præcessisset vt in *l. in illa 8. eod. tit.* secundum distinctionem eiusdem Bartoli ex *l. si homo mortuus 69. eod. l. si plenum 24. infr. quand. dies legat. ced.*

4 ¶ Hæc autem verba prætoris, *neque fecisse cùm quod constituit*: vtrum ad tempus constituti pertineant, an verò vsque ad litis contestationem trahamus, dubitari potest, & puto, ad tempus constituti.

Ad §. vlt. Hæc autem verba.

RAT. DVB. Cùm Prætor actionem constitutæ pecuniæ pollicetur, & daturum se iudicium, si appareat constituentem neque dedisse, neque fecisse id quod constituit, apertè significat à contrario sensu, non daturum se actionem, si eo tempore petatur quo paratus sit constituens vel dare vel facere quod promisit. Ad quid enim peteretur contra eum actio, nisi vt quod constituisset dare vel facere cogeretur? Cur verò iudicium accipere cogamus eum qui paratus sit præstare, quod debet? *l. si reus 71. supr. de procurat. l. si debitori 21. sup. de iudic.* Atqui non datur nec postulatur actio, nisi post litem contestatam. Ideóque in libris nostris tempus litis contestatæ vel accipiendi, acceptive iudicij idem est. Ergo hæc verba edicti non ad id tempus referenda sunt, quo promissor soluere ex constituto debuit, sed ad tēpus vsque litis contestatæ trahenda. DEC. Verba edicti sicut de constituto loquuntur, ita & de eo tempore intelligi debent, non quo constitutum factum est, sed in quod solutio per constitutum collata est, siue tempus illud in constituto expressum sit, vt in principio huius legis, siue tacitè subintelligi debeat, ne constituens eodem instanti & obligationem & moram contraxisse intelligatur *l. promissor 21. §. 1.* vbi dicemus *infr. hoc tit.* quomodo & Accursius noster benè interpretatur: ergo si eo tempore promissor neque dederit, neque fecerit, quod se daturum vel facturum constituerat, negari non potest, quin ex verbis edicti actio danda sit, quasi impleta condicione sub qua Prætor actionē pollicetur. Verum enim est neque datum neque factum fuisse eo tempore quo dari vel fieri debuit. Spectandum si quidem est nouissimum tempus, quo id dari vel fieri potuerit *l. si Calendis 11. infr. De re iudic.* Ex æquitate tamen reo subueniendum est, si alia die offerat, & quandocunque ante litem contestatam vt subiicitur in *l. seq.* quasi purgata mora, dum ne adhuc quicquam interesse cœperit creditoris, vt mox dicemus.

17. PAVLVS libro 29 ad Edictum.

SEd & si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec vlla causa iusta fuit non accipiendi: æquū est, succurri reo, aut exceptione, aut iusta interpretatione: vt factum actoris vsque ad tempus iudicij ipsi noceat: vt illa verba, *neque fecisse*, hoc significent, vt neque in diem, in quem constituit, fecerit, neque postea.

Ad l. Sed etsi alia die 17.

RAT. DVB. Mora quæ ex lapsu diei contingit ipso iure, purgari posteà non potest, vt diximus ad *l. quod si Ephesi 4. supr. Tit. prox. ex l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* Ergo is qui constituit certo tempore se soluturum, si eo tempore non soluerit, audiendus nō est, si alia die offerat, & purgare morā velit, ac proinde omnimodo teneri debet *de constituta pecunia ex edicto*, cuius verba id omnino euincunt vt diximus ad *§. prox. supr.* DEC. Sicuti prætoriæ stipulationes recipiunt interpretationem ex mente Prætoris, in eóque differunt à conuentionalibus *l. in conuentionalibus quinquagesim secund. infr. de verbor. obligation.* ita & actiones Prætoriæ, quæ ex edicti verbis proficiscuntur. Prætoris enim est interpretari

qua mente quid dixerit, præsertim ne quid contra æquitatē edixisse aut decreuisse videatur. Cū itaq; fuerit liberum Prætori actionē constitutæ pecuniæ ab initio inducere, vel non inducere, potuit vtique quibus voluit legibus & condicionib. eā inducere ac proinde sub ea demū condicione, si constituens neque dederit neque fecerit intra tempus præstitutum, neque posteà ad tempus vsque litis contestatæ. Neque tamen Prætor moræ purgationem omnimodo permisit, sed ita demùm si creditor iustam causam non habuit recusandæ solutionis: habet autem iustam causam si iam cœperat eius interesse, &, vt loquitur Accursius, si mora ei fuerat dānosa. Generale enim & perpetuū est, vt morę purgatio nunquam admitti debeat post elapsum diē, si iam cœperit interesse actoris *l. etsi post tres 8. supr. si quis caution. l. si ita quis 135. §. Seia in fin. De verb. oblig.* Quod diuersum est in ea mora cui lapsus certi temporis causam non dedit, sed negligentia tantùm in faciendo eo quod fieri promissum erat, & fieri potuerat. Tūc enim purgari mora potest ad tempus vsque litis cōtestatæ *l. si insulam 84. eo. tit.* Indéque est quod in stipulationibus pœnalibus non admittitur purgatio moræ post præteritam diem quæ interpellauit pro homine *l. magnam 12. Cod. de contr. & commist. stipulat.* quia negari non potest quin cœperit interesse actoris ratione commissæ pœnæ, quam committi placuit, tum quoque cùm persona nulla fuit, quæ ad diem dictam posset soluere *l. ad diem 77. De verb. obli.* In proposito autem non tam disputamus de interpretanda eorum voluntate, inter quos constitutum factum est quàm de interpretanda mente Prętoris, quomodo nimirum accipi ille voluerit ea verba edicti, *neque fecisse reum quod constituit.* Vult autem sic accipi acsi scriptum esset in edicto, *si neque in diem in quem constituit, fecerit neque posteà.* Cui interpretationi præter summam æquitatem, quæ in omnibus De mora quæstionibus maximè spectanda est *l. si seruum 91. § sequitur de verb. oblig.* illud etiā fauet quod in edicto Prætor adiecit *neque per actorem steterit quominùs fieret quod constitutum est l. prox. §. ait Prætor supr.* Quibus verbis, cùm actoris quoque factum Prætor notauerit, non modò inspici voluit, an constituens fuerit in mora soluendi, sed etiam vtrum actor in mora accipiendi. Est autē in mora accipiendi quādiu nihil adhuc cœpit ipsius interesse, licèt constituens fuerit in mora soluendi, vt diximus. Meritò igitur noluit Prætor, vt factum actoris ipsi noceat, ad tempus vsque accepti iudicij, nisi iustam causam habuerit recusandæ solutionis, id est, vt interpretati iam sumus, nisi damnum aliquod ex mora senserit, vt negari non possit eius interesse. In quo mitiùs agit Prætor cum constituente, qui ad diem nō satisfecit, quàm agi soleat cum eo qui ex alio suo contractu conuenitur, cui ad diem non satisfecerit. Is enim non aliter admittitur ad purgandā moram, quàm si duo illa concurrant, vt neque actoris quicquam adhuc intersit, & post paucos dies offeratur, quod ad impediendam moram offerri antè debuit *d. l. etsi post tres & d. §. Seia in fin.* at in hoc edicto admittit Prætor purgationem moræ, quantocunque interuallo temporis distet litis contestatio à die, intra quem constituto satisfieri debuit. Idque propter adiecta in edicto verba illa *neque per actorem steterit quominùs fieret quod constitutum est*, vt in quæstione quæ tota ex bono & æquo est, non minùs austeritas & contumacia actoris, quàm rei mora & negligentia coerceatur. Alia quæstio est, si tractetur de ineunda æstimatione rei debitæ quæ ad certam diem solui debuit. Tunc enim præcisè inspiciendam esse dicimus æstimationem, quæ fuit ea die *l. vinum 22. supr. De reb. credit. l. vlt. supr. de condict. tritic. d. l. si Calendis 11. De re iud.* Neq; de purgatione moræ tractari hoc casu quicquam potest, quia non ad effectum aliquem moræ hoc referendum est, sed ad verba & substantiam obligationis. Effectus enim moræ versantur maximè circa accessiones principalis obligationis, cùm de purganda mora quæritur, non circa ipsam obligationem, quia nec purgari mora vnquam potest, nisi cùm omnia sunt integra: non sunt autem integra, vbi certi temporis æstimatio deberi cœpit, quæ ad aliud tempus referri non potest, quin hoc ipso immutetur. Succurrit autem hoc edicto Prætor ei, qui constituto non satisfecit intra diem præstitutum, si per actorem steterit quominùs re integra posteà satisfactum fuerit, vel data ei exceptione contra actionem constitutæ pecunię, si fortè iam data sit actio: vel, quod melius est, iusta edicti interpretatione, per quam fiat, vt creditori deneget actionem Prætor. Melius enim est denegare quoties denegari iustè potest, quàm sub exceptione eam concedere, vt in *l. necessarijs 57. infr. de acquir. hered.* Maximè verò id obtinere debet in hac actione constitutæ pecuniæ, quæ cùm sit tota ex bona fide & ex æquitate vel omnino deneganda est, vel efficax esse debet, nullíque exceptioni obnoxia: quod in cæteris ferè omnibus prætoriis diuersum est. Si tamen actio iam à Prætore data sit, quod facilè per obreptionem contingere potest, necessarium vtique est auxilium exceptionis, neque amplius iustæ vlli interpretationi locus relinquitur. Et ita hæc verba interpretanda sunt *aut exceptione aut iusta interpretatione* non quomodo Bartolus post Azonem interpretatur, vt si pecunia, vel alia quantitas ex constituto debeatur, necessaria sit cōstituenti exceptio *ex l. qui decem 72. in princ. de solut.* si verò species, nulla sit necessaria exceptio, quasi liberato debitore ipso iure si post oblationem perempta sit species. Quod certè à Pauli sensu alienum est qui & indistinctè loquitur, & exceptionis aut iustæ interpretationis necessitatem ad eundem casum proculdubio refert. Quid? Nónne auditur reus offerens solutionem ad tempus vsque sententiæ? Id enim est quod dici solet iudicia omnia esse absolutoria *§. vltim. Instit. De perpet. & tempor. action.* Fateor, si modò actori in plenum satisfiat, id est non tantùm debiti principalis nomine, sed etiam accessionum omnium, & expensarum litis: sed ea non moræ purgatio, at plenissima satisfactio est, ad quam nec obsignatio & depositio sufficeret, vt malè videtur sentire Bartolus, quia post litem contestatam semper sera oblatio & moræ purgatio est, & necessariò exinde ad condemnationem deueniendum est, aut ad eam satisfactionem in qua tantum sit, quantum fuisset in condemnatione, & plenissima litis æstimatione, si condemnari magis quàm absolui debitor voluisset. Alioqui nec absolui potest, nec effugere condemnationem, si non offerat omnia, ad quæ condemnari eum oporteret.

18. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

ITem illa verba prætoris, *neque per actorem stetisse*, eandem recipiunt dubitationem, & Pomponius dubitat, si fortè ad diem constituti per actorem non stetit, ante stetit, vel postea. & puto, & hæc ad diem constituti referenda, proinde si valetudine impeditus, aut vi, aut tempestate, petitor non venit ipsi nocere, Pomponius scribit.

Ad l. Item illa 18.

Hæc lex continuanda est cum *§. vlt. l. si duo 16. suprà*. Est enim vtraque ex eodem Vlpiani libro 27. *ad Edictum*, eandémque dubitationem continet circa interpretationem verborum huius edicti, sed *dict. §. vlt.* circa interpretationem verborum, quæ personam promissoris respiciunt *neque fecisse reum quod constituit*. Hæc autem lex circa interpretationem verborum respicientium personam actoris *neque per actorem stetisse*. Tam enim illa quàm hæc verba recipiunt eandem dubitationem, an ad constituti tempus referenda sint, an trahenda vsque ad tempus accepti iudicij & litis contestatæ: nisi quod non potest reus esse in mora soluendi, antequàm dies venerit in quem soluturum se quis constituerat, actor verò potest etiam ante diem illum esse in mora recipiendi, fortè si ante diem reus solutionem obtulerit, & actor eam sine causa recusauerit, cùm totum medium tempus liberum sit debitori ad soluendum *l. quod certa die 70. de solut. l. stipulatio ista 38. §. inter de verb. oblig.* Idque est quod Vlpianus in hac lege scribit, *si fortè ad diem constituti per actorem non stetit antè stetit vel postea*. Sic enim legendum est, non vt vulgo *ante vel postea* nisi repetas dictionem *stetit* quasi ex more librarij Florentini semel tantùm scriptam, & bis tamen legendam, quod non improbo. Vtroque autem casu Vlpiani sententia est, verba edicti ad tempus constituti referenda esse, non ad tempus subsecutum ad litem vsque contestatam, neque posteriora verba ad tempus quod præcesserit diem, in quem constitutum fuit. Tritum enim est qualitatem iunctam verbo intelligendam esse secundum tempus verbi *l. 4. §. si extraneum supr. de noxal. action.* Sed tamen aliter Paulo visum est in *l. prox. supr.* Vlpiani sententiam verborum quidem rigori conuenire, quibus prætor in concipiendo edicto vsus est, sed ab æquitate alienam esse, quantum ad verba quæ personam promissoris respiciunt, si fortè post contractam à promissore moram ob non solutam sua die constitutam pecuniam, actor ipse in mora quoque sit recipiendæ post diem oblatæ solutionis. Æquum enim esse actoris factum ipsi nocere vsque ad tempus accepti iudicij propter verba illa in edicto addita *neque per actorem stetisse*, quæ si addita non essent, aliud fortasse Paulus respondisset, vt docuimus ad legem præcedentem, quasi conuenientius sit, actori factum suum nocere, quàm eidem moram rei prodesse. At quod pertinet ad posteriora illa verba, quæ solius actoris personam respiciunt *neque per actorem stetisse*, longè æquius est, cum eodem Paulo ea sic interpretari, vt factum actoris nocere ipsi debeat, non solùm à quo tempore dies intra quem solui ex constituto debuerat præterierit, in tempus vsque accepti iudicij, vt superiore casu, sed etiam pro tempore diem constituti præcedente, non quidem ob id solum quod creditor non adfuerit, [neque enim adesse cogebatur, nisi ei denunciasset debitor se ante tempus constituti, & tali die soluturum, vt benè docet Bartolus] sed si solutio ante diem oblata sit, & ab actore, vt diximus, recusata sine causa: Æquum enim certè fuit, fauere prætorem reo, quem contra iuris ciuilis & prætorij communes regulas actione constitutæ pecuniæ ex nudo pacto conueniri patitur, quàm actori hanc actionem postulanti si fortè factum ipsius aliquod in recusanda solutione interuenerit, quod excusationem nullam mereatur: quod in cæteris creditoribus non similiter inducendum fuit, qui ex iusto aliquo contractu, aut alio iure actionem sibi, non ex mera prætoris indulgentia quæsiuerunt. Itaque licèt ad hunc casum supradicta Pauli sententia non pertineat, ratio tamen æquitatis qua Paulus mouetur, maior est in hoc casu, vt dixi quàm in superiore. Neque est quod cum Accursio & Bartolo diuinemus eum casum tractari ab Vlpiano, in quo tempus adiectum sit gratia creditoris, vt in *l. si ita scriptum 45. §. Pegasus de legat. 2. l. 3. § cùm Pollidius de vsur. l. Iauolenus aliàs l. eum qui 15. de ann. legat.* Sed si cum Vlpiano contra Paulum sentire quis velit, eum necesse est ad rationem illam omnino confugere, quam pro eodem Vlpiano attulimus, quòd verba edicti sicut ad constitutum expresè relata sunt, ita & ad tempus in quod reus soluturum se constituit, referenda sint. Planè in eo quod Vlpianus hîc subiicit, si actor valetudine impeditus aut vi aut tempestate ad diem constituti non venerit, nocere id debere actori, non dissentit à Paulo Nam si id quoque tempus spectari Paulus voluit, quod constituto præstitutum aut præcederet aut sequeretur, multo vtique magis illud ipsum spectari voluit in quod solutio per constitutum collata fuit. Sed tota dissensio Vlpiani & Pauli ad eos casus pertinet, in quibus non steterit quidem per actorem quominus ad diem constituti solutionem acciperet, sed ante tamen steterit vel postea. Vlpiani sentẽtia ex rigore verborum edicti verior est, sed Pauli ex sententia & æquitate edicti longè humanior & iustior. Et hæc quidem ad hos Vlpiani & Pauli locos dixisse sufficeret, nisi nos Accursius & Bartolus cogerent aliquid dicere de quæstionibus quas illi de mora hîc tractât, sunt enim vtiles & in quibus si quando occurrant, solent nostri ad Bartoli distinctiones quas in hanc legem adfert, confugere, non obseruantes quod obseruandum præcipuè fuit, non tam tractari hîc de mora generaliter, quàm de interpretatione & effectu verborum edicti huius *de constituta pecunia*. Et verò illud falsum est quod primum Bartolus notat, si generaliter intelligatur, actorem esse in mora recipiendi, si ad diem non venerit in locum solutioni destinatum. Quid enim si nec debitor ipse venerit? Neuter in mora erit si Bartolo credimus *numer. 11. ex l. arbiter Calendis 40.*

supr. de recept. [etsi eius legis alia longè ratio est, vt infrà dicemus] Aut si benè sentio, solus debitor hoc casu erit in mora *arg. l. si & per emptorem* 51. *infr. de action. empt.* Esse enim debet aliquis qui paratus sit soluere, vt creditor in mora constituatur, at non aliquis etiam qui paratus sit accipere, vt debitor contraxisse moram videatur: quemadmodum enim nihil potest imputari debitori qui non habuit cui solueret *l. pecunia* 9. *§. vlt. l. cùm quidam* 17. *§. si pupillo infr. de vsur. l. vlt. infr. de leg. commiss.* Ita potest ei imputari si habuit cui solueret, & quem adire potuerit si voluisset. At non item creditori cur ad diem non venerit, vt acciperet solutionem, quam nemo offerebat. Ideoque ponendum esset in hac lege oblatam fuisse ad diem constituti pecuniam, & ab actore recusatam, ut saltem paratum fuisse debitorem soluere, creditorem verò ad diem non venisse, vt creditori aliqua imputari mora posset, si non facerent verba edicti contra actorem, quem prætor voluit venire omnimodo ad diem ne per ipsum stetisse videretur: sed illud tamen etiam obseruandum est, parum interesse debitoris an creditor moram contraxerit, necne, dummodò ipse debitor non sit in mora, quantum ad hoc, vt periculum rei debitæ pertineat ad actorem: nunquam enim transfertur in debitorem, nisi ipse in mora fuerit *l. si ex legati* 23. *& seq. de verb. oblig.* nec mora actoris facit meliorem debitoris condicionem, nisi cùm ipse quoque debitor antè fuit in mora. Ea namque purganda necessariò est, vt debitor in quem periculum semel translatum est, ab eo rursus in creditorem transferatur: quod non melius fieri potest, quàm si creditor ipse in mora constituatur. Posterior enim mora semper nocet *l. illud* 17. *infr. de peric. & commod. rei vendit. l. si seruum* 91. *§. sequitur de verb. oblig. l. quidecem* 72. *in princ. & §. 1. de solut.* Eadémque distinctio adhibenda est, cùm quæritur, de quo hîc Bartolus potissimum quærit, an debitor ire debeat ad domum creditoris, an potiùs creditor ad domum debitoris, nam quemadmodum quoties in mora debitor cõstituendus est per interpellationem, necessariò adeundus est debitor, vt interpelletur, vel in persona sua vel in suo domicilio [debet enim fieri interpellatio congruo loco & congruo tempore *l. mora* 32. *infr. de vsur.*] ita & cùm debitor moram contraxit, si purgare eam velit, certum est, debere illum ire ad domum creditoris, vt quod debet, offerat, & ita in posteriore mora constituat creditorem. Idémque iuris est si creditor prior moram in accipiendo cõtraxerit: debet enim postea debitorem adire ad purgandam moram, eúmque in mora soluendi constituere: denique eius est qui offerre debet, vt aduersarium prius adeat, & perquirat ne in mora ipse constituatur aut retineatur non offerendo: ideóque si mora non per interpellationem contrahenda sit, sed per solum lapsum temporis in obligatione appositi, ad debitorem ea res pertinebit extra causam huius edicti, vt creditorem adire debeat ad offerendam ei solutionem, ne alioqui solus diei lapsus in mora eum constituat cùm eo casu dies interpellet pro homine *l. magnam* 12. *C. de contr. & committ. stipulat.* quę licèt ad eam maximè speciem pertineat, quæ pœnam contineat, si ad diem satisfactum non erit. Nolim tamen existimare cum interpretibus, quod illi ex ea lege inferunt, in causis tantùm pœnalibus diem interpellare pro homine, sed generaliter intelligi id volo, in pœnalibus verò causis hoc tantùm speciale esse, quòd ea mora purgari non potest, quia nec purgari posset, si nulla stipulationi subiecta pœna cœpisset actoris interesse, vt diximus ad *l. præced. ex l. etsi post tres* 8. *supr. si quis caution. l. si ita quis* 115. *§. Seia in fin. de verb. oblig.* Pœna autem adiecta vice eius est, quod interest siue quod adiecta plerumque credatur ad taxandum id quod interest *l. vlt. inf. de stipul.* prætori, siue quòd cùm pœna adiecta est, non sit quærendum an intersit, sed tantùm quænam sit quantitas & condicio stipulationis *l. stipulatio ista* 38. *§ alteri l. ad diem* 77. *de verb. oblig.* Cùm ergo dies interpellet semper pro homine, cõsequens omnino est, vt debitor tanquam interpellatus, & hoc ipso in mora constitutus, creditorem debeat adire & ipsi offerre, non modò ad purgandam moram, sed etiam ad eam impediendam *l. 2. C. de iur. emphit. l. forma* 4. *§. is verò infr. de censib.* nec aliud est siue debitor, siue creditor aliquod ius contra aduersarium acquirere sibi velit. Tunc enim proficisci omnino ad aduersarium debet *l. pen. §. vlt. de condict. & demonstr. l. vlt. C. de condict. infert.* Aliud enim est velle se tantùm exonerare, aliud verò ius aliquod sibi velle acquirere, vt & Bartolus benè distinguit: sed non æquè facilè probare possum, quod Accursius, Bartolus, & post eos cæteri distinguunt, an debitor & creditor sint eiusdem fori, necne, vt si non sint eiusdem fori, non cogatur debitor ire ad domum creditoris, ne quidem iis casibus quibus alioqui cogeretur, nec pariter creditor ad domum debitoris. Quod etsi ex hoc vnico textu probari voluit, in illis verbis *petitor non venit*, mihi tamen suspecta probatio est, qui video iuris huius specialem esse rationem propter verba edicti, quæ non solùm exigunt, vt per constituentem factum sit, quominus sua die solueret, sed etiam vt non steterit per actorem. Stetisse autem videtur si ad solutionis locum non venerit, quamuis nec reus ipse venerit. Stat enim hoc casu per vtrumque. At in cæteris causis sufficit promissorem non fecisse quod debuit, licèt nec actor ex parte sua quicquam fecerit *d. l. ad diem* 77. *de oblig. & action. & d. l. magnam* 12. *Cod. de contr. & committ. stipulat.* Rationem differentiæ attulimus in superioribus, vt constituens qui in eo grauatur, quod contra iuris & ciuilis & prætorij regulas ex pacto nudo conuenitur, in alio releuetur, ne tam facilè conueniri ex mora sua possit *arg. l. eum qui* 30. *supr. de iureiur.* Sed alia quoque addi potest quę mihi vt specialior ita & conuenientior videtur, quòd in cæteris causis obligatio præcedit moram, ideóque solemus dicere nullam ibi moram fieri, vbi nulla petitio est *l. si pupillus* 127. *de verb. oblig. l. nulla* 88. *de regul. iur.* At in actione ista constitutæ pecuniæ speciale est, vt non aliter eam polliceatur prætor, quàm si constituens in mora fuerit præstandi quod promisit: dat enim illam prætor in pœnam fractæ fidei, quia graue est fidem fallere *d. l. 1. in princip. supr.* Vnde & ratio dubitandi petenda est ad *§ penult. infr.* Non autem videri potest constituens fidem fefellisse, si per actorem quoque steterit, quominus constituto satisfieret: scio nihil posse imputari promissori, si non habuit, cui solueret *d. l. pecunia § vlt. & d. l. cùm quidam § si pupillo infr. de vsur.* Sed non eo minus habet debitor cui soluat, aut cui offerat, quòd in alio foro & in alia etiam, si voles, prouincia creditorem perquirere compellatur. Etsi non nisi cum aliquo suo incommodo & vitæ periculo id facere possit, vt in *dict. l. vlt. Cod. de condict. infert. dict. l. pen. §. vlt. de condict. & demonstr. dict. l. vlt. infr. de leg. commiss.* Itaque vt excusetur debitor à mora, non sufficit vt aliquem difficultatis

prætextum

prætextum possit obtendere sed necesse est, vt probet in sua potestate non fuisse, vt satisfaceret nec dolo eius malo quicquam factum fuisse, si modò iusta aliqua causa fuerit propter quam intelligere deberet se dare oportere, vt scriptum est in *l. quod te 5. supr. de reb credit. & in l. vlt. §. pen. infr. de leg. Rhod. de iact.* Nec satis mirari possum quod Bartolus ex iis locis probat difficultatem soluendi excusare à mora, cùm ex iis ipsis contrarium disertè probetur, & sola impossibilitas excipiatur, vt diximus & ex *l. continuus 137. §. illud de verb. oblig.* vbi dicitur difficultatem præstationis multum recedere ab impedimento naturali, neque excusare debitorem. Et verò nec Bartolus ipse diffitetur creditorem non posse excusari à mora propter difficultatem, idque probari optimè ex hac lege, sed rationem diuersitatis quærit ex eo quod certat actor de lucro captando, reus autem de damno vitando: quod est ridiculum. nam præter id quod omnes actiones rei persecutoriæ nihil nisi meram indemnitatem, & id quod ex patrimonio abest, persequuntur *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* Certat potiùs debitor de lucro captando, quoties periculum, quod per moram suam in se transtulit, transferre vult in actorem: cui proinde non est imputandum, sed moræ ipsius debitoris, quod ab eo die quo per reum stetit quominus solueret periculum cœperit esse debitoris, nisi cùm actor fuit in mora accipiendi *dict. l. illud supr. de peric. & commod. rei vendit.* Sed & quis obsecro, diuinabit cum Accursio & Bartolo, actorem in specie huius legis fuisse diuersi fori? Quid enim vetat creditorem ruri agentem aut in alia ciuitate eiusdem fori, aut valetudine aut vi maiore aut tempestate impeditum fuisse, ne ad debitorem præstituta die posset accedere? Quo tamen etiam casu, an non perinde huic legi locus erit? Aut si neges, ea fortassis ratione, quod potuerit creditor mittere procuratorem [etsi non esse illam bonam rationem satis locus hic indicat] an non idem dici poterit, etiamsi in alio foro creditor degere proponatur? Alioqui si mercator Camberiensis centum debeat mercatori Lugdunensi soluenda nundinis Lugdunensibus proximis, dicendum erit non fore in mora mercatorem Camberiensem, etiamsi Lugdunum profectus non sit, aut profectus quidem sit, sed sine pecuniis, si neque mercator Lugdunensis fuerit Lugduni, fortassis in villa aliqua Sebusianæ meæ prouinciæ detentus aduersa valetudine, & impeditus. Quod etsi Bartolus ita esse putat ex *dict. l. arbiter Calendis 40. supr. de recept.* Ego tamen non probo, nisi protestatus sit debitor paratum se fuisse soluere, si creditorem Lugduni inuenisset, sacculo cum pecunia signatorum signis obsignato, vt in *d. l. vltim de leg. commiss.* vt ea obsignatio non tantùm vim oblationis haberet, sed etiam solutionis *l. acceptam 19. C. de vsur. l. obsignatione 9. C. de solut.* Nec simile est quod Pomponius respondit in *dict. l. arbiter*, pœnam compromissi non committi si ante diem compromissi arbiter decesserit, etiamsi alteruter litigantium, qui ambo adesse iussi fuerant non adfuerit, quemadmodum, inquit, si per stipulatorem stetit quominus acciperet. Hic enim posterior casus præsupponit per promissorem non stetisse quominus daret. Si enim per eum steterit, quærendum non est, an steterit etiam per actorem extra causam huius edicti *d. l. si per emptorem 51. infr. de action. empt.* Prior verò casus, quo arbiter ante diem decesserit, nihil simile habet cum nostra quæstione, non solùm quoniam arbiter in ea specie vtrumque litigatorem adesse iusserat. Ius autem nostrum non iubet adesse creditorem, vt debitor per lapsum diei in mora constituatur *dict. l. magnam 12. C. de contr. & committ. stipul. d. l. ad diem 77. de verb. obligat.* Sed etiam quia per arbitrium ipsum, & eius obitum steterat quominus ad diem dictam ferri sententia potuisset, quamuis vterque litigatorum adfuisset: planè si ad diem in quem constituens soluere debuerat, neque constituens ipse adfuerit, neque creditor, actioni quidem de constituta pecunia locus esse propter edicti verba non poterit, sed tamen non idcirco potestas constituti sublata erit, sed necesse habebit creditor promissorem interpellare, vt eum in mora noua constituat, seque paratum probet accipere solutionem, quo casu perinde constituens actione de constituta pecunia tenebitur, ac si ad diem constituti solus debitor moram contraxisset, nec per actorem quoque stetisset. Alioqui mora debitoris prodesset ei ad tollendam obligationem quod esset iniquum. Nemo enim facto suo propriam obligationem potest tollere *l. si seruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig.* nec sua cuiquam frustratio prodesse debet *l. hominem 37. infrà mandat. l. in condemnatione 173. §. pen. de regul. iur.* Multo magis creditor qui ad diem non venit, & per quem ideo stetisse videtur, quominus constituto satisfactum fuerit, interpellare debitorem poterit, vt soluat, sic enim fiet, vt sua ei mora noceat tantùm in eo, quod amisit commodum diei quæ in constituto adposita fuerat, & quæ pro eo interpellasset, si non per ipsum similiter atque per reum stetisset *d. l. magnam.* Noua igitur & alia indiget interpellatione quam ipse faciat non dies *arg. l. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2.* quemadmodum si ipse primum interpellasset, deinde repetendi debiti instantiam omisisset, quo casu nulla prioris moræ ratio haberi posset *l. mora 32. in princip. infr. de vsur.* Et ita benè Bartolus *num. 7. & 11.* In summa nunquam denegandum est ei, qui moram contraxit, quantumuis in culpa sit, quamuis aduersarium interpellet, vt eum in mora ipse constituat. Est enim hæc ratio omnium optima purgandæ moræ, si aduersarius in posteriore mora constitui possit, quia semper posterior tollit & purgat priorem *d. l. illud 17. de peric. & commod. rei vendit. l. qui decem 72. in princip. & §. 1. de solut.* Cæteræ quæstiones quas hîc adfert Bartolus, an hac parte eiusdem fori esse intelligantur ij tantùm qui sunt eiusdem ciuitatis, an verò illi qui sunt duntaxat eiusdem prouinciæ, prorsus inutiles sunt, postquàm negamus quicquam referre an eiusdem sint, an diuersi fori. Illud plausibilius est, quod docet Bartolus, has omnes de mora quæstiones, quia plus ferè habent facti quàm iuris *d. l. mora 32. de vsur.* pondere maximè ex bono & æquo, ideòque in iis cauendum esse diligenter ne sub authoritate iuris scientiæ perniciosè erretur, vt eleganter Celsus adolescens dicebat quem Paulus refert in *dict. l. si seruum 91. § sequitur de verb. oblig.* Multa enim possunt incidere ex diuersitate temporum, locorum, & personarum, quæ suadeant in huiusmodi quæstionibus omnibus aliter atque aliter responderi: sed & illa Bartoli distinctio non displicet, an quis debitor sit generis supremi, an subalterni, vt priore casu si puta debeat vinum aut frumentum, in genere cogatur ire ad domum debitoris, & debitam quantitatem eò portare, & quidem suis sumptibus, posteriore verò casu, si quis debeat fortè decem salmas vini de tali vegete, vt ipse loquitur, vel de tali vinea, cogatur creditor

ire ad domum debitoris, & suis sumptibus exigere ac transuehere quod sibi debetur, quasi hoc casu non tam genus quàm species aliqua deberi videatur, quæ proinde præstanda sit, vbi est, nisi aliud cōuenerit, aut nisi aliò translata sit dolo malo debitoris, vt difficiliorem creditori faceret debiti exactionem & persecutionem *l. cùm res* 47. *de legat.* 1. Etsi locus ille non de alia re loquitur, quàm quæ sit debita ex testamento, in quo debiti genere voluntas sola testatoris illa est, quæ totum facit, & pro iuris ratione habetur *l. si mihi & tibi* 12. *in fin. eod.* Iunge *l.* 4. *§. vlt. sup. de edend. l. quod legatur* 38. *sup. de iudic.* & quod vtrobique scripsimus.

1 ¶Quod adiicitur, *Eámque pecuniam, cùm constituebatur, debitam fuisse*: interpretationem pleniorem exigit. nam primum illud efficit, vt si quid tunc debitum fuit, cùm constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum: quia retrorsum se actio refert. Proinde & temporali actione obligatum, constituendo, Celsus & Iulianus scribunt teneri debere: licèt post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare & si post tempus obligationis [a] se soluturum constituerit, adhuc idem Iulianus putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatus: licet in id tempus, quo non tenebatur.

Ad §. 1. Quod adiicitur.

Rat. dvb. Non videtur obsignatum quod non durat obsignatum, nec in rem versum quod non durat versum *l. si pro patre* 10. *§. versum infr. de in rem vers.* Ergo nec videtur debitum, quod non durat debitum. Quando verò magis requiritur, vt sit debitum, quàm eo tempore quo soluitur? Alioqui condictio indebiti locum habet si quod solutum est, indebitum fuerit solutionis tempore, licèt antea debitum fuerit, vt diximus *pass. ad Tit. de condict. indeb. supr.* Atqui vt nascatur actio de constituta pecunia debitam oportet esse pecuniam, quæ constituta est *l.* 1. *§. debitum l. eum qui* 5. *§. quod exigimus l. hactenus* 11. *& pass. supr.* Ergo etiamsi id quod constitutum est, debitum fuerit, cùm constituebatur, si tamen nunc non sit debitum, non debet tenere constitutum, quia ad eum casum res peruenit, à quo incipere non potuit *l. quia in eum casum* 16. *supr. ad leg. Aquil. l.* 3 *infr. de his quæ pro non script. habent. l. debitor* 82. *de legat.* 2. Proinde si is qui temporali actione obstrictus erat, puta redhibitoria, quę finitur sex mensibus *l. cum sex* 55. *& pass. infr. de adilit. edict.* constituerit se soluturum, non debet teneri si post constitutū dies temporalis actionis exierit ante impetratā actionē constitutæ pecuniæ, præsertim cùm in proposito actio de constituta pecunia videatur subrogata in locum redhibitoriæ: Dici autem soleat subrogatam actionem eius naturam induere in cuius locum subrogata est *vulg. l. si quis eum* 10. *§. qui iniuriarum sup. si quis caution. l.* 1. *§. si quis sub condicione infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Adde quòd præscribens vulgò creditur à nostris similis esse soluenti, & ei qui satisfecit, cùm habeat quod obiiciat petitori, ex *l. si pupillus* 45. *infr. de admin. tutor.* Si autem debitor soluisset, etiam à constituti obligatione liberatus esset, siquidem solutione tollitur omnis obligatio etiam naturalis & ciuilis. Quanto magis honoraria?

Dec. Actio constitutæ pecuniæ refert se retrorsum ad tempus constituti, id est, quo constitutum factum est, propter illa verba edicti *si appareat eam pecuniam, cùm constituebatur, debitam fuisse*, quemadmodum & aliæ sunt actiones, quæ retrorsum se referunt, sed ad iudicij accipiendi tempus, nec illud egrediuntur, vt condictio furtiua, aliæ quæ egrediuntur, vt actio legis Aquiliæ de quibus in *l.* 2. *§. quæsitum infr. de priuat. delict.* Sed hęc de qua tractamus, refert se retrorsum ad tempus ipsum contractus. Ergo vt constitutum valeat & teneat, sufficit debitam fuisse pecuniam eo tempore quo constituebatur, licèt debita esse posteà desierit: nec proinde nocere debet quod ante impetratam actionem constitutæ pecuniæ tempus actionis temporalis exierit, quamuis verum sit perempta actione temporali nullam obligationem ne quidem naturalem superesse, ne quis fortè obligationem hac parte separet ab actione, vt apparet ex fine huius §. Alioqui nulla esset causa dubitandi, quominus teneret constitutum etiam post præteritum tempus actionis, si qua obligatio superesset, neque verò existimandum est actionem constitutæ pecuniæ subrogari hoc casu in locum actionis temporalis postmodum extinctæ, vt ea quoque extingui debuerit. Accedit enim equidem ad priorem, sed æquè principaliter, non vt in eius locum subrogata videri possit, vt benè hîc & subtiliter Bartolus docet, in quo differt hæc species ab illa de qua in *l. quod debitori* 24. *infr. de mort. caus. donat.* Nec rursus potest obiici debito per actionis temporalis peremptionem facto indebito, videri rem peruenisse ad eum casum à quo incipere non potuit. Nam præter id quod non est nouum, vt multa teneant, quæ ad eum casum peruenerint, à quo tamen incipere non potuerunt [neque enim à veteribus omnibus ea propositio admissa fuit pro vera & pro iuris regula, vt constat ex *l. in ambiguis* 85. *§.* 1. *de reg. iur. l. existimo* 98. *in princip. l. pluribus* 140. *§. fin. de verb. oblig. l. verbis legati* 5. *inf. ad leg. falcid.*] solent nostri interpretes duce Accursio & Bartolo, eos actus excipere, qui sunt in esse producto & perfecto, quale in proposito est, constitutum eo tempore factum quo suberat debitum quod constitueretur, cùm habuerit omnes suas solemnitates, nec ad eius validitatem quicquam tum defuerit. Alioqui cùm in rerum natura nihil sit iure certius *l.* 2. *infr. de iur. & fact. ignor.* nihil tamen esset incertius si etiam illa quę perfectum iuris vinculum ab initio habuissent, ex futuro dubióque rerum euentu penderent. Quæ Papiniani ratio & ratiocinatio esse videtur in *dict. l. verbis legati.* quam & Iustinianus probauit in *§. ex cōtrario* 14. *Instit. de legat.* Quod verò obiicitur præscribentem soluenti esse persimilem, & ei qui satisfecit ex

cit ex *d.l.si pupillus 45.de admin.tutor.* sicuti verum non est, quia qui præscripsit, non dicit se soluisse, sed soluere non debere: ita neque ex ea lege probatur, cuius vulgata lectio certè mendosa est, & ita restituenda, vt legamus *is qui eo tempore liberatus est* non vt vulgò *is qui tempore liberatus est*. præcedentia namque ostendunt tractari eo loco de pluribus tutoribus, quorum aliter fuerat liberatus non tempore, sed expressa conuentione antequàm alius conueniretur, vt pluribus docuimus in Iurisprudentiæ nostræ scientia. Difficilior videri possit illa obiectio, quam mouet Bartolus, & in qua tamen dissoluenda hæsitat, & auditoribus suis cogitandum relinquit, quod per agnitionem qualemqualem debiti interrumpatur præscriptio & actio, quæ alioqui temporalis futura erat, perpetuetur *l.sicut 3.§.sed & si quis & l. cùm notissimi 8.in princ. C.de præscript. 30. vel 40. annor.* An non enim satis agnoscit debitum is qui antè peremptam actionem temporalem qua tenebatur, constituit se illud soluturum? Sed respondendum est, agnitionē debiti impedire quidem præscriptionem earum actionum, quæ sui natura sunt perpetuæ, nec nisi ex Imperatorum constitutionibus factæ sunt temporales, sed non posse eas perpetuare quæ sui natura & origine temporales sunt: hoc enim solius contestationis priuilegium est, vt actiones omnes quantumlibet ab initio temporales in annum vsque quadragesimum perpetuet *l.vlt.eod.tit.* Extra quem casum sicuti non est in potestate debitoris, vt ex perpetua actione faciat temporalem, ita neque vt ex temporali faciat perpetuam: pugnaret enim id cum authoritate iuris prætorij vel ædilitij, ex quo temporales istæ actiones introductæ sunt, & quidem ea lege, vt certo tempore finiantur, nec vltra tempus illud possint viuere: vt proinde non minus aptari iis possit quàm hominibus, quod Cicero quodam loco scribit, recusare nos non debere, quominus ea qua nati sumus lege ea condicione viuamus. Et verò an non multo facilius est, vt actio quæ sui natura erat perpetua, ex constitutionibus autem facta temporalis, postea per qualemcunque agnitionem debiti fiat perpetua, quàm ea quæ ab initio & sui natura fuerat tantùm temporalis? Non tam enim fit illa perpetua quàm remanet qualis erat, remoto duntaxat constitutionum obstaculo, propter agnitionem debiti, quæ facit proculdubio, vt nulla negligentia imputari possit creditori, quæ tamen potissima ratio fuit inducendæ contra perpetuas quoque actiones præscriptionis, vt scilicet creditoris negligentia puniretur *dict. l. sicut l. omnes 4. & pass. eod tit. l.vlt.in fin. C. de annal. except. tit. de perpet. & tempor. action. Inst.* Vt taceam quod sæpius doceo, facilem esse cuiusque rei reditum ad suam naturam *l.si vnus 27.§.pactus ne peteret in fin. sup. de pact. l. filio 23.infr. de liber. & posthum.*

a *Quare etsi post tempus obligationis.* RAT. DVB. Omnis dispositio censetur facta eo tempore in quod confertur. Nec tam inspiciendum est, an facta sit tempore habili, quàm vtrum collata in tempus habile vel inhabile *l.quod sponsa 4. C. de donat. ante nupt. l.si ego 9.§.si res infr. de iur. dot.* Ergo si quis id quod debebat, constituerit se soluturum in id tempus, quo non erit amplius debiturus, valere constitutum non potest. Non erit autem debiturus eo tempore quo finita erit obligatio & actio, quam ponimus fuisse temporalem.

DEC. Actio hæc retrorsum se refert ad tempus constituti, vt suprà diximus. Ergo vt constitutum valeat, sufficit debitam fuisse pecuniam eo tempore quo constituebatur. Nec enim ob id minus quid nobis debetur, quod postea futurum sit, vt desinat deberi, quemadmodum solemus dicere non eo minus quid nostrum esse, quod aliquo casu & tempore futurum sit, vt desinat nostrum esse *l. non ideo 66. supr. de rei vindic.* Ergo sufficiet constituti tempore debitam fuisse pecuniam, licèt collatum sit constitutum in id tempus quo amplius non debebitur. Vbi enim semel constituta est pecunia, nihil refert, an prior obligatio duret, an tempore extinguatur, cùm actio ipsa constitutę pecuniæ perpetua sit, quia meram rei persecutionem continet. *§ prox. inf. Ex regula l. in honorariis 35. de oblig. & action.* Et quemadmodum si ante finitam tempore priorem obligationem solutum esset debitum, non eo minus valeret solutio, quod obligatio posteà tempore finiretur, quia sufficeret factam esse solutionem tempore subsistentis obligationis, ita nec eo minus valere debet constitutum, quod collatum sit in tempus quo nulla superesset alia obligatio, cùm sufficiat factum fuisse eo tempore quo nondum obligatio perempta erat. Nec enim mala comparatio hac parte est constituti & solutionis, cùm constituens in plerisque habeatur pro soluente *l. idem est 10. suprà hoc tit. licèt non in omnibus l.penult. infr.* Fit autem hoc quoque non tam ex communi ratione iuris, quàm ex verbis edicti, quæ expressim relata sunt ad tēpus constituti facti, non ad tempus in quod solutio per constitutum collata est. Nec sanè nouum est, vt tempus ipsum quo contractum est, præcisè inspiciatur *l.prox. §.vlt. infr. l. cùm filius 76. §. heres delegat. 1. l. vlt. in fin. de aur. & argent. legat. l. si filiusfamilias 78. infr. de verb. oblig.* Nec rursum, vt sufficiat semel interfuisse, licèt posteà interesse desierit, quia semel nata actio non facilè ex postfacto extinguitur *l. doli 5. §. vlt. & l. seq. sup. de seruo corrupt. l. inter omnes 46. in pr. infr. de furt.* Aliud exemplum ad hunc §. sumi potest ex *l. prox. §. vlt. & l. seq. infr.*

2 ¶ E re autem est, hîc subiungere, vtrùm pœnam contineat hæc actio, an rei persecutionem. & magis est, vt etiam Marcellus putat, vt rei sit persecutio.

Ad §. 2. E re autem.

Vulgò *Bene autem est*, vt & in *l. 1. in princ. supr. de reb. cred.* Sed melior Florentina lectio vtrobique & elegantior est. RAT. DVB. Actio constitutæ pecuniæ datur contra eum, qui ad diem constituto præscriptum non soluit nec satisfecit, quia graue est fidem fallere *l. 1. in princip. l. si duo 16. §. ait prætor & §. vlt. suprà* ac proinde quodammodo in pœnam fractæ fidei, vt diximus ad initium huius legis. Ergo pœnalis est, non rei persecutoria saltem eo sensu quo actiones plerasque alias pœnales esse dicimus, quæ in factum conceptæ sunt pœnæ nomine ad puniendum dolum & factum rei, vt in *l. huius actionis 9. §. 1. inf. Quod fals. tutor author. l. prætor ait 9. §. vlt. infr. de rebus author. iudic. possid.* Hîc enim punitur factum constituentis, qui ad diem constituti neque soluit,

neque aliter satisfecit, nisi fortè quis subtilius dicat, non tam puniri hoc casu factum, quàm non factum. Sed hoc leue est. Qui enim non facit quod facere debet, hoc ipso facit contra id quod facere debet, vt est in iuris regula *l. qui non facit 121. de regul. iur.* DEC. Actio hęc licèt sit prętoria & ex edicto, tamen ex conuentione nascitur, nec ideò comparata est, vt constituens puniatur, sed vt creditor suum consequatur. Ergo pœnalis nullomodo est, sed rei persecutoria, vt & cæteræ omnes quæ ex contractu nascuntur *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* Sunt enim comparati contractus omnes, vt quis lucrum sibi & actionem ex contractu acquirat *l. actionum 25. §. actiones eod. tit.* Vbi ob hanc causam actiones ex contractu ab actionibus, quæ aut ex facto aut in factum sunt, separantur. Interpretes nostri nullam ad hunc §. dubitandi rationem attulerunt, quia causam & originem & naturam actionis huius, quam nos attulimus ad initium huius legis, non intellexerunt.

3 ¶ Vetus fuit dubitatio, an, qui hac actione egit, sortis obligationem consumat, & tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione: quoniam solutio ad vtramque obligationem proficit.

Ad §. vlt. Vetus fuit.

RAT. DVB. Quoties alicui plures actiones de eadem re competunt, sicut eligere debet, qua actione experiri malit, ita si vnam eligat alias amittit *l. quod in herede 9. §. eligere infrà de tribut. act.* Non enim plures actiones dari solent, vt actor omnibus vti possit, sed vt electionem habeat vtram exercere malit *l. cùm filius 76. §. variis de legat. 2. l. 1. §. 1. infr. Quod legat.* Porrò vbi actionem aliquam elegit ex pluribus, & ex ea litem contestatus est, hoc ipso consumit obligationem sortis, ita vt si nihil eo iudicio consequi possit, non tantùm actionis, sed ipsius etiam debiti iacturam sentiat *l. habebat 13. infr. de instit. act. l. si sic stipulatus 133. in fin. de verb. obl.* Ergo si quis debitam à se pecuniam constituerit, & contra eum actor egerit de constituta pecunia, litémq; contestatus sit, quamuis nihil perceperit, dicendum videtur peremptam esse non tantùm actionem constitutæ pecuniæ, sed ipsam quoque sortis obligationem, ita vt ex neutra obligatione peti sors amplius possit. DEC. Etsi litis contestatio vim contractus, & nouationis plerunque obtinet *l. 3. §. idem scribit infr. de pecul. l. delegare 11 §. 1. & l. aliam 29. infr. de nouat.* & consequenter solutionis, cùm nouatio perimat obligationem, non minùs quàm solutio *l. 1. eod. §. prætereà Inst. quib. mod. tollit. oblig.* non tamen perpetuum est, vt sola contestatione perimatur obligatio, sed plerunque perceptionem & solutionem subsequi necesse est, vt in *l. 4.* vbi diximus *supr. de his qui effud. vel deiec. l. si ex duobus 32. infr. de pecul.* nempe quoties aut iuris ratio aut ęquitas id desiderat. In proposito autem summa ratio facit, vt litis contestatio in actione de constituta pecunia sortis obligationem perimere non debeat, quia quoties de constitutoria actione tractamus, duplicem obligationem eiusdem sortis supponimus, vnam, quæ præcesserit, & sine qua constitutum fieri non potuisset, alteram autem, quæ ex constituto accesserit, ac proinde sublata per litis contestationem obligatione constitutæ pecuniæ alia tamen & pristina obligatio superesset, atque ita partim liberatus esset constituens, partim nō liberatus, quod absurdum videretur. An non ergo longè melius est dicere, non litis contestatione, sed perceptione sola perimi sortis obligationem, & solutione? Cùm solutio ad vtramque obligationem tollendam proficiat, vt Vlpianus hîc subiicit, tutiorem esse dicens hanc sententiam, per quam scilicet fit, vt minus periclitetur creditor, pręsertim si ponas constitutam fuisse pecuniam, quæ ab alio debebatur. Quo casu si per contestationem cum ipso constituente factam sortis obligatio tolleretur, amitteret creditor vtrumque debitorem, etiam eum qui altero & obligationis & actionis genere debitor fuisset, quod certè iniquum esset. In eo planè, qui constituerit, quod ille ipse debebat, minus absurdi est, minúsque incommodi, cùm nec facilius nec cōmodiùs ex vna actione quàm ex alia sit soluturus, siue egestate siue litigandi pertinacia solutionē detrectet, inanémque faciat constitutæ pecunię actionem. Quod in duob. debitoribus separatim etiam obligatis longè diuersum est, cùm alter & soluendi voluntate, & conueniendi facilitate non minus quàm facultatum pondere locupletior altero esse possit *l. 2. sup. qui satisd. cogant. l. nam is 6. sup. de dolo.* Apparet autem ex hoc maximè §. non fieri nouationē per constitutum inspecto etiam iure vetere, nec si noua persona constituat quod alia debebat, quod apertius expressum est in *l. vbi quis 28. inf. hoc ti.* Alioqui non duplex esset obligatio, quæ per solutionem tolli posset, sed vna tantùm, illa scilicet quæ priore sublata per nouationē sola ex constituto superesset, vt in *l. quod debitori 24. inf. de mort. caus. donat. l. vlt. in fin. rat. rem haber.* nec est contrariū quod in stipulatione aliud iuris est, vt scilicet facta nouatio censeatur per posteriorem stipulationē, si in ea interuenerit noua persona, si totum ius illud inspicias quod obtinuit ante *l. vlt. C. de nouat.* Est enim potentior in eam rem vsus stipulationis quàm constituti, quod fit nudo pacto & citra stipulationem *§. de constitut. 1 Inst. de act.* Idque Bartolus etiam docuit. Sed hoc cur ita? Non aperit Bartolus, sed ratio non obscura meo iudicio illa est, quod non aliter fieri potest nouatio, quàm si prior obligatio ipso iure perimatur *d. l. 1. de nouat.* Peremptio autem illa ipso iure fieri per pactum nō potest, sed tātùm per stipulationem, quia in pactis nudum factum, in stipulationib. verò etiā ius versatur *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret sup. de pact.* Placet autem quod Bartolus ad hunc locum distinguit, electione vnius actionis perimi alias quæ pro eadem re competunt, etiamsi ex diuersis causis competāt, si causæ illæ sint contrariæ. Non etiam si se inuicem patiantur. Sed error tamen Bartoli post Accursiū in eo est, quod putāt dubitationem, quę ab Vlpiano proponitur in hoc §. de eo esse, an vnius actionis electione tollatur altera, quæ tamen de eo tantùm est an sola litis contestatione ex constituto facta, consumatur tota sortis obligatio citra perceptionem & solutionem necne, quæ longè alia & diuersa quæstio est.

19. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

ID, quod sub condicione debetur, siue purè, siue certo die constituatur, eadem

dem conditione suspenditur, vt existente conditione teneatur, deficiente, vtraque actio depereat.

Ad l. Id quod 19.

RAT. DVB. Id quod sub condicione debetur, nullomodo debetur antequàm condicio extiterit, quia neq. dũ cessit, neq. venit dies. In quo differt à debito in diẽ certã, cuius dies cessisse dicitur, licèt nõdũ venerit *l. cedere diẽ 213. de verb. signific.* vbi dicitur cedere diem nihil aliud esse quàm incipere deberi. Atqui vt valeat cõstitutũ, oportet iã debitum esse id quod cõstituitur *l. 1. §. debitũ l. eũ qui 5. §. quod exigimus l. hactenus 11. & l. prox. §. 1. supr.* Ergo id quod sub cõdicione debetur, neq; purè, neq; certo die cõstitui potest. DEC. Certũ est id quod sub condicione debetur, omnino debitũ iri in euentũ condicionis, adeò vt mortuo interim creditore, attamẽ spes illa debiti in ipsius heredẽ trãsmittatur *§. ex cõdicionali Instit. de verbor. oblig.* In eóq. differt cõdicionalis stipulator à legatario cõdicionali, qui si pendẽte cõdicione moriatur, nihil trãsmittit ad heredem, ne quidem spẽ legati *l. 5. & pass. infr. quand. dies legat. ced.* Legatarius enim condicionalis pendente condicione nullomodo est creditor, id est ne quidẽ condicionalis, at is qui sub condicione stipulatus est, interim est creditor saltẽ secundum quid, id est condicionalis *l. is cui 42. infr. de oblig. & action.* Porrò condicionales creditores nemo ambigit esse creditores, *l. creditores 10. l. creditores 54. de verbor. signific.* Cùm ius illud futuri in condicionis euentum debiti facto & contractu proprio sibi acquisiuerint, non ex alterius mera voluntate ac liberalitate, vt legatarij condicionales, de quibus in *d. l. is cui*, & in ea causa esse cœperint, vt inuitis iis ius illud auferri non possit *l. qui balneum 9. infr. qui potior. in pignor. hab.* Ergo condicionale quoque debitum constitui potest, adeóque purè & certo tempore. Nam & constituta ob eas maximè pecunias, inducta sunt, quæ adhuc peti non possunt *l. 3. §. vltim. supr.* Sed cùm hoc fit, constitutum, quod figurâ verborum videtur purũ, re vera tamen & effectu condicionale est, quia tacitè eadem condicione suspenditur, vt existente condicione teneatur constituens, ea verò deficiente, vtraque actio depereat, id est tam principalis, quàm constitutoria, quæ nihil nisi accessoria est, nec proinde subsistere potest, nisi subsistente & præcedente principali. Idem verò contingit in stipulatione hac parte, quod in constituto, quamuis aliæ & quidem permultæ sint inter stipulationem & constitutum differentiæ. Nam si pura stipulatio interponatur etiam animo nouandæ præcedentis stipulationis condicionalis, dicimus nouationem quidem fieri per posteriorem, sed eo demum casu & tempore, quo prioris stipulationis condicio extiterit *l. si Stichum 8. §. 1. l. quoties 14 infr. de nouat.* Esse enim debet obligatio priùs quàm aut nouationem aut constitutum possit admittere, ac proinde condicionis euentus necessariò expectandus est. In constituto tamen hoc tanto apertius est, quòd per constitutum numquam fit nouatio, quomodo fit per stipulationem, cùm id actum est, vt diximus ad finem legis superioris. In quo manifestè errat Bartolus, qui ad hanc legem notat, posse etiam constitutum fieri animo nouandi. Quod perinde absurdum est acsi quis diceret, posse constitutum fieri etiam per stipulationem contra *leg. 1. §. eum qui supr. §. de constituta Institut. de action.* cùm sine stipulatione numquam fiat nouatio. Neque ad rem pertinet, si quis obiiciat, Pecuniam, quæ constituitur, oportere debitam fuisse eo tempore quo constituebatur *d. l. prox. §. 1. supr.* Nam & in proposita specie, quandocunque existente condicione ex euentu apparet, iam ipso contractus tempore debitam fuisse pecuniam, quæ constituebatur, cùm euentus condicionis quandocunque superueniens faciat, vt actus condicionalis iam inde ab initio purus fuisse existimetur, aut saltẽ perinde habendus, acsi purus fuisset, nec vlla condicione suspensus *l. potior 11. §. 1. infr. qui potior. in pignor. hab.* Quemadmodum è contrario defectus condicionis facit, vt quod sub condicione promissum fuerat, perinde haberi debeat, acsi promissum nunquam fuisset, ne quidem sub condicione *l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Pendet igitur ex euentu an huiusmodi constitutũ valeat, éstque hic casus ex eorum numero in quibus ex euentu apparet, quid antè fuerit *l. qui res 98. §. rem autem infr. de solut. l. quadam sunt 15. de reb. dub.*

1 ¶ Sed is, qui purè debet, si sub conditione constituat: inquit Pomponius; in hunc vtilem actionem esse.

Ad §. 1. Sed is qui purè debet.

RAT. DVB. Id quod sub condicione debetur, potest constitui purè, vt modò diximus, ita vt ex eo constituto, si modò posteà condicio existat, directa actio constitutæ pecuniæ dari possit. Ergo multo magis dicendum est, si quis sub condicione constituerit, quod purè debetur, dandam esse ex eo constituto actionem constitutæ pecuniæ, cámque non vtilem duntaxat, vt Paulus hîc scribit, sed directam; cùm id quod purè debetur, omnimodo debeatur, nec euentus vllus expectandus sit, vt sciri possit an valiturum sit constitutum. DEC. Constituta ob eas maximè pecunias, quæ adhuc peti non possunt, inducta sunt, vt eorum vtilitas aliqua esse possit *l. 3. §. vltim. supr.* Atqui quod purè debetur, iam peti potest, quod autem sub condicione, non nisi post euentum condicionis *l. cedere diem 213. de verb. signific.* Ergo contra aut saltem præter mentem prætoris, & edicti est, vt quod purè debetur, sub condicione constituatur. Mirum igitur non est ex huiusmodi constituto non nasci directam actionem constitutæ pecuniæ, sed tantùm vtilem ex æquitate, quoniam ad publicam vtilitatem pertinet, hæc quoque constituta admitti ex voluntate & consensu paciscentium, ex generali ratione Edicti de pactis, quia naturali æquitati cõueniens est, pacta seruari quæ nec cõtra leges sunt, nec aduersus plebiscita aut Senatusconsulta, nec contra bonos mores *l. 1. l. iuris gentium 7. §. ait prætor supr. de pact.* Est enim edictum hoc de constituta pecunia quodãmodo subalternũ, vt loquũtur, edicto de pactis, quia nec cõstitutũ fit, nisi per pactũ, vt diximus ad *l. 1. supr.* Hoc verò Accursius noster nõ intellexit, qui vtilẽ actionẽ ab Vlpiano hîc vult dictã

quasi efficacem ad differentiã nõ actionis directæ, quomodo nos explicauimus, sed actionis inutilis & inefficacis, quod certè non ita est, habent enim etiã honorariæ actiones directæ suas vtiles in quibusdam casibus, vt docuimus in præcedẽtibus. Excepta sola fortassis actione ad exhibendũ, quæ directa semper est, nulla vtilis *leg. cùm seruus 16. supr. ad exhib.* Eleganter verò quærit an quod purè debetur ex prima obligatione peti interim possit pendente constituti obligatione, & condicione: & respondet verè peti posse, cùm prior illa obligatio pura per constitutum condicionale neque nouata sit, neque nouari vnquam speretur. Itaque non potest in hac specie locus esse ei quod Iauolenus scribit in *l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* quia nullo penitus casu incertum est an ex priore stipulatione, quæ pura fuit, promissor debiturus sit. Nec est quod cum Bartolo adiicias exceptionẽ, nisi appareat factũ esse cõstitutũ animo nouandi: neq. enim id fieri vllo casu potest, vt diximus proximè & ad *§. vlt. l. prox. supr.*

2 ¶ Si pater, vel dominus constituerit se soluturum, quod fuit in peculio: non minuetur peculium, eo quòd ex causa obtrictus esse cœperit. & licet interierit peculium, non tamen liberatur [a].

Ad §. 2. Si pater.

RAT. DVB. Non tantùm quod filiusfamilias vel seruus, sed etiã quod pater ex causa peculij ob contractũ filij, vel dominus ob contractũ serui debet, minuit peculium, vt scilicet tanto minus in peculio esse intelligatur, & consequenter in actione de peculio, in qua nimirum nihil esse potest, nisi quod est, & quantum est in peculio *l. sed si damnum 9 aliàs l. peculiũ §. item deduceretur & l. seq. in princip. & pass. inf. de pecul.* Atqui cũ is pater vel dominus constituit se soluturũ quod fuit in peculio tẽpore cõstituti, exinde cœpit esse obligatus & obstrictus actione cõstitutæ pecuniæ. Ergo ab eo tẽpore dicendũ est imminutum fuisse peculiũ, vt in tanto minorẽ quantitatem cõdẽnari pater vel dominus debeat actione de peculio, in qua nec solet inspici, nisi quantũ sit in peculio tẽpore rei iudicãdæ *l. quæsitũ est 30. infr. de pecul.* Nec enim negari potest, quin noua sit obligatio, quæ creditori cõtra patrẽ vel dominũ ex cõstituto acquiritur, vt diximus ad *§. vlt. l. prox. supr.* DEC. Nõ fit pauperior pater neq. dominus, qui cõstituit se soluturum, quod iã debebat actione de peculio. Etsi enim noua obligatio est, quæ per cõstitutũ cõtrahitur, idẽ tamẽ debitũ est quod nũc cõstitutum fuit, & quod iã antè debebatur, eadẽmq. solutio ad vtramq. obligationẽ tollendã proficit *d. §. vlt.* Nam nec nouum est, vt vna numeratio in diuersas causas prosit *l. in numerationib. 44. infr. de solut.* nihil igitur causæ est, cur ob eam constituti obligationẽ peculiũ imminutum videri debeat. Nec magis, quod ad alios creditores pertinet, quàm quod ad hunc, cui ponimus fuisse cõstitutũ, licèt cõtrà sentire videatur Accursius. Quid enim refert patris vel domini, an actione de peculio, an potiùs constitutæ pecuniæ cogatur soluere eam ipsam quantitatẽ, quę iam semel debita erat, & quam non nisi semel soluere compellatur? Planè dubitandum non est quin tanto minùs accepturi sint cæteri posteriores creditores agẽtes de peculio, tanquã peculij quãtitate imminuta. At non propter obligationẽ cõstitutæ pecuniæ, sed propter priorẽ, quæ actionẽ de peculio pepererat, & cui posterior obligatio constituti accessit, alioqui duplex hîc fieret diminutio peculij, vna propter priorẽ obligationẽ, alia propter posteriorem. Quod esset ridiculũ, cùm vnũ dumtaxat sit debitum, quod proinde non nisi semel imminuere peculium potest. Nõ enim quotuplex sit obligatio, sed quotuplex debitũ in ea re inspiciendũ est, nec tamẽ existimandũ est, si pater hic aut dominus ab aliis creditorib. cõueniatur, statim deducendũ esse hoc debitum priusquã absit patri vel domino. Sufficit enim iis caueri interim, secundũ Marcelli sententiam de qua in *d. l. sed si damnũ §. vlt. de pecul.* quod & Accursius noster ad *l. seq.* notat. Videtur autem mihi locus hic esse mancus & mutilus, & ita restituendus, vt legamus *non minuetur obligatio, licèt minueretur peculium eo quod &c.* vt scripsi pluribus *libr. 15. coniect. 5.* vbi vide.

a *Et licèt interierit peculiũ, non tamen liberatur.* RAT. DVB. & DECID. Hic eadem est quæ ad *§. 1. l. prox. supr.* Videbatur enim finita esse obligatio, & actio constitutæ pecuniæ, finita priore obligatione & actione de peculio, cui hæc accesserat. Certũ enim est peculiũ, vt eleganter Frõnto dicebat simile esse homini, nasci, crescere, decrescere, mori *l. peculium nascitur 40. infr. de pecul.* Mortuo autem peculio mori quoque actionem de peculio, quę scilicet tenere non potest, vbi nullũ est peculium *d. l. quæsitũ. 30. & pass. eod. tit.* Et consequenter extincta actione de peculio, cui cõstitutũ accesserat, finitã quoq. actionẽ cõstitutæ pecuniæ, quæ non nisi accessoria est ad præcedentem obligationẽ, sine qua nec potest subsistere *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. §. quod exigimus l. hactenus 11. & pass. supr.* Sed decidendi ratio illa est, quòd edicti verba nihil aliud exigunt, nisi vt quod constitutum est, debitum fuerit eo tempore quo constituebatur, relata scilicet actione retrorsum ad tẽpus constituti non ad illud quo agatur ex constituto *d. l. prox. §. 1. supr.* Constitui ergo tempus duntaxat inspiciendum est, non actionis institutæ. Sufficit enim ad constituti validitatem, vt ab initio materiam suam sumpserit à debito quod tum subsistebat, formam verò ab edicto prætoris, vt actio quæ ex eo constituto semel potuit competere, nũquam ex postfacto possit intercidere ob id solùm quòd ex aliqua causa emergente desierit esse debitum, quod anteà debitum fuit, vt & in exemplo illo de quo in *d. § 1.* vbi plura de hoc scripsimus.

20. IDEM libro 4. ad Plautium.

NEc enim, quod crescit aut decrescit peculium, pertinet ad constitutoriam actionem.

Ad l. Nec enim 20.

RAT. DVB. Quod crescit aut decrescit peculiũ, pertinet vtique ad actionẽ de peculio vel augendã, vel minuẽdam: adeoq. ad eam extinguendã si fortè totum peculiũ perierit rebus omnib. peculiaribus peremptis *leg. peculium nascitur 40. infr. de pecul.* vbi aliud exemplum additur, si peculium filiofamilias vel seruo ademptum sit sine dolo malo, vt & in *leg. quis ergo 16. eod. tit.* Ergo ad constitutoriam quoque

quoque actionem pertinere id debet, tanquam quę sit accessoria actionis de peculio, vt quemadmodum constitui ab initio non potuisset, quod debitū fuisset actione de peculio si nihil in peculio tunc fuisset, ita nec hodie teneri debeat actio constitutæ pecuniæ, si nec actio de peculio tenere hodie possit. Sed ratio decidendi eadem est quæ ad versiculum vltimum legis præcedentis, quod actio constitutæ pecuniæ retrorsum se referat ad tempus cōstituti ex ipsius edicti verbis, quę nihil aliud exigūt, nisi vt quod constitutum est, tunc debitum fuerit cùm constituebatur *l. item illa* 18. §. 1 *supr.* Nam vbi constitutum & materiam & formam suā accepit, cœpitque posse parere actionem constitutæ pecuniæ, non curat ampliùs prætor an maneat debitum quod priùs debitum fuit, quia nec actio constitutæ pecuniæ pendet à priore obligatione, licèt ei accedat, quia accedit æquè principaliter, vt diximus ad *d. l. item illa* §. 1. Requirit sanè materiam prioris debiti tanquam condicionem sine qua constitutum fieri non posset. Sed non exigit neque prioris actionis neque debiti durationem, vt ipsa duret, anquam ab actione illa priore aut à debito dependens.

21. IDEM libro 29. ad Edictum.

PRomissor Stichi post moram ab eo factam, mortuo Sticho, si constituerit se pretium eius soluturum, tenetur.

Ad l. Promissor 21.

RAT. DVB. Hominis mortui etiam post moram promissoris nullum potest esse precium nulla æstimatio, nisi per delationem iurisiurandi in litem *l. in actionibus 5. versic. planè supr. de in lit. iur.* Neque verò potest hoc mora facere, vt homo mortuus qui iam nullus est, alicuius sit ęstimationis *l. si homo mortuus 69. infr. de verbor. oblig.* Quod si dicas effectum moræ illum esse, vt seruus debitus & post moram debitoris mortuus adhuc viuere existimetur, & peti possit *l. eum qui ita 56. §. vlt. l. si seruum 91. §. vlt. eod. tit.* Debet ergo constitutum fieri hominis mortui non precij, aut æstimationis, vt in *l. promissor 23. infr. hoc tit.* Non enim potest constitui, nisi quod debetur *l. 1. §. debitum l. 5. §. quod exigimus l. hactenus 11. supr.* Debetur autem homo, quamuis iam mortuus, quoties post moram decessit siue facto suo decesserit, & æquè periturus fuerit apud creditorem, vt benè Ioannes olim cōtra Martinum disputauit, quia potuisset creditor eum vendere, si moram in eo passus non fuisset *l. cùm res 47. §. vlt. de legat. 1. l. item si verberatum 15. §. vlt supr. de rei vindic.* siue debitum hominem promissor ipse occiderit *d. l. si seruum 91. §. nunc videamus & seq. de verb. oblig.* DEC. Homo debitus & post moram promissoris mortuus adhuc quidem debetur, & peti potest, ideóq. & in stipulatum deduci *l. inter stipulantem 83. §. pen. eod. tit.* & in constitutum *d. l. promissor 23 infr. d. l. si seruum §. vlt.* Sed tamen non eo magis præstari potest in specie, quę iam pliùs nulla est, sed tantùm in æstimatione, quæ cùm in pecunia semper consistat, perire nunquam potest *vulg. l. incendium 11. C. si cert. petat.* Ergo nihil vetat constitui vel hominem ipsum post moram mortuum, vt in *d. l. promissor 23 infr.* vel ipsius pretium, vt in hac lege. Vtrumque enim debetur, & homo ipse iure ipso, & eius æstimatio in effectu. Nā nec quicquā vetat aliud constitui quàm quod debetur, dūmodò pro debito constituatur *l. 1. §. an potest* vbi diximus *supr. hoc tit.* Proinde in effectu nihil interest an morosus debitor hominem post moram mortuum constituerit se soluturum, an eius æstimationem, & ita hæc lex intelligenda est, & coniungenda cum *d. l. promissor 23. infr.*

1 ¶ Si sine die cōstituas: potest quidē dici, te nō teneri, licet verba edicti latè pateant. alioquin & cōfestim agi tecū poterit, si statim, vt cōstituisti, nō soluas. sed modicum tempus statuēdum est, non minus decē dierū, vt exactio celebretur.

Ad §. 1. Si sine die.

RAT. DVB. Constitutum purè fieri potest etiam eius debiti quod fuit condicionale *l. id quod 19. supr.* Quod autem purè debetur statim & præsenti die peti potest *l. cedere diem 213. de verbor. signific.* etiamsi quis hodie decē dari stipulatus sit, quasi nullo adiecto die *l. eum qui Calendis 41. §. quoties & l. liber homo 118. §. decem hodie infr. de verb. oblig.* Ergo si quis purè cōstituerit se soluturū id quod debet, præsertim si id purè debeat, dicendum est posse illum statim actione de constituta pecunia conueniri, præsertim cùm verba edicti latè pateant, de quibus in *l. itē illa 18. §. 1 supr. eámque pecuniam cùm constituebatur debitam fuisse.* itémq. illa *si appareat eum qui constituit, neque soluere neque fecisse l. si duo 16. § ait prætor supr.* Non enim distinguunt, an purè constituta sit pecunia, an verò soluenda in certum diem. Itaque nec nos distinguere debemus, quomodo in iudicio de Publiciana Caius argumentatur in *l. de precio 8. supr. ill. tit. de public. in rem action.* Nec quod se nescio qua verba edicti quæ Vlpianus retulit in *l. si duo 16. §. ait prætor supr.* rationem faciant constituti in diem facti, vt Accursius hîc notat, ad rem facit. Non enim cōstituta in diem facta excludunt pura, cùm non minùs, imò magis fidem frangat is, qui purè constituit se soluturum, quàm qui in diē: quæ ratio præcipua est huius edicti *d. l. 1 sup.* DEC. Actioni de cōstituta pecunia locū facit nō tā cōuentio ipsa cōstitutæ pecuniæ, quàm mora cōstituentis. Nō enim aliter pollicetur prætor actionē de cōstituta pecunia, quàm si appareat constituentē nō fecisse ad diē, quod constituerat se facturū *d. l. si duo §. ait prætor*, ac proinde quàm fuerit debitor in mora soluendi aut satisfaciendi cōstituto: quod in aliis obligationibus puris diuersum est. Ideò namq. prætor hanc actionē induxit, ne fidem impunè fregisset is, qui ad dictā diem quod cōstituisset nō fecisset *d. l. 1. in princip.* Propter quā causam dubitatum fuit, an actio hæc pœnalis esset, quasi quæ in pœnā fractæ fidei inducta fuisset *l. itē illa 18. §. pen. supr.* quia per hanc actionē nō condemnatur constituēs, vt faciat quod promisit, sed ad id quod aduersarij interest, quia non fecerit *l. qui autem 14. §. sed & si quis supr.* Et ex hoc petenda est ratio diuersitatis inter hanc actionem & cæteras quæ pro puro debito dantur, non quàm hîc adfert Accursius. Atqui nō potest fieri, vt eodē instāti per cōstitutū & nascatur obligatio & mora cōtrahatur. Prius siquidem est, vt quis obligatus sit & interpellatus aut per lapsum diei, aut per interpellationem hominis quàm vt in mora constituatur *l. mora 32. infr.*

de vsur l Titia Seio 87. §. *vsuras de legat.* 2. *l. si pupillus* 127. *de verb oblig. l. nulla* 88. *de regul. iur.* Ergo si quis purè cōstituerit quod purè debebat, fatendū est, quia statim teneri & cōueniri de cōstituta pecunia nō potest, nullomodo eū teneri, vt nec cùm qui eū esset Romæ, promisit hodie centū Carthagine dari *l.* 2. §. *qui ita stipulatur sup. tit. prox.* Obligationē enim quæ ex aliqua cōuentione nasci potest, necesse est nasci vel statim vel numquam. Proinde vt constitutum hoc quod purè factum est, valeat ad producendam actionem de constituta pecunia, necesse est dicere tempus ei tacitè inesse intra quod possit & debeat constituens satisfacere, aut ni satisfaciat conueniri actione constitutæ pecuniæ ex hoc edicto: Quemadmodum euenit in eo qui purè promisit se soluturum certo loco, vt tacitè huic promissioni tempus insit intra quod ad eum locum peruenirí possit *d.* §. *qui ita l. eum qui Calendis* 41. §. 1. *l. continuus* 137. §. *cùm ita infr. de verb oblig.* semper enim adiuuandæ sunt iusta interpretatione conuentiones, vt valeant potiùs quàm pereant, *l. quoties* 80. *l. si ita stipulatus* 126. §. *Chrisogonus vers. planè eod. tit. l. quoties* 12. *de reb. dub.* Nisi cùm verba adeò repugnant vt nullam interpretationem patiantur, vt cùm in stipulatione adiecta est dictio *hodie* vt in *d.* §. *qui ita stipulatur*, & in *l. liber homo* 118. §. 1. *de verb. oblig.* Illud tamen difficile est dicere, quodnam & quantum tempus videri debeat inesse constituto, quod sine die factum est. Non enim facilè coniectura sumi ex negotio gesto potest, quomodo sumitur cùm quis purè certo loco dare promisit. Quo casu dicimus tantùm inesse tempus quantum necesse est, vt ad eū locum peruenīri possit. At non æquè dici potest, quantum tempus necessarium sit præscribit, intra quod si constituens non satisfaciat, possit conueniri, quasi in mora constitutus. Etsi enim lex hæc ponit inesse tacitè tempus decem dierum, quis tamen non videt posse triduum aut quatriduum æquè ac decendium sufficere promissori, vt facia quod constituit se facturum, præsertim si dandi fuit obligatio, ac proinde vt si non faciat, in mora hoc ipso constitutus videatur? Spatium namque temporis aliquod requirimus ob hoc solùm, vt non eodem instanti obligatio & mora contrahatur, nō etiam vt debitori faueamus, longiúsque spatium ei demus ad soluendum. Itaque vt breuiter concludam, puto adiectionē hanc de supplendo tacitè tēpore decem dierum totam esse Triboniani temperare volentis Pauli sententiam quasi duriorem, quæ constitutum purè factum improbabat, nec enim quisquam ex prudentibus tale temperamentū inducere sua authoritate potuisset, nec verba illa, *sed modicum tempus statuendum est non minùs decem dierum vt exactio celebretur*, non alterius certè quàm Triboniani manum redolēt, de quo quia latè scripsimus *lib.* 15. *coniect. cap.* 4. plura hîc non dicemus.

2 ¶ Constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisdationem. Si quis autem constituat se satisfacturum, & fideiussorem, vel pignora det: non tenetur: quia nihil interest, quemadmodum satisfaciat.

Ad §. Vlt. Constituto.

RAT. DVB. Satisfactio pro solutione est *l. satisfactio* 52. *infr. de solut.* Atqui is qui constituit se satisfacturum, constituto satisfacit si offerat satisdationem, vel pignora, quia nihil interest quomodo satisfaciat, vt sequitur in hoc §. Ergo & idem dicendum est in eo, qui constituit se soluturū. DEC. Aliud est soluere aliud verò satisfacere: Solutionem accipere debitor cogitur, nisi si quando iustā causam habeat recusandæ solutionis, ideóq. obsignatio hoc casu pro solutione est inuito etiam creditore *l. obsignatione* 9. *C. de solut. l. acceptā* 19. *C. de vsur.* At satisfactionem pro solutione admittere nemo cogitur, non magis quàm aliud pro alio accipere *l. eum qui* 16. *& l. seq. C de solut.* Idque est quod dici solet, non prodesse debitori quod velit satisfacere, sed prodesse tantùm si satisfecerit *l. itē liberatur* 6. §. 1. *infr. quib. mod. pign. vel hypoth soluit. l. quòd si non soluere* 10. *inf. de pignor. act.* Non enim fideiussoris datione liberari potest, qui pecuniam numerare cogitur *l.* 5. *in fin. infr de statulib.* Ergo is qui soluturū se constituit, non satisfacit cōstituto, si satisfactionē offerat, multo minùs si satisdationē. Pleriq. enim sunt qui malunt satisfieri sibi pignoribus datis, quàm fideiussoribus: licèt satisdare dicatur ille tantùm qui dat fideiussorē, nō etiā qui pignora *l.* 1. *supr. qui satisd. cogant.* vbi diximus. Et cū quæritur, an cōstituto quis satisfaciat, nihil aliud inspiciendū est, quàm vtrum faciat idipsum quod promisit nō an plus vel minùs vel tantundē. Planè si creditor cui soluturum se debitor cōstituit, satisfactionē pro solutione admittere velit, dubitandum nō est, quin cōstituto satisfecerit, qui quoquomodo satisfecit. Sed hic textus loquitur de cōstituente qui satisfacere velit inuito creditore, nō qui volēti satisfecerit. Aliud ergo est si quis satisfacturum se constituerit. Hic enim constituto satisfacit, etiāsi nō solutionē offerat, sed tantùm satisdationem aut pignora inuito quoque creditori: nam quod dicimus nihil prodesse debitori si velit satisfacere, sed tantùm si satisfecerit, ad eum debitorem pertinet, qui soluere debuit, nō satisfacere. Satisfactionē enim recusare creditor nō potest ab eo, qui nihil nisi satisfactionē debet, nō magis quàm solutionem ab eo qui soluere teneatur. Potest quidem pro vnius rei debito alia res constitui *l.* 1. §. *an potest supr.* Sed vbi constitutum sen el est, non aliud solui aut præstari potest, quàm quod constitutum est. In stipulationibus tamen prætoriis speciale est, vt satisdationem exigant, id est fideiussorem, nec pignoribus contentæ sint *l. generaliter* 3. *iunct. l. prætoria* 7. *infr. de stipulat. prætor.* Excepta stipulatione quæ pro collatione interponitur *l.* 1. §. *iubet autem vers. an & pignoribus infr. de collat. bonor.*

22. IDEM libro 6. Breuium.

SI post constitutā tibi pecuniā, hereditatē ex senatuscōsulto Trebelliano restitueris: quoniā sortis petitionē transtulisti ad aliū: deneganda est tibi pecuniæ constitutæ actio. Idem est in hereditatis possessore post euictā hereditatē [a]. Sed magis est, vt fideicommissario, vel ei, qui euicit, decernenda esset actio.

Ad l. Si post constitutam. 22.

RAT. DVB. Per restitutionem hereditatis etiam ex Trebelliano Senatusconsulto factam nō est Pegasiano, id est, quæ ita facta sit, vt nihil penitus ex hereditate

hereditate penes heredem rogatum remanserit, non transferuntur tamen actiones, quas heres post aditam hereditatem facto suo, & ex proprio contractu, licèt occasione hereditatis quæsiuerit, sed omnimodo cessione opus est, vt in fideicommissarium transferantur *leg. si heres 73. infr. ad SC. Trebell.* Atqui heres cui pecunia defuncto iam debita constituta est, post aditam quidem, sed ante restitutam hereditatem, proprio suo facto suáque conuentione obligationem & actionem constitutæ pecuniæ sibi acquisiit, nec eam videri potest in hereditate inuenisse, cùm non defuncto constitutum fuerit sed heredi ipsi. Ergo cùm per eiusmodi restitutionem hereditatis non sit actio constitutæ pecuniæ translata in fideicommissarium, quid obsecro causæ esse potest, cur deneganda sit heredi, cui nominatim constitutum fuit? DEC. Certum est per restitutionem hereditatis translatam esse sortis petitionem in fideicommissarium, cùm sors fuerit hereditaria. Atqui non fuit constituta alia pecunia quàm quæ defuncto iam debita fuerat, nec rursus alio colore constituta heredi quàm quia eo tempore heres verus erat creditor, cui sors illa debebatur. Atqui desiit ei deberi à quo tempore restituit hereditatem ex Trebelliano, & transtulit actiones omnes in fideicommissarium. Etsi enim remanent actiones omnes directæ penes heredem, qui etiam post restitutionem heres remanet *l. si heres 70. in princip. eod. tit. § restituta Instit. de fideic. heredit.* sunt tamen inutiles & inefficaces propter exceptionem quæ ex Trebelliano competit restitutæ hereditatis *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano eod.* In persona verò fideicommissarij sicut sunt vtiles, ita & semper efficaces *l. 1. & tot. eod. tit.* Ita ergo fieret si actio cõstitutæ pecuniæ salua esset heredi post restitutam quoque hereditatem, vt miser debitor hereditarius duobus creditoribus in solidum teneretur, heredi quidem ex constituto, fideicommissario autem ex causa obligationis hereditariæ, ac proinde alterutrum euenire necesse esset, vt vel debitor vtrique soluere teneretur, vel vt esset in potestate heredis agendo priùs de constituta pecunia præripere solutionem fideicommissario, eique commodum restitutæ hereditatis auferre, quod vtrumque iniquũ esset. Igitur ne alterutrum eueniat, dicendum necessariò est actionem cõstitutæ pecuniæ denegandam esse heredi, non quasi ei nunquam quæsita fuerit, vel quasi ab eo fuerit in fideicõmissarium translata, quorum neutrum dici potest. Sed quia translata sorte, id est, prioris debiti causa in fideicommissarium ratio nulla est, vt actio constitutæ pecuniæ salua maneat ei cui constituta fuit, qui creditor ampliùs non est, cùm eadẽ sit summa & quæ constituta est, & quæ iure hereditario debita, licèt alia sit constituti, alia debiti hereditarij obligatio. Nec est contrarium, quod in superioribus diximus: non ideò constitutum corruere quod pecunia cõstituti tempore debita, postmodum debita esse desierit, & sufficere, vt semel interfit creditoris cui constitutum fuit, licèt posteà desierit interesse *l. item illa 18. §. 1. supr.* Id enim tum obtinet, cùm nullo interueniente facto creditoris, interesse ipsius desiit. In proposito autem factum heredis interuenit, & quidem necessarium, quia hereditatem restituere debuit, & cum hereditate debitam sortem in fideicõmissarium transferre. Etsi autem hæc verissimè, & ex mera iuris ratione disputantur, concluditur tamen ex Paulo in fine huius legis, magis esse vt actio illa constitutæ pecuniæ decernenda sit fideicommissario. Quod Accursius & Bartolus sic intelligunt, vt tamen cessionem fieri necesse sit ab herede, vt in specie *d. l. si heres pecuniam.* Quod ego probare non possum, nec dubito quin postrẽmus hic versiculus sit Triboniani, qui nec temperare sibi potuit quin Marcelli quoque sententiam corrumperet in *d. l. si heres pecuniam 73.* vt pluribus à nobis traditum & comprobatum est *libr. 15. Coniect. cap. 5.* vbi vide. Ceditur enim actio & cedenda est ab herede, decernitur autem à prætore quoties datur cum aliqua causæ cognitione. Planè si ponas constitutam fuisse pecuniam heredi non nomine proprio, sed hereditario, dicendum erit transituram ipso iure actionem constitutæ pecuniæ in fideicommissarium, facta postmodum ex Trebelliano restitutione, vt de fideiussoria obligatione per heredem quæsita scriptum est in *l. heres 21. in princ. inf. de fideiuss.* quam sic accepit Cuiacius post Græcos interpretes, & rectè.

a *Idem est in hereditatis possessore post euictam hereditatem.* RAT. DVB. Cùm possessor alienæ hereditatis pactus est heredi, qui posteà euicerit sicuti pactum hoc nocere non potest, ita neque prodesse *l. si tibi 17. §. cùm possessor sup. de pact.* Ergo necesse est vt falso heredi prosit, qui ipse pactus est & cui constituta fuit pecunia. Quod enim alteri prodesse non potest neque nocere, cur non ipsi saltem paciscenti prosit? Non enim possis hic dicere quod in alio casu diximus imputari posse ei cui fuit constitutum, quòd ipsius facto interesse eius desierit: quodnam enim factũ est falsi heredis cui hereditas euincitur? DEC. Quemadmodum per hereditatis restitutionẽ quæ fit ex Trebelliano tota sortis hereditariæ obligatio transfertur in fideicommissarium, ita & cùm hereditas falso heredi euincitur per verum heredem, siue bonæ siue malæ fidei possessor fuit, quicquid ex hereditate penes falsum heredem fuit, vero heredi restituendum est, hac solâ differentia, quod hoc casu restituitur hereditas euincenti tãquã ipsius propria. Superiore autem restituitur fideicommissario, tanquam ipsi ex fideicommisso debita. Ergo cùm nihil ex pristina & hereditaria obligatione supersit falso heredi post euictã ipsi hereditatem, neque actio constitutæ pecuniæ quæ non nisi hereditario iure fuit debita, salua ei esse potest, qui heres nec est, nec vnquam fuit, quiq. non alia de causa nihil transtulit in verũ heredem restituendo ipsi hereditatem, quàm quia nihil transferre potuit cùm nullum ius in hereditate vnquam habuerit: propter quod nemo dixerit meliorem eius condicionẽ esse debere, quàm si exemplo heredis grauati ius aliquod in hereditate ante restitutionem habuisset. Heres enim grauatus cui ante restitutam ex Trebelliano hereditatem constitutum fuit, verus eo tempore fuit creditor, quia & verus heres erat. Falsus autem heres cui tanquam vero heredi constitutum fuit, sicuti nunquam verus heres fuit, ita neque verus creditor. Vt proinde negari non possit quin constitutum ei factum ex falsa causa factum sit. Ex quo consequenter nullam ei actionem quæsitam esse, nec quæri potuisse, ex euentu apparet, id est secuta hereditatis euictione. Constitutum enim falso creditori factum, qui verus creditor putabatur, causam nullam habet ob quam debeat subsistere, & à Prætore conseruari, qui in hac danda actione nihil nisi bonam fidem intuetur *leg. 1. supr.*

Ex qua tamen nemo esse dixerit, vt ei solui oporteat, qui si solutum ei esset, etiam condictione indebiti teneretur *arg. l. si pœna 19. §. 1. supr. de condict. indeb.* cùm is qui constituit, soluentis etiam loco habeatur *l. idem est* 10. *supr.* Nam & similiter dicimus eum, qui cùm verus heres non esset, constituit creditori hereditario, tanquam heres patris, non magis honoraria actione constitutæ pecuniæ quàm ciuili vlla conueniri posse *leg. vltim. infr.* quia cùm constituerit, quasi esset ipse debitor, qui non erat, nullam penitus nisi falsam constituendæ pecuniæ causam habuisse videri potest. Sed hoc ita fortasse si quis falso heredi constituerit proprio ipsius nomine non hereditario, secundum distinctionem quam superiore casu adhibuimus ex *l. heres à debitore 21. in princip. infr. de fideiuss. & ad d. l. si pœna §. 1. supr. de condict. indeb.* Verùm non ita est, vt mox dicemus. Illud sanè constat actionem hanc constitutæ pecuniæ quam falso heredi cui constitutum fuit, denegamus, multo minùs decernendam esse vero heredi qui hereditatem euicit. Non ob id solùm, quòd neque ipsi, neque ipsius nomine constitutum fuerit, sed falso heredi tanquam vero & quidem proprio ipsius nomine, vt diximus. Sed etiam ob id maximè, quòd pactum falsi heredis neque prodesse vero heredi debeat neque nocere, vt iam diximus ex *d. l. si tibi 17. cùm possessor supr. de pact.* Quod cùm ita sit, tanto magis fatendum est, Paulo adscribi non posse verba illa postrema huius legis *Sed magis est vt fideicommissario vel ei qui euicit decernenda esset actio*, quæ nos Tribonianiesse de ē imus. Ne alioqui Paulus, cuius vterque locus est non modò cum seipso, sed etiam cum vera rectáque iuris ratione pugnasse videatur. Non enim ratio iuris certè patitur, vt pactum falsi heredis prosit vero heredi, nec tantùm si suo nomine pactus sit, sed nec si hereditario. Illa enim distinctio tunc adhibenda est, cùm falsus heres soluit debitum hereditarium, & quæritur de condictione indebiti, non autem cùm falsus heres pactus est. Longèque alia ratio est heredis restituentis hereditatem ex Trebelliano: Nam eo casu & actio acquiritur ab initio heredi, quia verus heres est, & ideo transire potest in fideicommissarium, transitque propter concurrentem Senatusconsulti authoritatem *d. l. 1. ad SC. Treb. l. si mulier 59. §. ex asse infr. de iur. dot.* Nec rursus possis cum Cuiacio distinguere pactum nudum à constituto, quasi verò & constitutum ipsum pactum non sit. Nam id quoque à nobis reprehensum & confutatum est *eodem libr. 15. coniect. cap. 5.* quod indicasse sufficiat ne hîc longiores simus.

23. IVLIANVS libro II. Digestorum.

PRomissor hominis, homine mortuo, cùm per eum staret quominùs traderetur: & si hominem daturum se constituerit, de constituta pecunia tenebitur, vt pretium eius soluat.

Ad l. Promissor 23.

RAT. DVB. & DECIDENDI ad hanc legem eadem ferè est, quæ ad *leg. promissor 21. supr.* sicut eadem ferè est vtriusque loci species. Nisi quòd in *dict. leg. promissor* precium hominis debiti & post promissoris moram mortui constitutum fuisse proponebatur, hîc verò ipse homo iam mortuus. Itaque paullo alia & maior dubitandi ratio est ad hanc legem, quàm ad illam. Homo enim iam mortuus planè nullus est, nulliúsque vsus *l. principaliter 23. Cod. de liber. caus.* ideóque nec in stipulationem deduci potest *leg. si homo mortuus 69. de verb. oblig.* Cur ergo magis in constitutum? Nam nec constitui potest nisi quod est debitum *leg. 1. §. debitum supr.* Non potest autem esse debitum quod non est, vt Bartolus hîc ratiocinatur. Sed decidendi ratio est, quam & idem Bartolus adfert, quòd licèt promissus homo sit mortuus, cùm tamen post moram mortuus est, remanet in obligatione *leg. si seruum 91. § vltim. iunct. leg. si ex legati 23. & sequent. de verb. oblig.* Et quamuis non possit præstari, attamen precium eius præstari & solui potest, facta æstimatione per iusiurandum in litem *leg. in actionibus 5. versic. planè supr. de in lit. iur.* Itaque nihil interest, an homo ipse mortuus in constitutum deducatur, vt in hac lege, an precium eius, vt in *dict. leg. promissor* cùm vtroque casu & constitutum valeat, & precium soluatur. Iunge quæ dixi ad *leg. in re furtiua 8. supr. de condict. furt. & ad leg. cùm fundus 31. §. seruum tuum supr. de reb. credit.*.

24. MARCELLVS libro singulari Responsorum.

TItius Seio epistulam emisit in hæc verba: *Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo idibus Maij probos. Quòd si tibi ad diem suprà scriptum non dedero, tunc dare debebo vsuras tot.* quæro, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit? Marcellus respondit, si intercesserit stipulatio, successisse. Item quæro, an, si non successisset[a], de constituta teneatur? Marcellus respondit, in sortem teneri. est enim humanior, & vtilior ista interpretatio.

Ad l. Titius 24.

RAT. DVB. Epistola non est modus inducendæ obligationis, sed eius tantùm quæ inducta sit probandæ vt in *leg. Publia 26. §. vltim. infr. deposit.* Præsertim verò cùm de stipulatione agitur, quam certum est, cùm inter absentes fieri nequeat, nec per epistolã fieri posse *l. 1. infr. de verb. oblig.* Ergo non potest verum esse quod Marcellus hîc respondet ex epistola, cuius verba proponuntur, successisse tutorem in locum & obligationem passiuam pupillorum, si stipulatio intercesserit. Maximè verò cùm ponendum sit huiusmodi stipulationem interuenisse animo nouandi, vt Accursius hîc notat. Nam neque nouatio fieri potest, nisi inter præsentes & consentientes. DEC. Quædam sunt, inquit Bartolus & rectè, obligationes quæ per epistolam contrahi possunt, cuiusmodi eæ sunt quæ nudo consensu contrahuntur *leg. 1. §. vltim. infr. de contr. empt.* Quædam verò quæ non possunt, vt eæ quæ vel traditionẽ vel literarũ aut verborum solẽnitatẽ exigunt.

exigunt. In iis quæ sunt prioris generis, potest epistola obligationem inducere, non etiam in cæteris, sed duntaxat inductam probare *dict. leg. Publia §. vlt. depos. l. ea quæ 57. infr. de donat. int. vir. & vxor.* Potest autem interdum fieri, vt etiam inter præsentes epistola scribatur per modum schedulæ, vt Bartolus loquitur, & post interpositam inter eos stipulationem, ac proinde etiam animo nouandi si ea quoque contrahentium voluntas fuit. Et ita in specie huius legis interuenisse ponendum necessariò est, cùm tractetur de stipulatione. Alioqui si de constituta pecunia tractandum esset, nihil prohiberet contrahi obligationem per epistolam etiam inter absentes *l. quidam 26. infr.* Sed nec quicquam vetat contrahi etiam inter præsentes *d. l. item illa §. vlt. sup.* Quod enim fit inter absentes, multo magis inter præsentes fieri potest. Itaque vana & superflua est quæstio, quam hîc subiungit Bartolus, cùm ad quodlibet pactum, ac proinde etiam ad constitutum requiratur consensus *d. l. 1. supr.* quomodo probetur eum ad quem hæc epistola missa est consensisse. Nam si ponimus quod lex ponit, stipulationem in hac specie vel interuenisse, vel interuenire saltem potuisse, ideóque inter præsentes negotium gestum esse quid alia, obsecro, consensus probatione opus est? Placet tamen quod Bartolus respondet, eum qui ab alio epistolam accipit, nec statim contradicit hoc ipso videri epistolæ & omnibus in ea contentis expressim consensisse, ex *l. si filiusfamilias 16. infr. de SC. Maced. & l. si absentis 4. C. si cert. petat.* Debet enim statim testationem interponere contrariæ voluntatis, vt eleganter scriptum est in *d. l. si filiusfamilias.* Illud etiam obseruatione dignum est, quoties negotium inter præsentes gestum est, solum *promittendi* verbum sufficere, licet commune sit pacto nudo, constituto & stipulationi, vt stipulatio interposita esse intelligatur *l. 1. C. de contr. & committ. stipul. l. Titia 134. § penult. infr. de verb. oblig.* Ponit autem Accursius interpositam fuisse stipulationem animo nouandi, quia, inquit, ex his quæ facit tutor durante tutela, non tenetur ea finita nisi denuo se obliget, ne officium ei suum damnosum sit ex *l. post mortem 5. in princip. & § 1. infr. quando ex fact. tutor. leg. cùm quadā 26. C. de admin. tutor. iunct. l. si non subscripsisti 15. eod. tit.* Quod sanè verum est: Sed tamen non video quid hic necesse sit de nouatione comminisci, cùm & nulla nouatione facta idem respondendum sit quod Marcellus respondet, Lucium Titium quondam tutorem pupillorum, quorum nomine anteà mutuam pecuniam acceperat, ex huiusmodi cautione, & epistola in locum eorum reum successisse. Cùm enim pupilli obligati essent ex causa creditæ pecuniæ, quæ obligatio non nisi re contrahitur, & tutor epistola & cautione sua professus esset, remansisse penes se quinquaginta ex tota quantitate credita, consequens erat, vt nulla etiam nouatione facta obligaretur Lucius Titius quasi breui manu, acsi pupillorum nomine pecuniam Seio creditori reddidisset, mox ab eo mutuam pecuniam eandem accepisset, ex *l. singularia 15. supr. de reb. credit. l. 3. §. sed si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor.* Non enim possunt videri facti per eam epistolam correi debendi ex causa mutui, Lucius Titius, & pupilli cùm diuersis temporibus obligati fuerint, mutuámque pecuniam acceperint *l. si ex duobus 12. iunct. l. eandem 9. & pass. de duob. reis.* Nec rursus æquum est pupillos manere obligatos ex causa creditæ pecuniæ, quæ ad eos nunquam peruenerit, sed penes tutorem ipsum remanserit. Dummodò tutor ipse proprio suo nomine maneat obligatus, at non ex mutuo si verum amamus, cùm mutuam ipse pecuniam non acceperit, neque à pupillis, neque à Seio, sed ex stipulatione cui causam dederit pecunia, pupillis quidem credita, sed à tutore retenta *l. cùm enim 7. iunct. l. præced. §. 1. infr. de nouat.* vbi dicitur cùm pecunia credita est, si stipulatio interuenerit, siue ante siue incontinenti post numerationem non duos esse contractus quorum prior mouetur per posteriorem, neque contractum vllum mutui, sed tantùm stipulationis. Quamquam nec nouum est, vt per stipulationem fiat pecunia credita, quádoquidem verbis quoque credimus *l. 2. § vlt. supr. de reb. credit.* Sed illud duntaxat absurdum creditur, si ex pacto nudo fiat pecunia credita *l. qui negotia 94. infr. mandat.*

a *Item quæro an si non successisset.* RAT. DVB. Cùm Lucius Titius in locū pupillorum non successit, id est, cùm stipulatio nulla intercessit, secundū ea quæ proximè diximus, nihil interesse videtur creditoris qui pupillos ipsos habet obligatos. Non ergo videtur Titius teneri de constituta pecunia, nec magis in sortem, quàm in vsuras. Aut si vsurarium fuit debitum, quod constitutum est, non debet obligatio vsurarum ab obligatione sortis separari *l. quidam 26. infr. hoc tit.* DEC. Constitutum fit, & quidem vtiliter, quoties constituitur id quod iam debitum est, siue à constituente ipso, siue ab alio *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. §. quod exigimus & pass. supr.* Atqui in proposita specie, si, quia stipulatio nulla interuenit, Lucius Titius in pupillorum locum non successerit, remanet priùs debitum, quod fuit pupillorum. Non deficit ergo materia constituti, quæ deficeret si Titius in pupillorum ius & locum successisset. Quamuis enim eo casu fieret ipse debitor, non tamen posset eâdem epistola & cautione & fieri debitor & quod ipse debere inciperet, constituere. Debitum enim ordine non tantùm naturæ & intellectus præcedere necesse est, vt constitutum vtiliter sequi possit *d. §. debitum*, nec rursus deficit forma constituti, cùm epistola interuenerit citra stipulationem *leg. item illa 18. §. vlt. supr. d. l. quidam 26. infr.* Actionem ergo de constituta pecunia hoc casu competere fatendum est, quod & scriptum est in *d. l. quidam*, sed in sortem duntaxat, vt Marcellus hîc ait, non in vsuras. Etsi enim vsurarum quoque facta mentio in epistola proponebatur, quæ dubitandi ratio ad hunc locum est, non tamen sic promissæ fuerunt, quasi ex contractu pupillorum iam debitæ & suo tempore soluendæ, si sors ipsa non solueretur, sed quasi nunc primùm per epistolam tutoris promissæ, eáque certè humanior & vtilior interpretatio est, quemadmodum Marcellus ait, per quam scilicet fit, vt minùs obligetur debitor, cùm semper in dubio pro debitoribus facienda sit interpretatio *vulg. l. Arrianus 41. infr. d. oblig. & action.* Nam si debitum à tutore constitutum fuisset vsurarium, dubitari non oporteret, quin constituens non tantùm ad sortem, sed etiam ad vsuras teneretur. Talé namque debitum constitutum esse semper intelligitur, quale est *l. id quod 19.* vbi diximus *supr.* In dubio autem non est præsumendum vsurarium, siue propter odium vsurarum, quia ex mutui natura est, vt sit gratuitum, statímque degenerat in fœnus si quoquomodo sit vsurarium *l. 1. C. si aduers. credit.* siue quòd non debeantur vsuræ pecuniæ fœnebris, si non sit interposita stipulatio *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. infr. de præscr. verb.* quæ facti est, vt & contractus cæ-

teri *l. consilio* 7. §. *vlt. infr. de curat. furios.* & consequenter probanda non præsumenda *l.* 1. *C. de probat. l. adseueratio* 10. *C. de non numer. pecun.* Atqui constitutum fit per pactum nudum citra stipulationem §. *de constituta Instit. de action. l.* 1. §. *eum qui supr.* Ergo si nulla stipulatio intercesserit, quomodo ponimus nullam hîc intercessisse, nec debitum pupillorum probetur vsurarium, consequens omnino est, vt actio de constituta pecunia, quæ ex supradicta epistola nascitur, ad sortem duntaxat detur, non etiam ad vsuras. Et hæc meo iudicio vera sententia & ratio est huius legis. Cui malè nostri opponunt quasi repugnantem Scæuolam in *d. l. quidam*, vbi respondetur constituentem ad vsuras quoque teneri. Nempe quia constitutum factum per epistolam in illius legis specie vsurarum mētionem faciebat, quæ præteritæ essent, ac iam debitæ, vt probant verba illa epistolæ *salua ratione vsurarum nomine*. Hîc verò earum duntaxat quæ futuræ essent, & per epistolam, tum primùm promissæ. Constabat itaque in illa lege debitum præcedens, quod constituebatur, fuisse vsurarium, quod in huius legis specie non erat. Et de futuris tantùm vsuris epistolam Marcello propositam intelligi posse, apparet manifestè ex postremis illis verbis, *Quòd si ad diem suprascriptum non dedero tunc debeo dare vsuras tot*. Quamuis in verbo illo *debeo* sit ambiguitas aliqua an Titius senserit de vsurarum debito, quod à pupillis cœperit, an potiùs de nouo debito, quod Titius à persona sua incipere voluerit. Prior namque interpretatio debitum pupillare faceret vsurarium: Posterior non item, quæ ideò humanior, & vtilior est, nec ad rem pertinet si quis obiiciat, etiam accessoria debiti constitui posse *leg. qui autem* 14. §. 1. vbi diximus *supr.* Id enim ad ea accessoria pertinet quæ nudo pacto constitui possunt, non etiam ad vsuras quæ vinculum exigunt stipulationis, cuiusmodi sunt pecuniæ fœnebris vsuræ *d. l.* 3. *C. de vsur. d. l. Titius* 24. *de præscr. verb.*

25. PAPINIANVS libro 8. Quæstionum.

ILlud aut illud debuit, & constituit alterum. an vel alterum, quod non constituit, soluere possit: quæsitum est: dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutæ rei frangere.

Ad l. Illud aut illud 25.

RAT. DVB. Obligatio constitutæ pecuniæ cùm sine stipulatione contrahatur, nunquam nouat præcedentem obligationem cui accedit *l. item illa* 18. §. *vlt.* vbi diximus & alibi *supr. hoc tit.* Ergo etiam post constitutum remanet prima obligatio in pristina sua natura. Atqui prioris obligationis natura & condicio illa fuit, vt debitor qui illud aut illud daturum se promiserat electionē haberet, vtrum soluere mallet, & alterutrum soluendo liberaretur in totum, quandoquidem in alternatiuis electio est debitoris *l. plerumque* 11. §. *vlt. inf. de iur. dot.* & vtraque res censetur esse in obligatione alternatiua perinde acsi esset sola *l. si duo* 128. *infr. de verb. oblig. l. cùm hereditas* §. *vlt.* & *l. vlt. infr. qui & à quib. manum. leg. si quis seruum* 8. § *si ita legetur de legat.* 2. quamuis alteutram solui sufficiat *leg. si illud aut illud eod. l. cùm illud* 25. *infr. quando dies leg. ced. l. debitor* 59. § *sed cùm testator inf. ad SC. Trebell.* Alioqui, vt benè ratiocinatur Accursius, non posset alterutrum constitui, si non vtrumq; deberetur *l.* 1. §. *debitum l. eum qui* 5. §. *quod exigimus sup.* Ergo quemadmodum si constitutum nullum factum esset, poterat debitor ex duabus rebus alternatiuè debitis eligere quam mallet soluere, & ea solutione in totum liberari, ita dicendum est, etiamsi constituerit se alteram soluturum, non eo magis tamen obligari, vt eam præstet, sed si alteram hodie præstare malit, audiendum esse, tanquam soluat ex priore obligatione: quod vtique sufficit, vt à constituti quoque obligatione liberetur, cùm vnicum sit debitum licèt duplex sit obligatio *d. l. item illa* §. *vlt.*

DEC. Non est audiendus debitor qui constituti fidem vult frangere, cùm ob hoc ipsum Prætor edictum hoc proposuerit, quòd graue sit fidem fallere *l.* 1. *in princip. supr.* Atquin is qui cùm illud aut illud deberet alterum constituit, & ita constituendo iam elegit, quid mallet soluere non minùs frangit constituti fidem si alterum quod non constituit soluere hodie velit, quàm si neutrum vellet soluere. Aliud enim soluere vult quàm quod constituit, quod fieri certè nullomodo potest, licèt aliud pro alio constitui possit *d. l.* 1. §. *an potest iunct. l. promissor* 21. §. *vlt.* vbi diximus *supr.* Ergo id ipsum soluere debet quod constituit, nec potest conqueri, quòd ita futurum sit, vt electionem quam priùs habuerat amittat, quippe quam ipse alterum constituendo sibi ademerit, & vltrò consumpserit: non enim ideo damus debitori electionem in alternatiuis, vt sæpius eligere possit, & variare, sed vt vbi semel elegerit, idipsum solùm in obligatione & solutione esse videatur. Nec obstat quod Accursius tanquā contrarium obiicit, eum qui constituit stipulatori, adhuc posse adiecto soluere, nisi soli stipulatori soluturum se constituerit *l. si ita stipulatus sim* 59. *infr. de solut. iunct. l. si verò* 8. *supr. hoc tit.* Nam qui Titio aut Sempronio tanquam solutionis causa adiecto debuit, si Titio soluturum se constituerit, & nihilominùs Sempronio soluerit, non ideò fidem constituti fregisse videri potest, cùm soluendo Sempronio etiam Titio soluere intelligatur, vt Paulus argumentatur in *d. l. si ita stipulatus.* At is qui cùm mihi Stichum aut Pamphilum deberet constituit Stichum, si posteà velit Pamphilum soluere, fidem constituti frangit, quia soluendo Stichum, non æquè videri potest Pamphilum quoque soluere, cùm sint res planè diuersæ, quarum vna alterius vice non fungitur *l.* 2. §. *mutui datio supr. de reb. credit.* Non autem similiter possis dicere duos esse creditores, si quis Titio aut Sempronio promiserit: solus enim Titius creditor est, non etiam Sempronius qui non nisi solutionis gratia adiectus fuit, nec adiici potuit. Proinde nulla hîc electio iuris est, quasi plures sint creditores, vtri ex creditoribus malit debitor soluere, sed facti tantùm, cui potiùs velit soluere ex duabus personis, quæ tamen vnius tantùm creditoris vice funguntur. Itaque non propriè eligit qui Sempronio adiecto soluit, cùm etiam Titio qui solus creditor est, hoc ipso soluere existimetur. At verè eligit qui cùm Stichum aut Pamphilum deberet, Stichum constituit, perinde acsi Stichum solueret, neque mirum videri debet constitutum habere vim electionis, cùm

cùm habeat etiam vim solutionis *leg. idem est* 10. vbi diximus *supr.* Hoc verò nec Accursius, nec Bartolus intellexerunt, qui obiectionem hanc non aliter dilui posse putarunt, quàm si dicerent, in huius legis specie ponendum esse factum constitutum hoc expressim acto, vt illud solum solui posset, quod constituebatur. Exemplo eius quod in specie *dict. leg. si ita stipulatus*, distinctio adhibenda necessariò est, an is, qui stipulatori soluturum se constituit, quod etiam adiecto poterat soluere, adiecerit dictionem *soli* vt in *d. l. si verò* 8. *supr.* *an non vt in d. l. si ita stipulatus.* Quæ tamen distinctio in huius legis specie non modò non necessaria, sed etiam ridicula est.

1 ¶ Si iureiurando delato, deberi tibi iuraueris: cùm habeas eo nomine actionem: recte de constituta agis. sed & si non vltro detulero iusiurandum [a], sed referendi necessitate compulsus, id fecero: quia nemo dubitat modestius facere, qui referat: quàm vt ipse iuret: nulla distinctio adhibetur: tametsi ob tuam facilitatem: ad meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas.

Ad §. 1. Si iureiurando.

Rat. dub. Actio constitutæ pecuniæ nasci non potest, nisi constitutum præcesserit, vt nomen ipsum actionis satis indicat. Atqui constitutum non fit per iusiurandum, sed per pactum & cōsensum duorum siue inter præsentes pactum illud interuenerit, siue inter absentes per nuncium aut per epistolam *l qui autem* 14. §. *vlt. supr. hoc tit.* Ergo etiamsi deferente reo actor iurauerit constitutam sibi fuisse pecuniam, non ideo tamen nasci potest actio de constituta pecunia. Dec. Iusiurandum ab aduersario delatum, & iuxta formam delatam præstitum, plenissimæ probationis vim habet, ita vt postquàm iuratum est, non ampliùs quærendum sit, an debeatur id de quo iuratum est, sed tantùm an iuratum sit *l. non erit* 5. §. *dato iureiurando l. eum qui* 30. *supr. de iureiur.* Adeò vt ex eo iureiurando Prætor det non tantùm exceptionem iurisiurandi *l.* 1. *quar. rer. action. non dat.* sed etiam actionem *leg. actori* 8. *C. de reb. credit. & iureiur.* nec tantùm actionem in factum, de qua ibi agitur, quæ datur ex iureiurando ad exemplum iudicati: Sed etiam quod magis est actionem ex eo contractu, de quo iuratum fuit. Itaque si quis iurauerit me rem aliquam ei vendidisse precio centum aureorum, agere ex empto poterit, vt & cætera ei præstentur quæ præstanda essent, si emptio per testes probos, aut per instrumentum probaretur, id est vt ei res tradatur, & de euictione caueatur *leg. si duo* 13. §. *si quis iurauerit supr. de iureiur.* vbi additur idem esse si quis societatem se fecisse iurauerit. Eum namque actione pro socio sicut agere, ita & conueniri posse. Cur non igitur etiam de constituta pecunia rectè aget is qui deferente aduersario iurauerit constitutam sibi fuisse pecuniam? An fortè Prætor, qui actionem ex iureiurando induxit, difficilior erit in danda actione honoraria & prætoria, quàm ciuili? Præsertim verò cùm iusiurandum non tantùm probationis vim habeat, sed etiam pacti *l.* 2. *l. tutor* 35. §. *prodigus eod. tit.* vt proinde constitutum, quod per pactum fieri potest, etiam per iusiurandum fieri possit.

a *Sed & si non vltro detulero iusiurandum.* Rat. dub. Potest imputari aliquid ei qui iusiurandum detulit, quòd aduersarium in causa propria iudicem constituerit *dict. leg.* 1. *infr. quar. rer. action. non dat.* At ei cui iusiurandum delatum est, quique referre illud maluit quàm iurare, siue conscientia, siue modestia ductus id fecerit, non potest imputari cur non maluerit iurando vincere, cùm modestiùs fecerit quàm si iurasset: vt sunt plerique metu diuini numinis ad superstitionem vsque religiosi ne de eo quoque quod verum esse sciant iurare velint *leg. quæ sub condicione* 8. *infr. si quis omiss. caus. testament.* Ergo non debet teneri de constituta pecunia is quo referente iuratum est ab aduersario constitutam sibi fuisse pecuniam, ne modestia ei sua noceat, maximè verò cùm iuris necessitate causatiua, vt vocant, compulsus id fecerit, præsupposito quòd iurare nolit, manifestæ siquidem turpitudinis est nolle iurare, nec iusiurandum referre *leg. manifestæ* 38. *supr. de iureiur. leg. iusiurandum & ad pecunias* 34. §. *ait Prætor eod. leg. generaliter* 12. §. *sin autem Cod. de reb. credit.* Igitur distinctio hac parte adhibenda est, quam Papinianus adhibendam negat, vtrum detulero tibi iusiurandum ab initio, vt iures me tibi constituisse, & iuraueris, quo casu constat dandam esse tibi contra me actionem de constituta pecunia, quia vltro te iudicem elegi in causa tua propria: An verò te mihi iusiurandum deferente vt iurarem non fuisse tibi constitutam à me pecuniam, ego iurare noluerim, sed referre tibi iusiurandum maluerim, atque ita iuraueris me tibi constituisse, quo casu æquum sanè non videtur, vt perinde danda sit tibi contra me actio constitutæ pecuniæ. Nec enim solet aut debet cuiquam nocere id quod ex iuris necessitate fecerit *leg.* 2. *infr. de distract. pignor.* Dec. Tam ex relato iureiurando quàm ex eo quod delatum, & ex delatione præstitum est, dat Prætor perinde actionem, quia & quod refertur iusiurandum deferri dicitur, & vtroque casu eadem vis & potestas est iurisiurandi, vt & pacti vim habeat, & probationis: Perinde igitur vtroque casu danda est, ex iureiurando siue delato siue relato actio constitutæ pecuniæ, nec distinctio vlla adhibenda est, cùm tanti habuerit is qui iusiurandum retulit re carere potius, quàm iurare *arg. leg.* 4. §. *primo supr. de alien. iudic. mut. caus. factam.* Quid enim eum cogebat referre si noluisset? Nulla certè neque iuris neque facti necessitas, sed modestia tantùm ipsius, & vt Papinianus loquitur, verecundia. Malè verò Accursius hunc textum sic accipit, quasi de necessitate iurandi in persona eius cui iusiurandum relatum est, Papinianus senserit, cùm apertè verba ostendant sensisse illum de necessitate referendi iurisiurandi in persona eius cui delatum fuerat, quique per modestiam & verecundiam iurare noluerat.

a *Hoc ampliùs etiam inuito eo constituere posse.* RAT. DVB. Inuito beneficium non datur, vt habet iuris regula. Ergo inuito debitore constitui debitum ab alio non potest. Beneficium namq; in eo est, quòd si postea constituens soluerit, licet suo nomine soluerit, & ex propria obligatione, priorem tamen debitorem liberat, quia solutio proficit ad vtramque tollendam obligationem *l. item illa* 18. §. *vlt. supr.* Et verò ita posito iure, vt etiam pro inuito debitore possit quis constituere, alterutrum euenire necesse est, vt vel ex constituentis iactura locupletetur debitor, vel vt ei, qui pro eo inuito constituit, indemnitatem præstare etiam inuitus compellatur. Quod vtrumque absurdum videtur, & contra *l. nam hoc natura* 14. *sup. de condict. indeb. & l. vlt. C. de negot. gest.* DEC. Constitutũ in plerisq; solutionis vim obtinet *l. idem est* 10. *supr.* præsertim secuta quandocunq; postea solutione ex constituto *d. l. item illa §. vlt.* Atqui soluere etiam pro inuito possumus, vt eum liberemus, quia meliorem eius condicionẽ facere possumus, quamuis deteriorem non possimus *l. soluendo* 39. *supr. de negot. gest. l. solutione* 23. *infr. de solut. l. si Stichum* 8. §. *vlt. de nouat.* Ergo & pro alio inuito constituere quis potest. An verò is qui cõstituit & ex constituto soluit, regressum pro indẽnitate aduersus debitorẽ quem liberauit, habere debeat, alia quæstio est? In qua si ius vetus spectetur, non dubito quin negotiorum gestorũ actionem habere debeat, quia debitoris negotium vtiliter gessit, nec eo minùs quòd inuito debitore. Imò tanto magis, quòd, vt Seneca dicebat, duplex beneficium eo fe[illegible] qui inuitum cogit accipere. Si verò ius nouum spectemus, quod Iustinianus induxit in *dict. l. vlt. C. de negot. gest.* nulla ei actio competit quasi donasse videatur, qui vtiliter pro inuito negotium gessit, nec tam pecuniæ quàm beneficij debitorem acquirere sibi voluerit. Quod certè hodie post supradictam Iustiniani constitutionem ita est, cùm per eam abscissa sit spes omnis repetitionis, si domini, cuius negotia gesta sunt, prohibitio expressa præcesserit.

b *Vnde falsam putat Labeonis opinionem.* RAT. DVB. Pro Labeone, cùm quis pro alio inuito debitũ constituit, si debitor (sic enim legendum omnino est non *dominus* vt docuimus *libr.* 15. *Coniect. cap.* 5.) denunciet ei ne soluat, & nihilominùs cõstituens soluerit, imputari potest constituenti cur pro inuito soluerit. Neque verò æquũ est, vt quis inuitus obligetur, cùm obligationes omnes consensum illius qui obligatur exigant *l. in omnibus* 55. *& l.* 57. *infr. de oblig. & act.* Ergo si is qui constituit & soluit, contra eum agere velit de cõstituta pecunia, quod summo iure facere potest, danda est contra eum exceptio in factum, vt dari solet contra quemlibet actorem, cui aliquid imputari potest. DEC. Is qui constituit semel obligatus fuit vt solueret: Ergo factum debitoris ei denunciantis ne soluat, non debet eum excusare. Vnde Bartolus infert generaliter, vt solet, protestationem & denunciationem inhibitoriam eius actus ad quem quis tenetur, nullius esse momenti *arg. l. Quintus* 48. *inf. mandat. l. si fideiussor infr. de fideiuss.* Quod tamen vereor ne non sit tam generaliter verum, vt constat ex *l.* 3. *C. de nouat.* & aliis plerisque locis, ex quibus apparet propositionẽ hanc certis distinctionibus esse tẽperandam, de quibus erit alius fortasse commodior dicendi locus. Illud duntaxat obseruatione dignum ad hanc legem mihi videtur, quod ex Pomponij & Labeonis dissensione quam hic Vlp. refert, videtur Iustinianus materiam sumpsisse, & caussam condendæ nouæ cõstitutionis quæ extat in *d. l. vlt. C. de negot. gest.* Vbi tamen magis inclinat in sententiam Labeonis, quæ in hac lege & à Pomponio & ab Vlpiano tanquã falsa reprobatur.

28. CAIVS libro 4. ad Edictum Prouinciale.

VBi quis pro alio constituit se soluturum: adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet.

Ad l. Vbi quis 28.

RAT. DVB. Interuentu nouæ personæ, quæ pro alio se obligat, delegatio facta esse intelligitur inspecto iure Pandectarum, cùm delegare nihil aliud sit quàm vice sua reum alium substituere *l. delegare* 11. *infr. de nouat.* & consequenter nouatio: quandoquidem delegatio nunquam fit sine nouatione, estque potissima species nouationis *l.* 1. *l. si quis delegauerit* 12. *& pass. eod. tit.* Quamuis noua Iustiniani constitutio in *l. vlt. C. de nouat.* hoc ius vetus correxerit, & induxerit, vt non magis interuentu nouæ personæ quàm nouæ rei fiat nouatio, nisi specialiter id dictum & expressum sit. Atqui cùm quis constituit se pro alio soluturum, interuenit noua persona debitoris se in alterius locum substituentis. Ergo fatendum videtur Caij temporibus, cuius hæc lex est, ita ius fuisse, vt per huiusmodi constitutum fieret nouatio, quamuis non æquè si pro seipso quis constituisset, ac proinde vt non maneret obligatus is pro quo constituebatur: Siquidem nouatio nihil aliud est, quàm prioris obligationis peremptio & in sequentem transfusio *d. l.* 1. *eod.* DEC. Delegatio semper quidem nouatio est, sed nunquam fit sine stipulatione §. *praeterea Instit. quib. mod. tollit. oblig. l.* 1. *& pass. C. de nouat.* Atqui constitutum non admittit interuentum stipulationis, alioqui constituens non de constituta pecunia, sed ex stipulatu teneretur §. *de constituta Instit. de action.* Ergo nec ius vetus tale esse potuit, vt is, pro quo alius constituisset, obligatus non maneret. Quisquis enim obligatus semel fuit, eum necesse est tandiu manere obligatum quandiu liberatus non est, aut solutione, aut nouatione, aut quo alio ex iis modis quibus tolli solet obligatio. Et ita scriptum est in *l. item illa* 18. §. *vlt. supr. l. si filiusfamilias* 15. *infr. de in rem vers.* Nec placet exceptio quam addunt Accursius & Bartolus, hoc ita esse nisi animus nouandi probetur. Non enim sufficit animus solus nouandi, si non interueniat etiam stipulatio ad faciendam nouationem, sicuti nec sufficeret stipulatio quæ non nouandi animo facta esset *leg.* 2. *l. si Stichum* 8. *& pass. de nouat.* Nec simile est quod obiiciunt ex *l. pen. de stipulat. prætor.* Ibi enim decretum Prætoris de interponenda stipulatione in breuiorem diem non tam nouatur, quàm tollitur & immutatur per posterius quod factum est in diem longiorem, propter incompatibilitatem, quia non potest fieri, vt quid promittatur in diem breuiorem simul & longiorem. At nunquam incompatibile est, vt manente constituto maneat etiam prima obligatio, quæ in constitutum deducta est, quoniam posterior foret, non tollit priorem: Præter id quod diximus, constitutum nunquam fieri per stipulationem, sine qua tamen nunquam fit nouatio.

19. PAVLVS libro 24. ad Edictum.

QVi iniuriarum, vel furti, vel vi bonorum raptorum actione tenetur: & constituendo tenetur.

Ad l. Qui iniuriarum 29.

RAT. DVB. Debitum quidem ex quocunque contractu cõstitui potest *l. 1. §. pen. supr.* sed ex delicto non videtur posse constitui, quia quod debetur ex delicto, pœna est. Pœna autem debetur & exigitur etiam ab inuito ad vindictã & vltionẽ publicam, & sola legũ authoritate, quæ nõ indiget, vt accessione constituti pœnæ exactio fiat certior aut facilior, nec rursum curat an fidem cõstituti frangat is qui deliquit, cùm ad pœnã satis obligatũ eum habeat. Maximè verò procedit hæc dubitandi ratio in actione iniuriarũ, quæ persecutionẽ rei nullã continet, ideóq; nec in bonis nostris esse dicitur antequàm ex ea litem contestemur *l. iniuriarum 28. infr. de iniur.* nec heredi aut in heredem datur *l. iniuriarum 13. in princip. eod. l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* Itaque nullum videtur præcedere debitum quod constitui possit, quamuis iniuriarum actio iam nata sit, quia nec aliud in condemnationem deduci potest quàm æstimatio iniuriæ arbitrio iudicis facienda *l. constitutionibus 37. §. 1. infr. de iniur.* Relatione scilicet facta ad tempus non quo res iudicatur sed quo iniuria facta est *l. iniuriarum 21. eod. tit.* Ac proinde ante sententiam & condemnationem nesciri potest, quid & quantum debeatur. DEC. Constitui potest non tantùm ex quocunque contractu, sed etiam ex quacunque causa, vt scriptum est in *d. l. 1. §. pen. supr.* Ergo etiamsi ex delicto debeatur. Est enim etiam huius debiti causa iusta, licet factum ex quo nascitur, sit iniustum *l. 1. de iniur.* nec quod incerta sit summa & quantitas futuræ condemnationis ad rem facit. Sufficit enim certum esse, quòd subsit debitum, & quòd quantitas debiti per sententiam & condemnationem certa fieri aliquando possit, vt rectè hîc docet Accursius ex *l. id quod 19. §. 1. supr.* Sed non possum probare, quod idem Accursius putat, tantùm esse in actione iniuriarum, quanti actor in litem iurauerit, nullo enim casu puto admittendum, vt æstimatio iniuriæ fiat per iusiurandum actoris, sed semper officio iudicis siue de actione iniuriarum prætoria tractemus, siue de ea quæ descẽdit ex lege Cornelia *l. apud Labeonem 15. §. quod ait Prætor l. sed si vnius 17. §. seruus meus de iniur.* quamuis non ignorem nostros ita distinguere solitos ad *d. l. iniuriarum 28. eod. tit.* Neque verò inutile constitutum est, eius debiti quod fit ex delicto. Quamuis enim legum potestas ad exigendam à delinquente pœnam neque constituti neque alio vllo adminiculo indigeat, prodest tamen constitutum ad probandum quasi ex confessione delictum *leg. furti 6. §. pactũ, quæ supr. de his qui not. infam.* Itémque vt tanto facilior fiat pœnæ exactio: Nam si nec eos qui ex ciuili tantùm causa debent, patitur Prætor fidem frangere *leg. 1. supr.* quanto minùs patietur eos frangere qui delinquendo fregerunt iam obseruantiam legibus debitam, séque ob eam causam minùs fauorabiles præstiterunt?

30. IDEM libro 2. Sententiarum.

SI quis duobus pecuniam constituerit, tibi aut Titio: & si stricto iure propria actione pecuniæ constitutæ manet obligatus, etiam si Titio soluerit, tamen per exceptionem adiuuatur.

Ad l. Si quis duobus 30.

RAT. DVB. Cùm quis adiectus est in constituto, licet solutionis tantùm causa, si ei soluatur, perinde tollitur obligatio constitutæ pecuniæ, ac si creditori principali, cui cõstitutum fuit, solutum esset *l. si verò 8. supr. hoc tit.* nihil enim refert quantum ad liberationem, an quis soluat creditori an adiecto solutionis gratia, quoniam adiectus mandatum habere intelligitur ad solutionem accipiendam *leg. si stipulatus sim 59. l. qui res 98. §. mihi Romæ l. aliud 106. infr. de solut.* Ergo non potest durare obligatio constitutæ pecuniæ post factam adiecto solutionem. Nec si ponas in priore obligatione, ac stipulatione non fuisse hunc adiectum solutioni. Nam potest quidem ea res facere, vt à priore illa obligatione, & actione non liberetur: Sed non æquè, vt propria actione cõstitutæ pecuniæ manere debeat obligatus. DEC. Refert multùm an quis in constituto tantùm adiectus sit solutionis gratia, an etiam in priore obligatione. Hoc enim posteriore casu qui soluit adiecto, ipsi creditori soluere intelligitur, quia iussu & mandato eius soluit, cùm creditor ipse sit qui stipulando adiecit hunc in stipulatione vt solui ei posset *d. l. si ita stipulatus*, vnde est quod mandati actione tenetur adiectus, vt eam pecuniam creditori reddat *d. §. mihi.* At priore casu cùm quis in constituto solutionis tantùm gratia adiectus est, non potest videri solutio ei facta esse iussu & mandato creditoris, cuius factum in constituto nullum interuẽnit, sed in eo tantùm quod constitutum agnouit. Non enim fit constitutum ab eo cui constituitur, sed ab eo tantùm, qui constituit, cùm tamen stipulatio initium sumat à stipulatoris interrogatione. Ergo etiamsi ei qui in constituto duntaxat adiectus fuit, solutum proponatur, fatendum tamen est, promissorem remanere obligatum, non modò priore actione ex stipulatione, id est certi condictione, vt Accursius interpretatur, sed etiam propria actione constitutæ pecuniæ. nunquam enim ipso iure tolli potest obligatio, nisi cùm soluitur vero creditori, aut alij ex veri creditoris iussu, & mandato: quod hîc non contingit. Sed tamen quia verum est creditorem, qui huiusmodi constitutum admisit, consensisse, vt ei, qui in cõstituto adiectus fuerat, solueretur, quod nec impedire poterat, etiamsi maximè voluisset: quia certam legem ab initio constitutum habuit, quam immutare posteà creditor non potuit, vt de stipulatione, quæ adiectum habebat, scriptum est in *leg. vero procuratori 12. §. penult. infr. de solut.* Ideo dicimus repellendum creditorem exceptione doli, si post solutionem adiecto factam pergat agere propria actione constitutæ pecuniæ aduersus promissorem, vt ab eo constitutam pecuniam adiecto iam so-

iam solutam iterum exigat, & duplici eum oneret eiusdem pecuniæ præstatione. Et hæc certè vera germanaque huius legis sententia est, nec ab Accursio intellecta, qui verba illa *propria actione* vel delet, vel ita saltē interpretatur acsi deleta essent, cùm ea explicat de condictione certi quæ competebat ante constitutam pecuniam, & pro pecunia postea constituta, non de actione ipsa constitutæ pecuniæ, de qua tamen disertè lex loquitur, nec à Bartolo, qui comminiscitur factam esse adiecto solutionem ex priore obligatione non ex constituto, quod apertè non modò commentitium, sed etiam falsum est. Quonam enim iure aut colore solueret promissor ex stipulatione ei qui in stipulatione adiectus non fuit? Nec denique à Cuiacio, qui verba illa *propria actione* sic emendat, vt malit legere *priori actione* quod in Accursij interpretationem recidere planè videtur. Eámque emendationem nos pluribus confutauimus *libr.* 5. *Coniecturarum capit.* 3. vbi & cætera omnia, quæ ad pleniorem huius legis explicationem pertinent, latiùs prosecuti sumus.

31. SCÆVOLA libro 5. Digestorum.

LVcius Titius Seiorum debitor decessit. Hi persuaserunt Publio Mæuio, quòd hereditas ad eum pertineret: & fecerunt, vt epistulam in eos exponat, debitorem se esse, quasi heredem patrui sui confitentem. qui & addidit epistulæ suæ, quod in rationes suas eadem pecunia peruenisset. quæsitum est, cùm ad Publium Mæuium ex hereditate Lucij Titij nihil peruenerit: an ex scriptura proposita de cōstituta pecunia conueniri possit: & an doli exceptione vti possit. respondit, nec ciuilem eo nomine actionem competere: sed nec de constituta, eum teneri, secundum ea, quæ proponerentur. idem quæsiit, vsurarum nomine[a], quod ex causa suprascripta datum sit, an repeti possit. respondit, secundum ea, quæ proponerentur, posse.

Ad l. vlt. Lucius Titius.

RAT. DVB. Tam alienum quàm proprium debitum constituere quis potest, perindéque valet constitutum dummodo aliquod debitum reuera subsit *l.* 1. §. *debitum l eum qui Ephesi* 5. §. *quod exigimus l. hactenus* 11. *supr. hoc tit.* Atqui in proposita specie verum est constitutam fuisse à Publio Mæuio pecuniam quæ à Lucio Titio debebatur Seij creditoribus, quibus & Publius Mæuius eam constituit. Ergo quamuis eam constituerit tanquam heres Lucij Titij patrui sui, cùm non esset, non eo minus tamen teneri debet de cōstituta pecunia, quòd non suum, sed alienum debitum constituerit: præsertim cùm adiecerit in epistola *quòd in rationes suas eadem pecunia peruenit.* Nam siue ad eum patrui hereditas peruenerit, siue non peruenerit, videbatur Publius Mæuius iis verbis suum fecisse debitum, quod erat hereditarium, cùm fateretur ex ea pecunia factum se locupletiorem, locupletior autem ex aliena iactura fieri nec potuerit, nec debuerit, quin hoc ipso se ad restitutionem obligauerit *l. nam hoc natura* 14. *supr. de cond. indeb. l. iure natura* 106. *de reg. iur.*

DEC. Non valet constitutum, nisi quod habeat consensum & constituentis, & eius cui constituitur *l.* 1. *supr.* Nihil autem consensui tam contrarium est, quàm error & dolus, aut vis & metus qui nunquam est sine dolo *l. nihil consensui* 116. *in princip. &* §. *vltim. de regul. iur. iunct. l.* 1. *Quod met. caus. l.* 2. §. *doli mali infrà vi bonorum raptor.* Atqui in proposita specie interuenit error Publij Mæuij existimantis se patrui esse heredem cùm non esset, & eam pecuniam in rationes suas peruenisse quæ non peruenerat: ex parte verò Seiorum creditorum etiam dolus interuenit, qui persuaserunt Publio Mæuio vt talem epistolam in eos exponeret, per quam fateretur se & patrui heredem esse, & pecuniam ab iis Lucio Titio creditam in rationes suas peruenisse; quod vtrumque tamen falsum erat, cùm reuera nihil ad Publium Mæuium ex Lucij Titij hereditate peruenisset, vt Scæuola hîc ponit. Ergo fatendum est ex eiusmodi scriptura & epistola, sicuti actio ciuilis nulla nasci potest, ita neque actionem de constituta pecunia posse competere. Ea namque demum constituta conseruat prætor, quæ bona fide facta sunt, non quæ dolo malo aut per errorem. Et quisquis alienum debitum constituit, ita demum obligatur, si sciens alienum constituerit, & tanquam alienum, non etiam si tanquam proprium: in eo siquidem error versatur, qui efficit ne constituti fidem videatur frangere debitor, etiamsi recuset soluere alienum debitum, quod constituit, non constituturus haud dubiè, si alienum sciuisset. Nec enim tam faciles sunt hominum voluntates, vt pro alieno debito se obligent, quàm vt pro suo sic in *l. si cum te* 51. *supr. de pact.* Aliud ergo esset si Publius Mæuius debitum hoc quasi defuncti debitum & hereditarium constituisset, vt benè Accursius notat ex *l. si pœna* 19. §. 1. *supr. de cond. indeb. & d. l. hactenus* 11. *in princip. supr.* Quid? An non sufficiunt verba epistolæ, vt probent pecuniam hanc quæ à Lucio Titio debita, & à Publio Mæuio constituta fuit, in rationes Publij Mæuij peruenisse? ex *l. Publia* 26. § *vlt. infrà depos.* Negat Bartolus, quia, inquit, licèt pecunia quam alij dedisti vel credidisti, ad me peruenerit, non ideo tamen sum tibi obligatus *l. his solis* 49. *suprà de condict. indeb. l. non aduersus* 15. *C. si cert. petat.* Ego addo verba enunciatiua epistolæ fidem equidem facere & probationem inter easdem partes, sed in dubio tantùm, id est, ita demum si non contrarium probetur. Salua enim semper est, vt esse debet veritatis contra præsumptionem *l. si chirographum* 24. *& seq. l. Imperatores* 29. §. 1. *inf. de probat.* Hic autem ponit Scæuola pro certo & probato, neq; pecuniā hāc neq;

aliud quicquam ex Lucij Titij hereditate ad Publium Mæuium peruenisse, sed ad alium, quisquis ille fuerit, Titij heredem. Potest enim hæc negatio probari, probata adfirmatione contraria.

a *Idem quæsiit Vsurarum nomine.* RAT. DVB. Pœnæ depensæ non solent repeti *l. pœnæ 41. supr. De cond. indeb.* Atquin vsuræ non nisi pœnæ nomine præstãtur, quia non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium infliguntur *l. cùm quidam 17. §. si pupillo infr. De vsur.* Ergo quod vsurarum nomine in specie proposita solutum est, repeti non potest, nec si vsuræ ipsæ sint omnino indebitæ, id est, ne nudo quidem pacto promissæ *l. si non sortem 26. in princ. sup. De cond. indeb.* Addit Bartolus pro ratione dubitandi, in hac specie tutũ fuisse promissorem exceptione doli, exceptionem autem hanc non esse fauorabilem, sed odiosam *l. licèt famosa 7. §. nec exceptiones De obsequ. parent. & patron. præst.* Porrò eos qui eiusmodi exceptionibus odiosis non fauorabilibus tuti sunt si soluerint, non posse repetere *l. qui exceptionem 40. supr. De cond. indeb.* DEC. Indebiti condictio competit, quoties indebitum soluitur ab ignorante & per errorem *l. 1. & pass. eod. ill. tit.* Neque ab ea generali regula excipiendæ sunt vsuræ indebitæ, nisi cùm sors debita fuit vt in *d. l. si non sortem in princip.* Nam neque vsura pœna est, nec propter moram non soluentis infligenda, nisi eo casu quo debetur. Atqui in proposita specie neque sors fuit debita, neque promissæ vsuræ sunt per stipulationẽ, adeóque nec per epistolam, quæ tamen citra vinculum stipulationis non debentur *l. 3. C. de vsur. l. Titium 24. infr. De præscr. verb.* Ergo quamuis debitũ Lucij Titij fuerit vsurarium, quod necessariò ponendum est, vt quæstioni de vsuris à Publio Mæuio non promissis locus fieri possit, dicendum tamen est vsuras à Publio Mæuio solutas repeti posse tãquam indebitas, & per errorem solutas, & quidem facti, cùm Publio Mæuio persuasum esset à Titij creditoribus hereditatem Titij ad Publium Mæuium pertinere, quæ ad alium pertinebat, & ex hereditate illa Titij pecuniam debitam in rationes Publij Mæuij peruenisse, quę nõ peruenerat. Quod verò Bartolus obiicit de doli exceptione odiosa, quæ non possit inducere repetitionẽ soluti ex *dict. l. qui exceptionem* ridiculum est, non ob id solùm, quòd in proposita specie nullus possit esse locus exceptioni doli, quippe quæ supponit aliquam præcedentem actionem, quam possit excludere, vt & cæteræ exceptiones omnes *l. 2. infr. De except.* Hic autẽ nulla subest actio, quæ per doli exceptionem summoueri possit, vt disertè ait Scæuola, ne quidem de constituta pecunia, sed etiam quia falsum est, exceptionem doli esse odiosam, cùm sit omnium fauorabilissima si causam æquitatis inspicias ex qua proficiscitur. Falsum item, cum qui tutus exceptione doli soluerit, non posse repetere, vt constat ex *l. qui se debere 7. supr. De cond. caus. dat.* vbi diximus. Falsum denique quod respondet Bartolus de exceptione facti seu intentionis, vt ex iis etiam quæ scripsimus ad *d. l. qui exceptionem*, latiùs apparet.

COMMODATI VEL CONTRA.

TIT. VI.

I. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

AIT Prætor: *Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo.*

Ad l. 1. Ait Prætor.

Incipit Vlpianus, vt solet, à verbis edicti, quibus Prætor actionem Commodati proposuit. Nam sub generali Titulo De rebus creditis, etiam de commodato & de pignore edixit *l. 1. supr. De reb. credit.* Ex quo apparet commodati actionem non esse ciuilem, vt vulgò, post Accursium, nostri putant, sed prætoriam, cùm ipso Prætoris edicto promittatur, vt & actio pignoratitia, & depositi, de quibus dicendum erit in sequentibus: nec ad rem pertinet quod inter commodantem & eum qui accipit commodatum, geritur negotium, ex quo proinde nascuntur præstationes & obligationes ciuiles, vt constat ex *l. in commodato 17. §. sicut infr. hoc tit.* cùm sit commodatum conuentio iuris gentium qua res gratis vtenda datur ad tempus, finem, modúmve certum, ea lege vt eadem ipsa reddatur, vt Cuiacius in Paratitlis definit. Nam respondemus, per commodatum quidem contrahi συνάλλαγμα, sed nihil aliud ex eo inferri posse, nisi quod libenter admittimus, ex commodato etiam

ante

ante edictum Prætoris nasci, & dari potuisse ciuilem in factum actionem, quæ Præscriptis verbis appellatur, de qua in *l. si gratuitam 17. in princ. infr. De præscr. verb. l. iuris gentium 7. in princip. supr. De pact.* Etsi enim conuentiones quæ transeunt in propriũ nomen contractus, proprij quoque nominis actionẽ parere solent, *d. l. iuris gent.* Falsum tamen est quod Iacobus Cuiacius, & alij plerique post Bartol. tradiderunt, non dare actionem Præscriptis verbis, nisi ex contractibus innominatis & cũ alia actio nominata nulla cõpetit. Non. n. quod contractus certum & proprium nomen habeat, impedit aut extinguit negotium illud, & συνάλλαγμα, ex quo nascitur actio Præscriptis verbis, vt videre est in contractibus emptionis, donationis & permutationis, qui licèt proprium habeant nomen, non eo minùs tamen pariunt actionem Præscriptis verbis, si certa lege fiant *l. 2. C. de pact. iur. empt. & vend. l. 1. 2. & pass. l. vlt. C. de rer. permut.* Quo exemplo dicimus nihil vetare quominùs ex Commodato, quod semper fit ea lege, vt reddatur, actio Præscriptis verbis competat etiam hodie quæ ante propositum Prætoris edictum competebat, & prætereà actio commodati prætoria, quæ in eo maximè differt ab actione Præscriptis verbis quod bonæ fidei est, cùm actiones omnes Præscriptis verbis sint strictæ, excepta illa quæ De æstimato datur, quam æstimatoriã appellamus, item ea quæ ex permutatione competit *§ action. Instit. De action.* Post quam actionem Commodati propositam à Prætore stultus sanè esset, qui mallet agere ciuili actione Præscriptis verbis. Nam quod dicitur frustra desiderari honorariam actionem, cùm ciuilis competit *l. 1. supr. De public. in rem act.* tunc obtinet cùm ciuilis plenior est, aut saltem æquè plena: quod non contingit, cùm honoraria bonæ fidei est, vt in casu nostro, ciuilis autem stricti iuris. Nec possum probare quod quibusdam iuris doctissimis placere video, commodati actionem adprobatione tantùm esse prætoriam, sed origine ciuilem. Etsi enim prætor non induxit contractum commodati, quem sanè fatendum est esse iuris gentium, induxit tamen actionem Commodati, quæ non similiter potuit esse iuris gentium, ex quo constat nullas fuisse proditas actiones, & quam ius ciuile nullam agnouit ante propositum edictũ Prætoris, vt proinde possit longè verius dici actionem Commodati esse prætoriam origine, non etiam iuris ciuilis, nisi adprobatione. Idque apparet euidẽtiùs ex eo, quod in hac ipsa lege Vlpianus notat, quasi nouum quid & notatu dignum, Prætorẽ qui hoc edictum concepit, fecisse Commodati mentionem, cùm Pacuuius prætor, alius & tempore anterior vtendi dati mentionem fecisset. Cur enim hoc ita, si iam ante Pacuuium comparata erat iure ciuili actio aliqua siue Commodati siue vtendi dati? An non enim debuisset Prætor edicto suo subscribere nomẽ iuris ciuilis in ea actione probanda, quã ius ciuile primùm induxisset? Fuit ergo ante hoc edictum à posterioribus prætoribus ita conceptũ incognita & inaudita Commodati actio, nec minùs prætorio iure quàm ciuili. Nec sanè video cur Prætor inducturus fuerit actionem honorariam eiusdem prorsus & nominis & effectus, cuius esset actio iam antè ciuili iure prodita, & comparata, *arg. l. 2 §. vlt. infr. Vi bonor. rapt.* Sicut enim neque natura neque lex frustrà quicquam facit, ita neque Prætor. Neque possum satis mirari istorum ingenia, qui negant honorariam actionẽ eam esse quæ aliquo prętoris edicto nominatim & specialiter inducta sit. In quorum numero eos pono, qui ausi sunt negare, quod in vltima Chiliadis nostræ parte toties scripsimus, actionem rerum amotarum esse prętoriam, cùm edicto Prætoris permittatur, aut, vt Cuiacius legit & meliùs *promittatur in l. 2. C. rer. amot.* Volunt enim esse ciuilem, vt faciant condictionẽ, nostrámque vellicent emendationem, quę hoc potissimùm argumento negationem addit in *l. rerum 26. infr. eod. ill. tit.* cùm fateri cogantur condictionem omnem esse iuris ciuilis nullam prætoriã. Nec habent quod nobis obiiciant præter actionem hanc Commodati, itémque illam Depositi de qua in *l. 1. infr. Depositi*, quasi nec dubitandum sit, quin ciuiles actiones sint ob id solùm, quòd ex contractu nascantur, licèt edicto quoq; Prætoris propositæ sint. Nisi fortè putãt cum Cuiacio [sunt enim, quod laudo, Cuiaciani] etiam actiones Commodati, Depositi & alias prętorias, & quibus non intenditur dari quid oportere, posse nihilominùs dici condictiones, contrà quàm scriptum sit in *§. appellamus Instit. De action. & §. sic itaque eod.* tótq; aliis nostri iuris locis quibus negatur posse quemquam rem suam condicere, nisi à fure *l. vlt. supr. vsufr. quemadm. cau. l. 1. §. vlt. supr. de condict. tritic. & in l. si quis inficiatus 13. §. 1. infr. depos.* vbi disertè scribit IC. depositarium numquã teneri condictione, ex eo solo quòd depositum acceperit, sed tum demùm incipere teneri cùm depositum inficiatus est, & ita rei depositæ furtum facere cœpit. Neque verò videtur lex duodecim tabularum alias actiones induxisse, quàm quæ dominij translationem aut inducunt aut præsupponunt. Alioqui si de quolibet contractu actionem dedisset, aut de iis saltem qui in hominum vsu frequentiores sunt, an fortè hypothecariam prætermisisset cũ hypothecæ contractus sit fuerítque semper omniũ frequentissimus? Et tamen nemo dubitat quin hypothecaria actio, & quasi Seruiana sit Prætoria, vt & Seruiana ipsa. *§. item Seruiana Instit. De action.* Idem de actione Ad exhibendum tractari potest, cuius vsus non modò vtilis, sed etiam necessarius est plerunque ad ciuilem vindicationem instituendam *l. 1. supr. ad exhib.*

1 ¶ Huius edicti interpretatio non est difficilis. vnum solummodò notandum, quod, qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, cùm Pacuuius vtendi fecerit mentionẽ. Inter commodatum autem & vtendum datum, Labeo quidem ait, tantum interesse, quantum inter genus & speciem. commodari enim rem mobilem, non etiam soli: vtendam dari etiam soli. sed, vt apparet, propriè commodata res dicitur, & quæ soli est, ídque Cassius existimat. Viuianus amplius etiam habitationem *commodari posse ait.

Ad §. 1. Huius edicti.

RATIO DVB. Inter commodatum & vtendum datum videtur tantum interesse quantum inter genus & speciem, & latiùs patêre appellationem vtendi dati, quàm commodati. Vtendam enim dari rem quamlibet etiam soli: Commodari autem rem duntaxat mobilem, nec eam quamlibet, cùm pecunia & aliæ res, quibus citra abusum vti non possumus, non nisi dicis causa commodari possint *l. 3. §. vlt. infr. hoc tit.* Et ita Labeo putabat, quem hîc Vlpianus refert. Meliùs ergo Pacuuius de vtendo dato edixerat, quàm recentiores Prætores de commodato. Tanto enim melior lex est siue ciuilis, siue prætoria, quanto generalioribus verbis concepta est, vt plures casus complecti possit *l. ait Prætor 5. infr. De re iudic.* DEC. Propriè commodata res dicitur etiam illa, quæ soli est vt ex Cassij sententia Vlpianus hîc concludit, addens Viuianũ qui Cassianus procul dubio fuit, nõ solũ eam Cassij sententiã probasse sed hoc amplius existimasse, habitationẽ quoque commodari posse, quæ tamen nec mobilis res est nec immobilis, sed tota vel in iure consistens si pro seruitute accipiatur *l. cùm antiquitas 13. C. de vsufr.* vel in facto, vt in *l. penult. supr. De capit. minut.* & meritò. Quid enim aliud est commodare quàm prodesse & beneficio adficere? *d. l. in commodato 17. § sicut infr.* Nam & inde est, quòd omne cõmodatum gratuitum esse debet, alioqui degenerat in locationem *paragraph. item is cui in fin. Institut. quibus mod. re contrah. obligation.* Itaque aut pro synonymis habenda sunt commodatum & vtendum datum, quomodo accipiuntur in *dict. §. item is cui*, aut fatendum est latiùs patêre, aut saltem non minùs latè commodati, quàm vtendi dati appellationem.

a *Viuianus amplius etiam habitationem.* Sic habet Florentina lectio, & meliùs quàm vulgata quæ pro Viuiano habet Iulianum. Nam hæc eadem Viuiani sententia existimantis etiam habitationem cõmodari posse, & ex ea causa commodati actionem competere, refertur ab Vlpiano nostro in *l. si gratuitam 17. infr. De præscript. verb.* quæ sumpta est ex eodem, ex quo hæc quoque lex Vlpiani libro 28. *ad Edictum.* Vlpianus tamen eo loco, etsi non negat habitationem commodari posse, nihilominùs addit esse tutius agi eo nomine Præscriptis verbis, ita innuens dubitare se, ne commodati actio locum habere in ea specie non possit, quasi possit Commodati contractus latiùs patêre quàm actio commodati. Ex quo loco intelligimus quàm verum sit, quod suprà diximus, ante propositum edictũ Prætoris actionem Commodati ciuilem nullam fuisse, sed tantùm præscriptis verbis ciuilem, & de ea debere intelligi quod scriptum est in *d. l. in commodato §. sicut.* Cur non enim pro aliis rebus commodatis perinde atque pro habitatione commodata, Præscriptis verbis actio competiisset? Ratio autem dubitandi ad hunc versiculum petenda ex eo videtur quòd habitatio, siue in iure siue in facto consistere dicatur est quid incorporale. Nam & iura & facta incorporalia sunt *Tit. De reb. corpor. & incorp. & l. vbi autem 75. §. qui id quod infr. De verborum obligationibus.* Res autem incorporales non videntur posse commodari summo iure, præsertim verò seruitutes, sicut neque dari pignori *l. si is qui 11. §. vltim. & l. sequ. infr. De pignor.* Est enim commodatum ex eo contractuum genere, qui re, id est traditione perficiuntur *dict. §. item is cui Institut. quib. mod. re contr. obligat. l. 1. § is quoque infr. De obligation. & action.* Quæ verò sunt incorporalia, ea tradi non possunt, quia nec possunt tangi *l. 1. §. vltim supr. De rer. diuis.* Item commodata res eadem reddi debet, quia nec dominium eius amittitur nec possessio *l. rei commodatæ 8. infr hoc titul.* Non autem redditur eadem habitatio, quæ commodata fuit, cùm de habitatione dici possit, quod de vsufructu scribit Vlpianus in *l. 1. §. interdum supr. De vsufr. acc. ad. resc.* vsumfructum quotidie constitui. Alia enim est vnius diei habitatio, alia alterius *l. item quæritur 13. in fi. infr. locat.* Sed decidendi ratio est, quòd habitatio, licèt non possit tradi habitato sola tanquam seruitus, tradi tamen potest cum domo in qua habitatur. Vnde & apud Accursium quidam habitationem hîc sumunt pro domo ipsa, quæ habitationis vsum præbet. Ne obstet huic legi quod Pomponius scribit in *l. in ædibus 9. in princip. infr. De donat.* donationem videri, si quis in alienis ædibus gratis habitet, quasi id ipsum capere videatur qui habitat, quod mercedem pro habitatione nullam soluit. Sed facilis responsio est differre commodatum à donatione in eo quòd commodatum semper certo vsu certóque tempore concluditur, non etiam donatio: quamuis extra hanc differentiam proximè accedat commodatum ad donationem, quia vterque contractus ex mera concedentis liberalitate proficiscitur, cùm gratuitum, vt diximus, commodatum esse debeat. Commodato autem proximum est precarium, quia æquè ex liberalitate proficiscitur, & ideò ad donationis quoque potiùs quàm ad contractus causam pertinere dicitur in *l. interdictum 15. infr. De precar.* in quo tamen differt à commodato, de quo nemo ambigit, quin sit contractus & quidem bonæ fidei *§. actionum Instit. De action.* quod de precario non similiter dici potest, adeóque nec de donatione propriè, cùm in ea tractatus nullus præcedat *d. l. interdictum*, & quam si contractum dicere quis velit, certum tamen est, non esse bonæ fidei *l. eum qui 22. infr. De donation.* Et tamen habitationem precariò quoque dari posse constat ex *leg. 2. Codic. de precar.* Quidni ergo & multo magis commodari? Multa enim sunt quæ facere videntur, vt precariò dari habitatio stricto iure non possit, vt ex iis apparet, quæ nos in hanc rem scripsimus in Chiliade *De error. pragmat.* Sed publicæ vtilitatis gratia contra strictam iuris rationem admissum hoc videtur. Publica enim vtilitas hoc maximè suadet, vt contractuum & conuentionum omnium potestas & natura extendatur quàm latissimè fieri potest, propter vtilitatem commerciorum, vt constat ex *dict. leg. sed an via duodecim. infr. De pignor. leg. quart. supr. De seruitut.* Aliud ergo est commodari aut precariò dari domum in qua habitetur, aliud verò ipsam habitationem, quæ cùm redditur, eadem sanè redditur, quæ commodata vel precariò data fuit, sed ita tamen si ad futuri temporis non ad præteriti vsum referatur. Nam in vsu præteriti temporis certè donatio quædam versatur *dict. leg. in ædibus.* Quod & Bartolus benè notat, quamuis contractus ipse non sit donatio, sed commodatum, vt diximus. Planè etiam vestimenta commodari possunt *l. 5. §. quinimò infr. hoc tit.* Sed

precariò

precatio dari stricto iure meo iudicio non possunt, ne reuocato precario intempestiuè quod ad nutum reuocantis fieri potest, nudus & sine vestimentis maneat is qui precariò rogauerat, precarium siquidem etiam intempestiuè reuocari potest, in quo differt à commodato *l. in commodato 17. § sicut infr.*

2 ¶ Impuberes commodati actione non tenentur, quoniam nec consistit commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate: vsque adeò, vt, etiam si pubes factus [a] dolum aut culpam admiserit, hac actione non teneatur: quia ab initio non constitit.

Ad §. 2. Impuberes.

RAT. DVB. Ad hunc §. & ad *l. seq.* obligantur etiam pupilli & furiosi sine tutoris vel curatoris authoritate, quoties ex re actio venit *l. furiosus 46. infr. de obl. & action.* Atqui commodati obligatio ex re ipsa nasci videtur, cùm rei traditio initium huic obligationi præbeat, quomodo de permutatione scriptum est in *l. 1. infra de rerum permut.* Est enim hic contractus ex eorum numero qui re contrahuntur *l. 1. §. is quoque de oblig. & act. §. item is cui Instit. quibus mod. re contr. oblig.* Ergo & furiosi & pupilli si commodatum acceperint, commodati actione teneri possunt.

DEC. Neque pupillus obligari ex contractu potest sine tutoris authoritate, neque furiosus absque curatore *l. obligari 9. & pass. infra de author. tutor. l. 1. & tot. tit. de curat. furios.* Caret enim vterque consilio & iudicio, sine quo tamen contrahi obligatio nulla potest. Atqui obligatio commodati est ex contractu ergo non magis ex commodato quàm ex alio vllo contractu obligari pupillus vel furiosus absque tutoris vel curatoris authoritate potest, nec proinde commodati actione teneri, quamuis actio commodati sit prætoria, quia non minus prætor quàm ius ciuile & pupillis & furiosis fauet, quos videt non posse sibi consulere pupillum quidem vitio ætatis, furiosum autem vitio animi *l. 1. in princip. infrà de tutel. l. Fulcinius 7. §. planè interdum Quibus ex causis in possess. eat. leg. 3. de regulis iuris.*

a *Vsque adeò vt etiamsi pubes factus.* RAT. DVB. Dolus pupilli qui iam doli capax est, fortè quòd sit proximus pubertati, impunitus esse non debet *l. heredibus 13. §. 1. & l. seq. supr. de dolo.* Iuris enim ratio & regula generalis facit, vt dolus semper puniendus sit, tum quoque cùm ei nocet qui dolum ipse admisit *l. procurator 11. §. in perpetuum infr. de doli mali except.* Ergo etiamsi pupillus absque tutoris authoritate commodatum acceperit, si tamen in re commodata dolum malum admiserit, puniri eo nomine debet, & quidem actione commodati, in quà cùm etiam culpa veniat *l. si vt certo 5. §. nunc videndum infr.* multo magis dolus æstimandus & coercendus est, præsertim cùm actio commodati sit bonæ fidei *§. actionum Instit. de action.* Quid enim tam contrarium bonæ fidei quàm dolus malus *l. 3. in fin. infr. pro socio l. si dolo 5. Cod. de rescind. vendit.* qui ab omnibus contractibus abesse debet etiam ab iis qui stricti iuris esse dicuntur? *l. bonam fidem 4. C. de oblig. & action. l. doli clausula 119 l. ex ea parte 121. in princip. infr. de verborum obligationibus.* siquidem bonæ fidei contractus à contractibus stricti iuris secernuntur, non ex comparatione doli & malæ fidei, sed ex comparatione æquitatis cum stricto iure *l. bona fides 31. infr. depos. l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. infr. de action. empt.*

DEC. Commodatum, quod ab initio non constitit, ex postfacto confirmari nunquam potest *l. quod initio 29. de regulis iuris.* Obligationem enim quæ ex contractu & negotio aliquo nascitur, tum nasci necesse est, cùm fit contractus, & negotium geritur, aut nunquam, vt hic textus omnium optimè probat. Atqui commodatum, quod pupillus sine tutoris authoritate accepit, ab initio non constitit, vt suprà diximus. Ergo nec si impubes posteà factus sit pubes, poterit commodatum eo magis conualescere, quamuis ad eum casum peruenerit, à quo incipere potuit, quoniam & ea quæ ab initio constiterunt, non eo magis fiunt irrita, quòd ad eum casum peruenerint, à quo incipere non potuerunt, secũdum Papiniani sententiam in *l. verbis 5. inf. ad leg. Falcid.* à Iustiniano comprobatam *in § at ex contrario Instit. de legat* quamuis alij plerique aliter senserint, vt constat ex *l. debitor 82. de legat. 2. l. existimo 98. l. pluribus 140. §. 1. de verborum obligationibus l. quia in eum casum 16. suprà ad leg. Aquil. l. in ambiguis 85. § 1. de regulis iuris.* Itaque regula negatiua, quæ hîc ab Vlpiano proponitur, certior est & indubitabilior, ea quæ ab initio non constiterunt, conualescere postea nunquam posse. Porrò si commodati obligatio, quæ in persona impuberis non constitit, conualescere adueniente ipsius pubertate non potest, neque actio commodati potest vlla competere, quam ex ea commodati obligatione nasci necesse esset. Parit enim obligatio actionem, quasi mater filiam *l. licèt 42. §. ea obligatio suprà de procurat.* Nec magis potest quis agere in personam sine obligatione præcedente, quàm sine actione *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. iuris gentium 7. § sed cùm nulla supr. de pact.* Atqui actionem commodati priùs competere oportet, quàm vt dolus aut culpa per eam vindicari possit. Veniunt enim hæc omnia in actionem commodati *dict. §. nunc videndum l. contractus 23. de regulis iuris.* Ergo verum est, quod hîc Vlpianus scribit, si impubes commodatum acceperit, & postea pubes factus dolum aut culpam in eo admiserit, non ideò actione ista teneri eum posse, quia ab initio nec commodatum constitit, nec proinde commodati actio competiit. Planè si pupillus pubertati proximus dolum admiserit, non dicimus fore impunitum eius dolum ex quo alioqui lucraretur *l. ne ex dolo 12. suprà de dolo.* [nam & ex aliis delictis tenetetur *l. si ex causa 31. §. nunc videndum suprà de minor. l. 1. Cod. si aduers. delict.*] sed negàmus teneri eum actione commodati, adeóque nec si pubes factus dolum fecerit, quia nec commodatum vllum, nec commodati obligatio vlla præcessisse intelligitur, quæ commodati actionem parere vnquam potuerit. Obligationem enim naturalem ex eo contractu nasci contra pupillum negari certè non potest, cùm pupillus quoquomodo contrahẽs absque

tutoris authoritate naturaliter obligetur *l. 1. in fin. De nouat. l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. aliquando & §. naturalis De solut.* licèt non iure naturali *l. quod pupillus* 41 *supr. De condict. indeb. l. antep. De oblig. & act.* Idque ex eo apparet euidentiùs, quòd ex hac causa etiam pupillus fideiussorem dare potest *l. 2. infr. De fideiuss. iunct. l. si cui bonis 6. De verb. oblig.* Sed obligatio naturalis si non etiam ciuilis sit, actionem nunquam parit, sed tantùm exceptionem, retentionem, deductionem & compensationem *d. l. iuris gentium §. sed cùm nulla l. 3. §. vlt. supr. quod quisq. iur. l. etiam 6. infr. De compensat. l. sed si damnum 9. §. peculium & pass. infr. De pecul. d. §. aliquando.* Nos autem de Commodati actione loquimur, quæ ciuilem obligationem necessariò exigit & præsupponit. Itaque nil necesse est cum Accursio & Bartolo hunc §. restringere ad eum pupillum, qui vel adhuc infans sit, vel cum tutore ipso contraxerit, quasi pupillus his solis casibus nec ciuiliter nec naturaliter obligetur, cæteris verò casibus obligetur etiam iure naturali: quod tamen ridiculum est, & à nobis confutatum sæpius, præsertim ad *l. contra* 25 *supr. De pact. l. vlt. supr. De nouat. l. naturaliter* 13 *§. vlt. & d. l. quod pupillus supr. De condict. indeb.* Cæterùm quid interest quærere, an pupillus obligetur naturaliter, adeòque iure naturali, necne, cùm non eo magis teneri possit actione commodati, si non etiam ciuiliter obligetur? vt in *l. 3. infr.*

2. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

NEc in furiosum commodati actio danda est, sed ad exhibendum aduersus eos dabitur [a], vt res exhibita vindicetur.

Ad l. Nec in furiosum 2.

RAT. DVB. & DEC. iam proposita est ad *§. vlt. legis præcedentis.* Eadem namque in omnibus ferè ratio est pupilli & furiosi, cùm de obligandis iis tractatur, nisi quòd pupillus sine tutoris authoritate contrahens obligatur tamen naturaliter, vt proximè diximus. Furiosus verò nec si cum sui curatoris authoritate contrahat, obligatur ciuiliter, adeòque nec naturaliter: multo minùs si curatoris authoritas non interuenerit *l. in negotiis 5. De reg. iur.* Quare nec in furioso possis addere, quod Vlpianus proximè addidit in pupillo *vsque adeò vt etiamsi dolum & culpam admiserit, hac actione non teneatur.* Non enim potest dolum, aut culpam vllam admittere furiosus quandiu furiosus est, cùm suæ mentis non sit, nec consentire vnquam possit, qui nec sentire intelligitur *l. si tibi 8. §. vnius infr. De opt. legat.* Planè impuberi commodatario qui posteà pubes factus dolum aut culpam admiserit, benè comparabitur furiosus, qui ad sanam mentem reuersus dolum quoq; aut culpam admiserit in re commodata: nam & hoc casu verum est furiosum etiam ad saniores mores reuersum actione Commodati teneri non posse, quia ab initio neque Commodatum, neque commodati actio constitit. Ratio autem differentiæ inter furiosum & pupillum illa est, quòd pupilli iudicium suppleri per tutorem potest, iudicium autem quod furioso deest, non æquè suppleri potest per curatorem. Hoc ipsum verò, quoniam certum est ætatem allaturam esse pupillo iudicium, non etiam resipiscentiam furioso, vt alibi docuimus.

a *Sed ad exhibendum aduersus eos dabitur.* RAT. DVB. Plus est teneri pupillum aut furiosum aliqua actione siue ciuili, siue honoraria, quàm obligari eos ciuiliter. Est enim ciuilis actio effectus obligationis ciuilis. Ergo si verũ est, vt est, neq; pupillũ neque furiosum obligari posse ciuiliter absque tutoris vel curatoris authoritate, nec illud ferendum est, vt actione ad exhibendum conueniri possint. DEC. Longè alia ratio est actionis ad exhibendum, alia verò actionis Commodati. Etsi enim vtraque actio in personam est *l. 3. §. 1. sup. ad exhibend.* Actio tamen commodati nascitur ex contractu, & ex obligatione, quæ contra pupillum sine tutoris authoritate nasci nulla potuit. Actio autem Ad exhibendum nõ nisi ex præsenti possessione perinde ac vindicatio *l. non aliàs 24. §. sed si postulatur supr. De iudic.* aut saltem ex dolo qui pro possessione fit *l. si ad exhibendum 8. & pass. supr. ad exhib.* Ergo mirum non est & pupillum & furiosum, qui commodati actione teneri nõ possunt, teneri tamen actione ad exhibendum, scilicet cùm possident. Non enim addendum est *aut cùm dolo desierunt possidere*, quia non potest adiectio hæc cadere in furiosum quippe qui doli capax nũquam sit quandiu furiosus manet: cadit tamen in pupillum, sed in eum demum qui sit proximus pubertati, vt diximus ad *§. vlt. l. 1. supr. ex l. heredibus 13. supr. De dolo l. pupillum 111. De reg. iur.*

3. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SEd mihi videtur, si locupletior pupillus factus sit, dandam vtilem commodati actionem secundum Diui Pij rescriptum.

Ad l. Sed mihi videtur 3.

RAT. DVB. Pupillus ideò non obligatur ex contractu absque tutoris authoritate, quòd non tanto iudicio polleat, quanto est opus ad contrahendam obligationem ciuilem, vt diximus ad *§. vlt. l. 1. supr. ex l. obligari 9. De author. tutor. l. pupillus 9. cum l. præced. De acquir. hered.* Atqui quòd locupletior fit ex commodato, non facit eum prudentiorem, maiorísque iudicij: ergo non eo magis obligari potest ex causa Commodati, nec consequenter commodati actione teneri. DEC. Iure naturæ iniquum est fieri quem locupletiorem ex aliena iactura *l. iure naturæ 206. De reg. iur. l. nam hoc natura 14. supr. De condict. indeb.* Nec tantum ad inducendam naturalem obligationem prodest hæc ratio, sed etiam ad inducendam ciuilem, non enim posset auferri possessori id ex quo factus esset locupletior, si non actio ciuilis aliqua, vel directa, vel saltem vtilis in eam rem

rem competeret. Nam nec obligatio naturalis parit vnquam repetitionem, quæ sine actione nunquam esse potest, sed tantùm retentionem, nisi cùm ciuilis actio mixta est naturali *l. naturales 10. infr. de oblig. & act. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss.* Meritò igitur Diuus Pius rescripsit dandam esse vtilem actionem in pupillum locupletiorem quoquomodo factum, siue ex causa commodati, siue ex alia qualibet *l. 3. §. pupillus*, aut vt Cuiacius legit, pupilli *l. si pupilli 6. in princip. l. Nesennius 34. supr. de negot. gest. l. eatenus 10. infr. de instit. act. l. pupillus 5. in princip. & §. 1. infr. de author. tutor.* In proposita autem specie vtilem commodati actionem dandam esse Vlpianus ait, vt intelligamus actionem hanc à Diuo Pio inductam non esse merè datiuam, vt quidam putant, sed inspecto initio etiam natiuam. Nascitur enim ex contractu commodati, alioqui nec commodati actio posset dari contra pupillum factum ex commodato locupletiorem. Post rescriptum autem Diui Pij comparatur pupillus locupletior factus pupillo doloso *l. 1. §. an in pupillum infr. depos.* quòd non possit abesse dolus aut ex proposito, aut saltem in re ipsa, cùm quis ex aliena iactura locupletari vult. Sed tamen differentia in eo est, quòd contra pupillum dolosum competit actio commodati directa, at contra pupillum locupletiorem factum non nisi vtilis. Deinde in pupillo doloso distinguimus an sit proximus pubertati, quia nec aliter doli capax esse potest: at in pupillo facto locupletiore non distinguimus, quamuis Accursius & Bartolus distinguant, quia non magis infans aut pupillus qui cum tutore suo contrahit, locupletari ex aliena iactura potest, quàm alius pupillus quilibet aut furiosus *l. furiosus 46. infr. de oblig. & action.* Quærunt autem interpretes, quando pupillus locupletior factus esse videatur. Placet valde quod Ioannes dicebat, in pupillo qui rem sibi necessariam emit, videri eum locupletiorem factum hoc ipso quod non est factus pauperior. Ex *l. in pupillo 47. infr. de solut.* Sed extra hanc causam non aliter videri pupillum locupletiorem factum esse, quàm si rem suam auxerit, distracta fortassis re commodata & precio in vtilitatem suam conuerso, aut etiam si rem commodatam penes se habeat, nec velit illam reddere. An non enim hoc agit, vt ex aliena iactura fiat locupletior, rem alienam retinendo? Quamuis enim possit ei res auferri per vindicationē, si appareat, & sit præsens, eo scilicet casu quo sit dominus ille, qui commodauit, non tamen potest, aut debet ea res tollere personalem actionem commodati tanquam vtiliorem, si fortè actori facilius sit probare commodatum quàm rei commodatæ dominium, quod tamen in vindicatione probandum necessariò est, & cuius probatio difficillima esse solet *§. commodum Instit. de interdict.* Deinde quid si commodata sit res aliena? Nam & rem alienam commodari posse constat. Quo tamen casu, cùm vindicatio ei qui commodauit, accommodari nequeat, tanto magis æquum & necessarium est ipsi subueniri per actionem personalem commodati, ne ex eius damno pupillus locupletetur. Nam & eadem ferè ratio facit, vt si commodatarius plures heredes reliquerit, quorum vnus totius rei commodatæ restituendæ facultatem habeat, solus ille condemnari in solidum debeat *§. heres infr.*

1 ¶ Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita: non videtur reddita, quæ deterior facta redditur, nisi quod interest, præstetur. propriè enim dicitur res non reddita, quæ deterior redditur.

Ad §. 1. Si reddita.

RAT. DVB. Res commodata quæ redditur, licèt deterior facta reddatur, tamen redditur, quemadmodum dicere solemus, id quod vix fit, tamen fieri. Nec sanè potest intellectu concipi, vt res iam semel reddita quamuis deterior, iterum reddatur. Vnius enim rei vna tantùm redditio & restitutio esse potest. Ideòque si quis actione ad exhibendum conuentus rem exhibuerit, quamuis factam deteriorem, non tamen ideirco pristina actione conueniri potest, vt eandem rem iterum exhibeat, sed in factum actio necessaria est per quam actoris indemnitati consulatur *l. exhibitionis 7. Cod. ad exhib.* aut actio de dolo si quid dolo malo factum sit *l. & eleganter 7. §. non solùm suprà de dolo*, nisi res quæ exhibetur, in alia prorsus forma exhibeatur, ita vt non eadem res, alia videri possit *l. Iulianus 9. §. sed etsi quis sup. ad exhib.* Ergo eadem ratione dicendum est, si reddita sit quamuis deterior res quæ commodata fuerat, non ideò tamen superesse actionem commodati, quæ non ad aliud competere potest quàm vt res reddatur, quamuis id quod actoris interest, ei non præstetur.

DEC. Non videtur propriè & ex bona fide reddita res quæ deterior reddita est, *l. 1. § si res 16. infrà deposit. l. in rebus 18. §. 1. infr. hoc tit.* Res enim quæ deterior fit, eatenus perit, quatenus fit deterior *l. 3. sup. de condict. tritic.* Atqui commodati actio bonæ fidei est *§. actionum Instit. de action.* Ergo si deterior reddita sit, non eo minus durat actio commodati, quousque plenissima restitutio facta sit ex bona fide. Potest autem fieri plenissima restitutio rei commodatæ, licèt deterioris effectæ, si modò præstetur actori id quod ipsius interest, rem deteriorem factam non esse, vt quod valori & bonitati rei deest, suppleatur in pecunia, per quam scilicet res omnes æstimantur, & quæ sunt, & quæ non sunt, dummodo fuerint, & æstimari possint *l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss. l. in actionibus 5 vers. planè supr. de in lit. iurand.* In actionibus autem bonæ fidei etiam id quod interest, venit non solùm officio iudicis, tanquam accessio, sed etiam iure actionis, vt in proposito tanquam pars principalis debiti, si aliter satisfieri actori non possit: est enim hoc ex bona fide, ideòque per eandem actionem petitur per quam res ipsa peteretur, non per aliam, quia durat pristina actio quandiu plenissimè satisfactum non est, vt Accursius hîc notat. Alioqui non posset peti post rem redditam, si officio tantùm iudicis deberetur *l. 4. C. depos. l. qui per collusionem 49. infr. de action. empt.* Quod in actionibus strictis, cuiusmodi sunt actiones ad exhibendum & ex stipulatu diuersum est *d. l. exhibitionis & d. §. non solùm*, quia in iis non de alio quæritur, quàm vtrum res sit reddita, non etiam vtrum sit

reddita ex bona fide, cámque ob causam subsidiaria in factum, vel de dolo actio necessaria est. Aliud iuris erit, si reddita sit res non quidem deterior, sed ita tamen, vt aliquid iuris ei desit, puta si alij obligata proponatur, aut si non fuerit cautum de euictione. Tunc enim ea ipsa res, quamuis soluta petetur adhuc ex pristino contractu etiam stricti iuris *l. Iulianus* 131. §. 1. *infr. de verb. oblig. l. etiam* 27. *de solut.* quia scilicet ex causa prioris traditionis habere eam non licet, cùm possit euinci. Quod enim euincitur, in bonis nostris non est, vt habet iuris regula *l. quod euincitur* 190. *de regul. iur.* Itaque nulla hac parte inter bonæ fidei & stricti iuris contractus differentia est. Sicut nec in eo quod si pars tantùm rei debitæ soluta sit, quæ pro parte solui potuerit, non nisi pro alia parte superest obligatio *l. stipulatus sum* 9. §. 1. *de solut. l. Mauius* 66. *de fundo de legat.* 2. Planè quo casu totius rei petitio superest ex contractu bonæ fidei, postquàm deterior reddita est, non ad hoc tamen agetur, vt res iam reddita iterum reddatur, quasi nondum reddita, sed vt quanti actoris propter deteriorationem interest, ei præstetur *d. l. Iulianus* 131 §. 1. *de verb. oblig.* Verbum enim *reddendi* latam habet significationem *l. videamus* 38. §. *in Fauiana infr. de vsur.* Et ita benè Bartolus, ac melius, aut sanè clariùs quàm apud Accursium Ioannes, & Azo. Obseruandum autem est ex hoc §. per actionem commodati peti restitutionem rei commodatæ, perinde ac per vindicationem, sed alio atque alio iure, nam per actionem commodati petitur iure contractus, per vindicationem verò iure dominij: ideóque si aliena res commodata sit, non ideò minus petetur restitutio ex commodato, quæ tamen per vindicationem peti non posset. Sed neque vindicatio superest, si res quæ vindicabatur, restituta sit siue deterior, siue ita vt iuri eius aliquid desit. Sed cautionibus interpositis securitati & indemnitati actoris consulitur arbitrio iudicis, quoniam arbitraria actio est, in eóque differt à cæteris actionibus non tantùm bonæ fidei, sed etiam stricti iuris *l. si post acceptum* 18. *& seq. supr. de rei vindic.* Ne fortè cum vulgo interpretum putes arbitrarias actiones sui natura strictas esse, nec nisi ex postfacto & ex accidenti degenerare in arbitrarias, quod nos refutauimus ad *titul. de eo quod cert. loco.*

2 ¶ In hac actione, sicut in cęteris bonæ fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur: vt rei iudicandæ tempus quanti res sit, obseruetur. quamuis in stricti iuris, litis contestatæ tempus spectetur.

Ad §. In hac actione 2.

Habet hic §. duas sententias. Prima est, in actione commodati, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis similiter in litem iurari. Altera est, rei iudicandæ tempus quanti res sit obseruari, quamuis in iudiciis strictis, litis contestatæ tempus spectetur. Prima pars illam dubitandi rationem habet, quòd per actionem commodati actor rem repetit, non quasi suam, vt in vindicatione, sed quasi commodatam, vt proximè scripsimus: ideóque etiam aliena res commodata per hanc actionem petitur quia nascitur ex contractu *l. commodare* 15. *& seq. infr. hoc tit.* Atqui ratio inducendi & concedendi iurisiurandi in litem tota in eo est, ne alioqui inuitus dominus re sua carere, eámque siue iusto siue iniusto precio vendere cogatur *l. si filiofamil. as* 25. §. 1. *infr. solut. matrim. l. non enim* 9. *rer. amot. l. tutor* 8 *supr. de in lit. iur.* Ergo in actione commodati non est deferendum actori iusiurandum in litem, nec ad rem pertinet quod actio commodati sit bonæ fidei §. *actionum Instit. de action.* Nam & actio ex empto quæ emptori datur contra venditorem ad rem tradendam, æquè bonæ fidei est *d. §. actionum l. tenetur* 6. §. *vlt. & pass. inf. de action. empt.* Nec tamen in ea iuratur in litem, nec si dolo, & procacia venditoris fiat, vt res vendita non tradatur, sed officio iudicis id quod emptoris interest æstimatur *l. si cùm fundum* 68. §. *vlt. infr. de contrah. empt. l. si traditio* 4. *C. de action. empt.* Non alia de causa, quàm quia emptor qui actione ex empto petit rem venditam, rem vtique alienam petit necdum factam suam *l. quod vendidi* 19. *inf. de contr. empt.* §. *vendita Inst. de rer. diuis.* de quo scripsimus pluribus *libr.* 3 *coniect. iur. ciuil.*

Dec. In omnibus actionibus bonæ fidei per quas actor rem suam petit, licèt nō quasi suam, sed quasi sibi debitam, iuratur in litem, eâdem scilicet æquitatis ratione, ne actor rem suam vendere inuitus iusto precio compellatur *l. nec quasi* 70. *l. eius rei* 46 *supr. de rei vindic. l. in actionibus* 5. vbi dixi *supr. de in lit. iur.* Ergo si quis rem suam quam commodauerat, per hanc actionem repetat, quæ bonæ fidei est, nec ea reddatur, idque dolo malo vel lata culpa commodatarij, permittendum ei est, vt iureiurando suo litem æstimet, & quanti sua interest. Planè si aliena res commodata sit, fatendum est, non posse iurari in litem, non magis quàm in actione empti. Distinguendum igitur necessariò est in actione commodati, quomodo Papinianus in actione furti distinguit *l. si vendidero* 80. §. 1. *infr. de furt.* an deferatur iure dominij, an ex alia causa, vt priore tantùm casu admittat iusiurandum in litem, non etiam posteriore. At difficilius est, quod in secunda huius §. sententia ex parte proponitur in hac actione commodati, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, rei iudicandæ tempus spectandum esse in rei debitæ ineunda æstimatione, cùm tamen in stricti iuris iudiciis tempus litis contestatæ spectetur. Difficultatis materiam interpretibus illud prębet, quòd putant, in bonæ fidei actionibus adeóque in strictis incipere ęstimationem rei crescere à tempore moræ ad tempus vsque rei iudicandæ, idque siue à litis contestatione mora incipiat, siue ab interpellatione iudiciali, quæ vt fieri solet, contestationem præcesserit, siue à medio tempore inter litis contestationem & sententiam, quod interdum accidit, vt in *l.* 3. *in princip. infr. de vsur.* Ita namque intelligunt, quod scriptum est in *l.* 3. §. *si per venditorem & in l. si sterilis* 11. §. *cùm per venditorem infr. de action. empt.* Spectandum esse vtro tempore pluris fuerit res vendita, an tempore moræ an condemnationis scilicet, vt æstimari res debeat quanti plurimi vnquam fuerit à tempore moræ ad tempus vsque rei iudicatæ. Item quod scriptum est in *l. vinum* 22. *supr. de reb. credit. l. vltim. supr. de condict. tritic. l. quoties* 59. *infr. de verb. oblig. l. hominem* 37. *infrà mandat.* in iudiciis strictis inspici tempus litis contestatæ,

contestatæ scilicet, inquiunt, nisi mora aliqua litis contestationem præcesserit, ne alioquin debitori frustratio sua prosit *d. l. hominem.* Item quod scriptum est in *l. in re furtiua* 8. §. 1. *supr. de condict. furt.* in condictione furtiua, quæ stricti iuris est, id tempus spectari quo res vnquam plurimi fuerit, ita tamen vt æstimatio non egrediatur retrorsum iudicij accipiendi tempus *l. 2. §. quæsitum infr. de priuat. delict.* quasi id scriptum sit ad differentiam aliarum actionum stricti iuris, vt in cæteris omnibus æstimatio quanti plurimi possit egredi retrorsum tempus litis contestatæ, & retrotrahi ad tempus vsque moræ, si qua præcesserit contestationem. Hinc nimirum tot distinctiones & subdistinctiones ad hunc §. congestæ à Bartolo, an rei æstimatio seu interesse [confundit enim hæc duo quasi synonyma] petatur iure obligationis, aut principaliter constitutæ, vt in *l. fundum Cornelianum* 18. *infr. de nouat. dict. l. hominem mandat.* aut subrogatæ, vt in omnibus faciendi obligationibus, ex *l. si Calendis* 11. *l. si quis ab alio in fin. de re iudic. l. cùm stipulatus sim* 113. §. *vlt. de verb. oblig.* An verò officio iudicis, & rursum an hoc casu veniat declarandum per iusiurandum actoris in litem, an per alias probationes, vt si per iusiurandum in litem, habeat locum hic §. & differentia quæ in eo ponitur inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris: si verò per alias probationes sub distinguendum sit, an propter culpam debitoris veniendum sit ad æstimationem, an propter moram: Vt si propter culpam, siquidem res extet, inspiciatur tempus condemnationis: si verò extare desierit, spectetur tempus mortis *d. l. pen. de condict. tritic.* Si verò propter moram incipiat æstimatio crescere à tempore moræ, siue mora incipiat ante litem contestatam, vt in *dict.* §. *si per venditorem*, siue ab ipsa contestatione *dict. l. 3. de vsur.* siue medio tempore inter litis contestationem & sententiam, vt in *l si quis inficiatus* 13. *infr. deposit.* Quæ tamen omnes distinctiones & subdistinctiones pugnant euidenter cum iis ipsis omnibus legibus, quas Bartolus adducit: quarum nulla est, quæ æstimationis quanti plurimi mentionem faciat, exceptis illis, quæ de furtiua condictione loquuntur, in qua speciale est odio furis, vt nó hoc aut illud tempus præcisè spectari oporteat, sed quanti plurimi res furtiua fuit à tempore litis contestatæ vsque ad sententiam, non etiam à tempore moræ *d. l. 2. §. quæsitum de priuat. delict.* Cùm tamen si quo casu præstanda esset æstimatio quanti plurimi à tempore moræ, maximè contra furem id recipiendum esset, cuius odio tam multa alia recepta sunt contra regulas iuris *d. l. in re furtiua* §. 1. vbi diximus. Concludendum ergo est, in iudiciis bonæ fidei æstimari rem debitam inspecto præcisè tempore moræ, aut condemnationis *d. §. si per venditorem & hoc §.* In iudiciis verò strictis inspecto præcisè tempore litis contestatæ, *hoc §. & dict. l. vinum d. l. vlt. de condict. tritic d. l. hominem* 37. *infr. mandat. d. l. fundum* 28. *de nouat. d l. quoties* 59. *de verb. oblig.* Excepta condictione triticaria, in qua inspicitur præcisè tempus condemnationis *d. l penult. de condict. tritic.* Excepta item condictione furtiua, in qua, vt diximus, æstimatur res quanti plurimi fuit à tempore litis contestatę, ad differentiam actionis legis Aquiliæ, in qua homo vulneratus aut occisus æstimatur quanti plurimi fuit, eo anno quo vulneratus aut occisus est. *d. §. quæsitum & l. 1. l. ait lex* 21. *& pass supr. ad leg. Aquil.* Sanè vltra tempus sententiæ & condemnationis non potest æstimatio crescere, vt benè sentit Ioannes apud Accursium in hoc §. *ex l. vbi exigitur* 8. §. 1. *supr. de edend.* Itaque in huius §. interpretatione errat Bartolus, & quotquot cum Bartolo Guilhelmi de Cuneo opinionem sequuntur, quem huius interpretationis laudant authorem, quod ex duabus sententiis, quæ in hoc §. continentur, vnam conflant, quasi Vlpianus scripserit, & senserit in iudiciis quidem bonę fidei tempus inspici rei iudicandæ, in strictis verò litis contestatæ præcisè, sed eo tantùm casu quo æstimatio facienda sit per iusiurandum in litem non per alias probationes. Quod certè ab Vlpiani mente ac sensu omnino alienum est. duæ namque, vt initio præfati sumus, sententiæ sunt, quarum vna nihil commune habet cum altera: & toto cœlo distat quæstio illa, vtrum vtrum in actione commodati sicut in aliis bonæ fidei iudiciis iuretur in litem, ab altera, cuius temporis habenda sit ratio in ineunda rei debitæ æstimatione, siue ex bonæ fidei, siue ex stricto contractu res debeatur. Nos de priore quæstione abundè scripsimus ad *d. l. in actionibus de in lit. iur.* De posteriore verò an *d. l. vinum* 22. *de reb. credit. ad l. pen. & vlt. de condict. tritic. & ad dict. l. in re furtiua* 8. §. 1. *supr. de condict. furt.* Itémque in Coniecturarum *lib.* 16. *& in Codice nostro ad tit si cert. petat.* Sed melius in vltima parte Chiliadis nostræ de erroribus pragmaticorum, aduersus omnes & veterum & recentiorum interpretum opiniones. Itaque in refellendis Accursij & Bartoli ad hunc locum commentariis non immorabimur quos vnica littura delere melius omnino esset, ac expeditius.

3 ¶ Heres eius, qui commodatum accepit, pro ea parte, qua heres est, conuenitur: nisi fortè habeat facultatem totius rei restituendę, nec faciat. tunc enim condemnatur in solidum: quasi hoc boni iudicis arbitrio conueniat.

Ad §. 3. *Heres eius.*

Rat. dub. Actiones omnes personales, quæ contra defunctum competebant, inter heredes ipsius diuiduntur ipso iure per legem duodecim tabularum pro hereditariis portionibus *l. 1. Cod si cert petat. l. pro hereditariis* 2. *& tot. tit. Cod. de heredit. action. l. si tibi homo* 86. §. *si fundus delegat.* 1. *l. qui fundum* 87. §. *si tu ex parte ad leg. Falcid.* Ad differentiam scilicet actionum realium quæ dantur in solidum contra vnum ex heredibus, si solus rem, qua de agitur, possideat *l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus hered. debit.* Atqui actio commodati personalis est. Nascitur enim ex contractu: ergo si ante factam rei commodatæ restitutionem decesserit commodatarius pluribus relictis heredibus, omnimodo dicendum est, teneri singulos pro hereditariis actionibus, nec addendam exceptionem quæ hîc additur, *nisi fortè vnus habeat facultatem totius rei restituendæ nec faciat.* Alioqui si hoc maximè inspiciendum est, quis ex heredibus facultatem habeat rei restituendæ & pro qua parte, dicendum erit, quod in actionibus mixtis ex pœna & rei persecutione dici solet, dari eas in heredes quatenus ad

ni, quia seruus neque heredem, neque quasi heredem habere potest, habet tamen dominus, æquè ac pater facultatem restituendæ rei seruo commodatæ, cùm imperare possit seruo, vt restituat: quod sufficit, vt videatur dominus ipse posse restituere *leg. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infrà quod vi aut clam.*

DEC. Qui cum filiofamilias contrahit, duos habet debitores, filiumfamilias quidem in solidum, patrem verò de peculio *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* Qui verò cum seruo contrahit, solum dominum habet obligatum ciuiliter ad finem vsque peculij: ipsum verò seruum in solidum quidem, sed tantùm naturaliter *l. nec seruus 41. eod. tit.* Ergo si quid filiofamilias vel seruo commodatum sit, non nisi de peculio agi cum patre vel domino potest. Nec enim æquum est, ex contractu & facto filiifamilias vel serui, obligari patrem aut dominum in solidum, sed tantùm de peculio, quia non quemadmodum melior condicio nostra per filios aut seruos fieri potest, ita & deterior potest *l. melior 133. de reg. iur.* nisi in rem patris aut domini versa pecunia vel eorum iussu contractum esse proponatur *Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* Nec quod pater filio aut dominus seruo imperare potest, vt rem commodatam restituat, ad rem facit. Nulla enim actio siue ciuilis siue prætoria siue subsidiaria contra patrem aut dominum in eam rem comparata est, vt filiofamilias vel seruo quid imperet, neque rursum, vt quid faciat vel præstet eo prætextu, quòd filio suo vel seruo imperare possit. Obligari enim quemque ex suo facto non ex alieno oportet. Ideóque nimirum & pater & dominus tenentur actione de peculio, quia ex eorum voluntate factum est, vt filiusfamilias vel seruus peculium habere cœperit, déque eo contraxerit *dict. l. 1. §. item acquirimus infrà de acquir. possess.* Nec est quod de rei commodatæ aut dominio aut possessione tractemus, cùm per commodatum neque dominium neque possessio transferatur *l. rei commodatæ 8. & seq. infrà hoc titul.* Itaque nihil est quod per filium familias aut seruum acquiri patri aut domino possit, nec proinde quòd pater aut dominus actione commodati possit restituere, si ea conueniretur. Quòd si proponas rem filiofamilias aut seruo commodatam in eius peculio mansisse, tum verò pater & dominus ad restitutionem totius rei commodatæ tenebuntur, sed actione de peculio, quia peculiaris res erit, non actione simplici & directa commodati, quia non contraxerunt, quamuis non eo magis futurum sit, vt possessio rei commodatæ acquiratur patri vel domino, quomodo in cæteris rebus peculiaribus contingeret *dict. l. 1. § item acquirimus dict. l. 4. dict. l. possessio 49 §. 1. de acquir. possess.* Nempe quia titulus commodati non magis habilis est ad transferendam possessionem, quàm ad transferendum dominium, vt diximus ex *d. l. rei commodatæ.*

a *Cum filiofamilias autem ipso.* RAT. DVB. Non potest iudicium consistere cum filiofamilias sine authoritate patris *l. vltim. §. 1. versic. necessitate Cod. de bon. quæ liber.* vbi dicitur necessitatem imponendam esse patri, vt filio qui conuenitur authoritatem præstet. Ne sine patris voluntate & authoritate videatur consistere. Ergo cum vtroque agere debet is qui filium obligatum habet, non cum solo filio.

DEC. Filiusfamilias cùm sit ciuis Romanus, & habeat caput in ciuitate, non minus quàm paterfamilias *l. nam ciuium 4. suprà de stat. homin.* sicut obligari ex omnibus penè causis, ita & agere & conueniri sine patris authoritate potest *l. filiusfamilias 39. infrà de obligat. & action. l. tam ex contractibus 57.* vbi diximus *suprà de iudic.* Non est igitur necessaria patris authoritas, nisi iure nouo post Constantini & Iustiniani constitutiones, quæ sicuti ius filiifamilias auxerunt, facto eo capace acquirendæ proprietatis bonorum maternorum primum, deinde aduentitiorum, ita & patri vsumfructum, & actionum omnium filio competentium exercitium concesserunt, tanquam legitimo administratori bonorum filij: ac proinde hoc demum casu authoritatem patris interuenire voluerunt, si quando filius ratione talium bonorum conueniretur. Quisquis enim legitimum administratorem habet, non potest absque eius authoritate legitimam habere personam standi in iudicio *l. 1. & tit. C. qui legit. person. in iud. stand. hab.* Sed extra has causas nō est existimandū immutatum quicquam fuisse de iure vetere, quo filiusfamilias in iudicio stare poterat siue consensu & authoritate patris, cùm Imperatores id egerint, vt filiifamilias ius augerent, non etiam vt minuerent: quomodo bene hîc Bartolus cōtra Accursium argumentatur, existimantem esse necessarium consensum patris eo quoque casu quo agatur de bonis, in quibus pater aut habeat vsumfructum, vel potuerit habere, si non repudiasset, quod Bartolus rectè negat.

b *Sed etsi ancillæ vel filiafamilias.* RAT. DVB. Cùm filiæfamilias vel ancillæ res aliqua commodata est, facilius credi potest rem commodatam ad patrem vel dominum peruenisse, atque ita patrem vel dominum totius rei restituendæ facultatem habere, quàm si filiofamilias aut seruo commodatum sit. Nempe quia non tam faciles sunt, & idoneæ ad negotiationem mulieres, vt rei commodatæ restituendæ facultatem sibi præripiant *argum. l. pen. suprà de edend. l. 3. de regulis iuris.* Ex quo fit, vt tanto minus denegare possit pater vel dominus restitutionem rei commodatæ & quidem in solidum. Ergo vel hoc saltem casu fatendum est, commodati actione teneri patrem vel dominum, non peculio tenus duntaxat, sed in solidum: exemplo eius quod dictum est in §. præcedente, vnum ex pluribus commodatarij heredibus in solidum teneri actione Commodati si totius rei restituendę facultatem habeat.

DEC. Etiam filiafamilias vel ancilla peculium habere potest, nec vlla est hac parte in sexu differentia *l. 1. §. de col. & ancillarum 27.* vbi dicemus *infrà de pecul.* Neque igitur differentia aliqua esse debet in actione commodati, quæ ex contractu filiæfamilias vel ancillæ contra patrem vel dominum competit, vt scilicet accipiendo commodatum obligent patrem & dominum de peculio duntaxat non in solidum. Planè quin filiafamilias teneatur actione commodati in solidum ex proprio contractu, nemo dubitat. Verba enim illa Vlpiani *duntaxat de peculio erit agendum* excludunt quidem actionem solidi, sed eam quam contra patrem vel dominum habere actor vellet, non eam quæ aduersus filiamfamilias ipsam competit. In actione depositi idem iuris est, quod in actione commodati *l. 1. § filiumfamilias 42. infr. depos.*

5 ¶ Sed non tantùm ex causa doli earum personarum, pater, vel dominus condemnatur: sed & ipsius quoque domini, vel patris fraus dumtaxat venit: vt Iulianus libro vndecimo circa pignoraticiam actionem distinguit.

Ad §.5.*Sed non tantùm.*

RAT. DVB. In actione quidem commodati venit dolus & culpa etiam leuissima *l. si vt certo* 5. §. *nunc videndum infrà hoc tit.* sed ipsius tantùm commodatarij, non etiam alterius. Atqui cùm filiofamilias vel seruo res aliqua commodata est, solus filiusfamilias vel seruus qui commodatum accepit, commodatarius est, non pater, aut dominus, quamuis & hi actione de peculio teneantur. Idcirco enim de peculio duntaxat tenentur, quia commodatarij non sunt, alioqui in solidum tenerentur. Ergo de solius filiifamilias aut serui dolo malo vel culpa hoc casu quærendum est, non de culpa vel dolo patris aut domini.

DEC. Actio de peculio quæ contra patrem, vel dominum datur ex eo ipso contractu competit, ex quo principalis actio, quæ contra filiumfamilias competit, qui contraxit, nisi quod adiectionem illam habet de peculio, vt actor intelligat non in solidum eam dari, sed tantùm ad finem vsque peculij, vt dicemus ad *l.1. & pass. infrà de pecul.* Ergo quemadmodum filiusfamilias, qui commodatum accepit, tenetur actione commodati si quid in re commodata per dolum aut culpam admiserit [de seruo enim tractari nihil potest, cum quo scilicet nulla actio esse potest, quandiu seruus est *l. cum seruo* 107 *de regulis iuris*, neque ex antegesto post ademptam libertatem *tot. tit. Cod. an seruus ex suo fact. post manum. ten.* Ita & patrem & dominum actione commodati de peculio teneri æquum est ex dolo filiifamilias vel serui, nec enim ea res auget condemnationem, vt propter dolum illum vel culpam filiifamilias aut serui supra quantitatem peculij teneantur *l. si quis adfirmauit* 9. *alias l. si oleum* §. *hæc de dolo actio suprà de dolo.* Porrò si ex dolo aut culpa filiifamilias vel serui tenetur pater aut dominus actione de peculio, quanto magis filiumfamilias teneri æquum est ex dolo proprio, cùm bonæ fidei actio est? *leg.* 1 §. *filiumfamilias infrà deposit.* non quasi propter dolum illum pater aut dominus fiat commodatarius, sed quia tanto plus in peculio esse intelligitur *l.5. l. in bonæ fidei* 36. *infr. de pecul. commodati enim actio bonæ fidei est.* Nempe qui filiofamilias aut seruo commodat, licet cum eo solo contrahat, cui commodat, duos tamen sibi obligat, eum quidem cum quo contrahit in solidum, seruum quidem naturaliter, filium autem ciuiliter, patrem verò vel dominum de peculio, vt diximus ad §. *præcedent. ex l. si quis* 44. *infrà de pecul.* Non tamen tenetur pater vel dominus etiam de culpa propria, sed tantùm de dolo, id enim est quod Vlpianus ait *sed ipsius quoque domini vel patris fraus duntaxat venit*, vt Accursius bene explicat, in verb. *duntaxat*, ex *dict. leg. in bonæ fidei* 36. *leg. deposui* 38. *eod. tit.* Idem in actione pignoratitia iuris est, vt ex Iuliano Vlpianus hîc scribit. Patris enim vel domini dolus solus auget peculium non culpa *d. l.* 5. *in princ. eod. tit. de pecul.*

6 Non potest condemnari id, quod vsu consumitur: nisi fortè ad pompam, vel ostentationem quis accipiat.

Ad §.*vlt. Non potest.*

RAT. DVB. Etiam ea, quæ vsu consumuntur, sunt in hominum commercio, adeò vt eorum quoque vsusfructus legari & constitui possit *leg. 1. & tot. tit. suprà de vsufruct. earum rerum quæ vsu consum.* Atqui commodatum est, ex genere ac numero eorum contractuum, qui ad commercium vtiles ac propemodùm necessarij sunt, cùm in commodato versetur beneficium *leg. in commodato* 17. §. *sicut infrà hoc titul.* Beneficio autem adfici hominem interest hominis, vt eleganter Papinianus ait in *l. si venditor* 6. *paragraph. prim. infrà de seru. exportand.* Ergo etiam id quod vsu consumitur commodari potest.

DEC. Ex contractu commodati eadem res restituenda est, quæ fuit commodata, cùm nemo rem suam commodando transferat eius dominium, at neque possessionem *leg. rei commodatæ* 8. & *seq. infrà hoc titul.* Ad vsum enim duntaxat & quidem certum ac limitati temporis fit commodatum *dict.* §. *sicut.* Atqui id quod vsu consumitur tale est, vt non possit idem reddi, cùm vsus eius consistat in abusu. Nec remedio locus esse potest, interponendæ cautionis, per quam fit vt huiusmodi rerum quæ vsu consumuntur, etiam vsusfructus constitui possit. Id enim authoritate Senatusconsulti inductum est, de quo in *l. 1. & seqq. ill. tit. de vsufruct. earum rerum quæ vsu consum.* Senatusconsultum autem de vsufructu, & vsu tantùm earum rerum locutum est, non etiam de commodato, nec quemadmodum vtilitatis gratia induci potuit & debuit, vt vsufructu legato earum rerum quæ vsu consumuntur, proprietas ipsa in legatarium transferatur, isque non idem quod accepit, sed tantundem restituere teneatur *l. si vini* 7. *eod. ill. tit.* Ita & inducendum fuit vllo casu, vt rei commodatæ proprietas in commodatarium transferatur *d. l. rei commodatæ.* Certũ igitur est, quod Vlpianus hîc scribit, non posse commodari id quod vsu consumitur, nisi fortè, inquit, ad pompam vel ostentationem eiusmodi rerum commodatum fiat, quo casu commodatarius istis rebus sic vtitur, vt eas non consumat, nec proinde eadem ipsa rerum corpora, quæ in commodatum accepit, restituere prohibetur. Itaque nihil in eo fit contra naturam & substantiam commodati. Quod autem hîc de commodato dicitur, etiam de precario dicendum videtur. Iisdem enim ferè iuris regulis commodatum & precarium consistunt: nisi quod

quod commodatum sit ad certum vsum certo tempore limitatum, precarium verò nullo certo tempore concluditur, sed reuocabile est ad nutum concedentis. Quæ res facit vt earum rerum, quæ vsu consumuntur, difficiliùs permitti possit precarium quàm commodatum, vt scripsimus ad *leg.* 1. §. 1. *supr.* quia neque precarium contractus est sicuti commodatum. Ex quo apparet quàm verum sit quod scripsimus in postrema parte *Chiliadis de error. pragmat.* vestimenta precario dari non posse, ne importuna & intempestiua precarij reuocatione incommodo afficiatur is, qui vestimenta precariò accepit, neque verò in eo absurdi quicquam est, quamuis commodari vestimenta possint, *leg. si vt certo* 5. §. *quinimò* 8. *in fin. infr. hoc tit.* quia non sicuti precarium ita & commodatum ad nutum concedentis & intempestiuè reuocari potest *leg. in commodato* 17. §. 1. *infr.* Sunt enim vtique ex earum rerum numero, quæ vsu non tam consumuntur quàm deteriores fiunt. Planè sicuti ad pompam & ostentationem commodari possunt etiam illa quorum vsus in abusu consistit, ita & ad pompam atque ostentationem precariò dari vestimenta posse non negauerim.

4. Caivs libro 1. de verborum obligationibus.

SÆpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, vt ditis gratia numerationis loco intercedant.

Ad l. Sæpe etiam 4.

Rat. dvb. Pecuniæ sunt etiam ex earum rerum numero quæ vsu consumuntur *leg.* 2. *l. hoc Senatusconsultum* 5. *& pass. supr. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Ergo nec earum commodatum potest consistere, nisi ad pompam & ostentationem, vt scriptum est in §. *vltim. legis præcedentis.* Dec. Non possunt quidem commodari pecuniæ in eum vsum per quem cõsumantur, sed in eum casum, & vsum in quem non consumantur, possunt. Non autem consumuntur, si quando sic commodantur, vt dicis gratia numerationis loco intercedant, puta si quis rem emerit, nec de suo habeat, vnde soluat precium. Nam cùm rei venditæ dominium, non aliter in emptorem transferatur, quàm si precium solutum sit aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi* 19. *l. vt res* 53 *infr. de contr. empt.* interest plerunque emptoris habere pecuniam præsentem, saltem ex causa commodati, quam ex causa mutui non æquè facilè habere posset, vt numerationis loco eam exhibeat venditori, id est vt dici possit & videri eam numerasse ad rei venditæ dominium acquirendum. Quamuis enim eandem pecuniam venditor subinde reddat emptori, vt eandem restituere commodanti possit, satisfactum tamen est solemnitati legis duodecim tabularum, quæ nec aliud exigit nisi vt venditor fidem habuerit de precio *d. l. quod vendidi* §. *venditæ Instit. de rer. diuis.* Idque est quod Caius significat his verbis, *dicis gratia*, quod Græci exprimunt his verbis νόμω χάριν, aut aliter quod malo λόγω χάριν id est, verbi gratia, vt possit quis dicere se pecuniam numerasse, quomodo benè Cuiacius explicat *libr.* 10. *obser. cap.* 37. quamuis ea numeratio simulata sit. Non enim omnis simulatio deceptio est, quoties scilicet aut lex aut persona quæ contrahit ea simulatione contenta est, vt in exemplo supradicto *iunct. l. si vsusfructus* 66. *infr. de iur. dot.* Alioqui plus valere debet quod agitur, quàm quod simulatè concipitur, vt est in Rubrica Codicis, & simulata pro infectis haberi debent *l. si ex precio* 6. *C. si cert. petat. sic in l.* 1. §. *excusantur* 34. *infr. de SC. Silan.* ait Vlpianus eos seruos Senatusconto illo excusari, qui auxilium tulerunt sine dolo malo. Nam si finxit se auxilium ferre, vel dicis gratia tulit, nihil ei, inquit, commentum hoc proderit. Eodem sensu scripsit Modestinus, purliatis gratia peti tutorem qui perfunctoriè petitur, vt possit dicere is qui petiit se petiisse, *in l.* 2. §. 1. *infr. qui pet. tutor.* Malè vulgò pro *dicis* legitur hic *ditis* quasi pro *diuitis* quomodo Accursius & Bartolus interpretantur. Malè item alij vt Alciatus *lib.* 4. *dispunct. cap.* 15. *dantis gratia.* Vide hîc diligentem adnotationem doctissimi Dionysij Gothofredi.

5. Vlpianvs libro 28. ad Edictum.

SI, vt certo loco, vel tempore reddatur commodatum, conuenit: officio iudicis inest, vt rationem loci, vel temporis habeat.

Ad l. Si vt certo loco 5.

Rat. dvb. Quod certo loco dari debet nec peti alio loco potest, nisi per actionem arbitrariam, nec alio loco præstari inuito creditore *leg.* 1. *l. penult. supr. de eo quod cert. loc.* Conuentiones enim dant legem contractibus *leg.* 1. §. *si conuenit* 6. *infr. deposit. l. in conuentionalibus* 52 *de verb obligat.* Ergo si commodatum ea lege factum sit, vt certo loco vel tempore reddatur, eo ipso loco & tempore omnimodo reddendum est, vt proinde nil necesse sit dicere, rationem loci vel temporis habendam esse, si agatur Cõmodati. Proprium enim est actionis arbitrariæ, vt in ea rationem loci officio iudicis haberi oporteat. Dec. Quod facit officium & arbitrium iudicis in actione arbitraria, idipsum facit ratio bonæ fidei & æquitatis in bonæ fidei iudiciis: quia tãtundem in bonæ fidei iudiciis officiũ iudicis valet, quantum in stipulationibus nominatim eius rei facta interrogatio *l. quia tantundem* 7. *supr. de negot. gest. l. quæro* 54 *infr. locat.* Atqui n actio Commodati bonæ fidei est, vt sæpius diximus ex *l.* 3. §. *in hac supr. hoc tit.* §. *actionum Instit. de action.* Ergo si conuenerit vt certo loco reddatur cõmodatũ, poterit tamen vbique peti per actionem commodati æquè ac per arbitrariam, sed ita vt etiam vtilitas loci æstimanda sit, vel pro actore si per reum steterit quominùs suo loco commodatum redditum sit, vel pro reo si per actorem *leg. in bonæ fidei* 7. vbi diximus *iunct. leg.* 2. §. *nunc de officio supr. de eo quod cert. loc.* Temporis alia ratio est, vtilitas enim temporis venit etiam in strictam actionem *l. quòd si Ephesi* 4. *sup.* Quanto magis in actionem bonæ fidei?

1 ¶ Si quis hac actione egerit, & oblatam litis æstimationem susceperit: rem offerentis facit.

Ad §.1.Si quis hac actione &c.

RAT.DVB. Commodatum non est titulus habilis ad transferendum dominium, adeóque nec ad transferendam possessionem *l. rei commodatæ* 8. *& seq. infr.* Commodatarius enim non suo nomine possidet, sed commodantis *l.3.§.sed si is qui* 20. *infr. de acquir.poss.* Ergo etiamsi is qui commodauit agens actione commodati æstimationem litis consecutus sit, non ideò rei commodatæ dominium in commodatarium transtulisse videri potest.

DEC. Litis æstimatio præstita similis est emptioni, facitque emptionem *leg.2.§.vltim. & leg.3.infr. pro emptor. leg. si seruus* 21 *§.& ideò de euict. leg.sed etsi res* 9.*§.1. supr. de publician. leg. si propter* 22. *infr. rer.amot.* Atqui emptionis titulus habilis est ad transferendum dominium *leg. numquam nuda* 31. *de acquir.rer. domin.* adeò vt lex duodecim tabularum emptionis verbo alienationem omnem complexa sit *leg. statuliberi à cæteris* 29.*§. vltim. infr. de statulib.* Ergo quemadmodum is cui res aliqua vendita est & tradita, fit dominus, si modò precium soluerit, aut aliter eo nomine satisfecerit *§. vendita Instit. de rer. diuis. leg. quod vendidi* 19. *leg. vt res* 53. *de contr. empt.* Ita & eum qui rem commodatam accepit, & commodati actione conuentus litis æstimationem præstitit, fatendum est dominum effici, quia non ex commodati titulo, sed ex noua emptionis causa rem nunc habet. Ita vt neque traditione noua indigeat, cùm iam ei res tradita sit à domino, quod sufficit, quamuis tradita sit, ex causa commodati *dict. leg.3. leg. si quis rem* 20. *& sequent. de acquir. possess. leg. non solum* 33.*§.1. de vsucap. §. interdum* 44. *Instit. de rer. diuis. leg. qua ratione* 9.*§. interdum*, ex quo locus ille sumptus est, *de acquir. rer. domin.* Quare non probo quod Accursius, & Bartolus hîc docent, ita demum commodatarium oblata litis æstimatione fieri dominum, si res commodata præsens sit ex *leg. eius rei* 46. *& sequent. supr. de rei vindicat.* Tum enim præsentiam rei exigimus, cùm traditio nulla præcessit à domino facta: quomodo contingit, cùm quis rem suam, nec à se vnquam traditam vindicat à possessore: nimirum quia titulus emptionis quantumuis iustus sit, non sufficit ad transferendum dominium, nisi secuta demum traditione *dict. §. vendita. dict. leg. quod vendidi* 19. *de contr. empt. l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* Non potest autem traditio fingi interuenisse, nisi eo demum casu, quo vera interuenire potuisset, non autem potuisset tradi res absens, quia traditio facti est *l. consilio* 7.*§. vlt. infr. de curat. furios.* Ergo nec haberi pro tradita, ne plus possit fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero *l. si is cuius* 14. *in fin. supr. de interrog. in iur. facient.* At res quæ iam semel tradita est, quamuis commodati non emptionis titulo non indiget, vt iterum tradatur, nec vt pro tradita habeatur, cùm verè tradita sit, sed tantùm, vt cùm tradita sit ex vna causa, videatur tamen tradita ex alia: quod ipsum sola iuris potestate fit, nec rei præsentiam requirit. Vide *leg. si rem* 61. *infr. de euict.* Planè si non apparentis rei commodatæ nomine commodatarius aut condemnetur, aut litis æstimationem offerat, æquum est commodantem cauere commodatario, vt repertam rem dominus ei præstet *l. is qui* 13. *in princip. l. in commodato* 17.*§. vltim. infr. hoc tit.* adeóque ei actionibus suis cedere, quamuis commodatarius dolum malum admiserit, vt benè hîc notat Accursius ex *leg. in depositi* 12. *infr. de re iudic.*

2 ¶ Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione: vtrum dolus, an & culpa, an verò & omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum & culpam præstamus: dolum in deposito. nam, quia nulla vtilitas eius versatur, apud quem deponitur, meritò dolus præstatur solus. nisi fortè & merces accessit [a]: tunc enim (vt est constitutum) etiam culpa exhibetur. aut si hoc ab initio conuenit [b], vt & culpam, & periculum præstet is, penes quem deponitur. Sed vbi vtriusque vtilitas vertitur, vt in empto, vt in locato, vt in dote, vt in pignore, vt in societate: & dolus & culpa præstatur. Commodatum autem plerumque [c] solam vtilitatem continet eius, cui commodatur, & ideo verior est Quinti Mucij sententia existimantis & culpam præstandam, & diligentiam.

Ad §.2. Nunc videndum.

RAT.DVB. Culpa cuique sua nocere debet non alteri, sicut factum cuique suum & sua cuique mora *l. factum* 155. *leg. in condemnatione* 173.*§. pen. de regul. iur.* Quod enim quis ex culpa sua damnum patitur nec sentire videtur *l. quod quis* 203. *eod.* Ergo indistinctè dicendum est, ex contractu quolibet præstandam esse culpam non minùs quàm dolum, non adhibita distinctione illa, quę hîc adhibetur: an dantis duntaxat, an verò solius accipientis, an denique vtriusque gratia contractus fiat: maximè verò si bonæ fidei contractus proponatur: nec enim bona fides id est æquitas patitur, vt culpa vlla sit impunita, multo minùs verò vt culpa vnius noceat alteri, cui nihil imputari potest. DEC. In contractibus omnibus, etiam bonæ fidei, non minùs quàm in stipulationibus, sequimur semper id quod actum est, etiamsi dictum non sit *l. semper in stipulationibus* 34. *de regul. iur.* Pleraque enim tacitè aguntur, quæ non dicuntur *leg. pen. infr. de euict.* Imò etiam nonnulla interdum extra id quod actum est, vt in *l. is qui* 13. *in fin. infr. hoc tit.* Atqui in contractibus qui fiunt gratia dantis tantùm, vt in deposito, aliud sanè agitur, aliud verò in iis qui

qui fiunt gratia solius accipientis, vt in commodato, aliud denique in iis qui gratia vtriusque. Nam cùm dantis solius gratia contractus fit, an nõ esset iniquum culpam præstari ab eo, qui in culpa non esset, si non contraxisset, neque rursum contraxisset, si non alij cum quo contraxit, magis quàm sibi prospicere voluisset? Nisi fortè velis officium ei suum pro culpa obiicere, quasi non debuerit alterius gratia contrahere, potiùs quàm sua, quod esset ridiculum *l. si seruus 61. §. quod verò de furt.* Nemo enim alteri potest imputare factum ex quo ipse lucrũ sentiat *l. si extraneus 33. l. cùm in fundo 78. §. quod si mulier infr. de iur. dot.* Neq; sanè alienas vtilitates sequi aut ambire suo periculo quisquã cogitur. Planè dolum præstare debet etiam is, qui solius dantis gratia contraxit, vt depositarius, quia dolus impunitus manere nunquam debet *l. procurator 11. §. leg. infr. de doli mali except.* Nec si expressa conuentione placuerit, vt dolus non præstetur *leg. 1. §. illud non probabis infr. depos.* vbi ratio redditur, quia hæc conuentio contra bonam fidem est, & contra bonos mores. Quamuis placeat valere cõuentionẽ ne depositi, agatur quæ in effectu idipsum cõtinet ne dolus præstetur *l. si vnus 27. § illud nulla sup. de pact.* nimirum in hoc casu, vt & in aliis plerisque, expressa nocent, non expressa non nocent, vt habet iuris regula. Non autem quemadmodum bonæ fidei dolus opponitur, ita etiam culpa, sed diligentiæ, vt in quo gradu negligentiæ quisque est, in eodem gradu sit culpæ, nihil enim vetat esse quem in culpa, & nihilominus probum virum. Est autem triplex gradus culpæ, latæ, leuis, & leuissimæ, sicuti tres sunt gradus diligentiæ, exactissimæ, cui opponitur culpa leuissima, exactæ, cui opponitur leuis, & minimæ aut nullius omnino diligentia, cui lata culpa, vt scripsimus in *Error. 1. decad. 76.* E contrariò si contractus celebratus sit gratia solius accipientis, vt euenit in commodato, id agi tacitè intelligitur, vt qui accipit, teneatur de omni culpa, quia omnem diligentiam præstare debeat. Nec enim de eo potest is conqueri, qui totum commodum ex contractu sentit, vt ad quem totum commodum pertinet, etiam totum pertineat incommodum *l. secundum naturam 10. de regul. iur.* Neque ferendus est, qui lucrum quidem ex cõtractu captat, damnum autem subire recusat *l. vnic. §. pro secundo C. de caduc. tollend.* Consequens igitur est, vt si gratia vtriusq; celebratus sit cõtractus, quod euenit regulariter, vt in emptione, locatione, dote, pignore, & societate (si modò æquè principaliter nõ si ex postfacto & per accidens, vt in *l. si quis nec causam 4. l. rogasti 11. supr. de reb. credit.*) non tantùm dolus præstandus sit, sed etiam culpa, nec ea tantùm lata quæ etiã dolo æquiparatur, sed etiam leuis, quæ media est inter latam & leuissimam, non tamen leuissima: quia & hoc quoque agi tacitè intelligitur. Qua enim fronte diligentiam exactissimam ab aduersario desideraret is, cuius etiam gratia initus contractus fuerit? Et ita ex hoc §. explicandũ est quod scribitur in *l. contractus 23. infr. de regul. iur.* Eadem distinctio & iuris ratio locum habet in quasi contractibus, vt tutelæ & negotiorum gestorum.

a *Nisi fortè & merces accessit.* Rat. dub. Commodatum gratuitum esse debet *§. item is cui in fin. Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Alioqui degenerat in locationem, si merces accedat, vt ibidem scriptum est. Eadémque ratio est depositi *l. 1. §. si quis seruum 9. infr. depos.* Ergo siue de commodato agatur siue de deposito, vt in hoc §. non potest locum habere exceptio hæc *nisi merces accessit.* Dec. Merces, quæ locationis substantiam constituit, & quæ propriè merces appellatur, consistere debet in pecunia numerata, sicut & precium, quod constituit substantiam emptionis *leg. 1. de contr. empt. leg. 1. de rer. permut.* Hæc autem exceptio intelligenda est de mercede, quæ impropriè sit merces, & quæ constituta sit in alia re, quàm in pecunia numerata, vt in *dict. §. si quis seruum.* Id enim duntaxat agit Vlpian. in hoc §. vt distinguat an depositum factum sit de gratia solius deponentis, an verò etiam gratia depositarij, cui pro custodia rei depositæ aliquid extra pecuniam numeratam datum vel promissum sit, vt priore casu dolus solus præstandus sit, posteriore verò etiam culpa *leg. qui mercedem 40. infr. locat.* Quamquam vix est, vt hoc fiat, quin contractus depositi tum quoque cùm in contractum locationis degenerare non potest, in alium tamen contractum innominatum degeneret, ex quo nascatur actio præscriptis verbis potiùs quàm depositi vt in *dict. §. si quis seruum,* vbi tamen adhibetur distinctio, secundum quam hic versiculus intelligi proculdubio debet. Iunge §. *nunc videndum 11. versic. rem tibi dedi infrà.*

b *Aut si hoc ab initio conuenit.* Rat. dub. Conuentio in contractu apposita non valet, si sit contra naturam contractus *leg. vbi ita donatur 27. infr. de mort. caus. donat. leg. cùm precario 12. infr. de precar.* Atqui est ex natura actionis depositi, vt in ea dolus solus præstandus sit, quia contractus depositi fit gratia solius deponentis, non etiam depositarij, vt proximè diximus. Ergo etiamsi ab initio conuenerit, vt culpam quoque præstare depositarius debeat, dicendum est nullius momenti esse pactionem, quasi naturæ depositi contrariam, idémque multo magis dici potest, si conuenerit, vt non modò culpam, sed etiam periculum omne depositarius præstet. Id enim est contra iuris regulam, quæ periculum casuum fortuitorum à nemine vult præstari *dict. leg. contractus 23. in fin. de regul. iur.* Cùm ad dominium potiùs pertinere debeat *leg. quæ fortuitis 6. leg. pignus 9. Cod. de pignorat. act.* vt sua cuique res pereat, non alteri. Priuatorum autem pactiones legum authoritate censeri nec possunt, nec debent *leg. vltim. infr. de suis, & legit. leg. 3. Cod. de collat. leg. hereditas 5. Cod. de pact. conuent. tam sup. dot.* Dec. Contractus ex conuentione legem accipiunt, vt est in regula vtriusque iuris & ciuilis & pontificij, *cap. contractus de regul. iur. in 6. leg. 1. §. si conuenit infrà deposit.* Legem inquam id est, naturam, quamuis non substantiam. Ergo si quid ab initio conuenerit, etiam contra naturam contractus ratum id habendum est, dum ne contra substantiam *l. pacta conuenta 72. infr. de contr. empt.* Multùm enim differt natura cuiusque contractus à substantia. Natura versatur circa præstationes quæ sua sponte veniunt ex contractu, vt in *dict. leg. pacta & dict. §. si conuenit, & hoc §.* Substantia verò circa ea quæ essentiam contractus constituunt, vt alibi scripsimus, & scribemus ad *d. l. pacta conuenta,* contra interpretationẽ Cuiacij ad illũ locum. Quamquam si verum amamus cùm cõuenit in deposito, vt non tantùm dolus, sed etiam culpa, adeóque periculũ ipsum præstetur, pactum hoc non tam contra quàm præter naturam contractus est. Quod longè

est diuersum, sicut & contra leges quid fieri aut præter leges *l. necnon 28. §. quoad eius supr. Ex quib. caus. maior.* & sanè cùm fiant contractus omnes gratia contrahentium, æquũ est in contractibus omnibus inspici quod actum est, ac multo magis quod dictum est, quandoquidem de eo quod actum, nec dictum est, dubitari probabiliter potest, an actum sit, non etiam an actum sit, quod expressè dictum est *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Quorsum enim verba, nisi vt mentem & animum dicentis significent? *leg. Labeo 2. infr. de supell. legat. leg. ille aut ille 25. §. cùm in verbis de legat. 3.* Quid enim conuenientius naturali æquitati, quàm pacta seruare? *leg. 1. supr. de pact.* Quid contra grauius, quàm fidem frangere? *leg. 1. supr. tit. prox.* dummodo scilicet pacta neq; contra leges sint neq. contra bonos mores neq; contra Senatusconsulta *l. iuris gentium 7. §. ait prætor supr. de pact. l. pacta quæ contra 6. C. eod. d. l. vlt. de suis & legit. d. l. 3. C. de collat. d. l. hereditas 5. C. de pact. conuent. l. 1. §. illud non probabis infr. depos.*

c *Commodatum autem plerumque.* RAT. DVB. Commodatum semper gratuitum esse debet, vt suprà diximus ex § *item is cui Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Ergo semper fit gratia solius commodatarij. DEC. Aliud est commodatum esse gratuitum, aliud vero fieri causa tantùm commodatarij. Gratuitum est: cùm dicimus, excludimus mercedẽ, ne cõmodatum degeneret in locationẽ aut in aliũ cõtractum innominatum: sed nihil vetat esse gratuitũ, & tamen fieri gratia vtriusque & commodantis & commodatarij. Quid enim si equum tibi cõmodauero vt eo vtaris ad negotiationem mihi & tibi communem? Imò verò, quod magis est, interdum fit commodatum gratia solius commodantis, quo casu dolus solus à commodatario præstatur, vt & à depositario *§. planè interdum*, vbi exempla ponũtur *infr. hac lege.* Extra hos casus, id est, si neque solius cõmodantis neque vtriusque gratia commodatum sit, sed solius causa commodatarij, præstare debet commodatarius non modò culpam, si quid fortè fecerit in re commodata quod non debuerit, sed etiam diligentiam, & quidem exactissimam, vt nihil omittat ex iis quæ diligẽtissimus paterfamilias facere debuit *d. §. item is cui quib. mod. re contr. oblig.* Nec enim sufficit ei diligentem esse ad eum modum quem hominum natura desiderat *l. quod Nerua 32. infr. deposit.* cùm teneatur de omni culpa etiam leuissima, cui opponitur, vt diximus, exactissima diligentia, quæ tamen in hoc §. dicitur simpliciter diligentia, vt & in *d. l. contractus 23. de regul. iur.* quia sicuti culpam simpliciter cùm dicimus leuem, intelligimus, quæ oppositam habet exactam diligentiam, ita & cùm post nomen culpæ ponunt Iureconsulti nomen diligentiæ, & exactissimã diligentiam intelligunt, quæ leuissimæ culpæ opponatur. Scripsimus in *Error. 1. decad. 76.*

3 ¶ Et si fortè res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo, qui æstimationem se præstaturum recepit.

Ad § 3 Etsi fortè res æstimata.

RAT. DVB. Cuiusque rei periculum pertinet ad dominum *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 23. in fin. de regul. iur.* Atqui dominium rei commodatæ numquam pertinet ad commodatarium, in quem scilicet neque dominium neque possessio ex commodati titulo transferri potest *l. rei commodatæ 8. & seq. infr. hoc tit.* Vnde est quod etiam rem alienam commodare possumus *l. commodare 15. & seq. eod* Ergo quamuis res commodata æstimata data sit, non ideò tamen periculum pertinere debet ad commodatarium, quandoquidem non eo minùs res, manet commodata quòd æstimata sit, cùm æstimatio non tollat, nec mutet contractum, cui adiicitur *l. cùm duobus 52. §. damna infr. pro socio.* Neque verò valet conuentio, vt quis de omni casu fortuito teneatur nisi specialiter casus expressi sint, de quibus teneri quis velit *l. sed etsi quis 4. § quæsitum supr. si quis caution.* Nec rursum quælibet æstimatio facit emptionem, vt constat ex *l. 1. § vlt. infr. de æstimat. act. l. cùm duobus 52. § sed verum & § damna infr. pro socio. l. plerumq. 10. in princip. & §. vlt. cum l. seq. infr. de iur. dot. l. si inter 21. C. eod. l. si gratuitam 17. in fin. de præscript. verb.* Sanè cùm æstimatio facit emptionem, nemo dubitat quin transeat periculum in accipientem *l. quæro 54. §. vlt. & l. 3. infr. locat. l. quoties 16. de iur. dot. l. æstimatis 50. infr. solut. matr. l. vnic §. cùmque ex stipulatu Cod. de rei vxor. act.* Quia & per emptionem transiret periculum in emptorem *l. necessario 8. infr. de peric. & commod. rei vendit. l. 1. C. eod. §. cùm autem Instit. de empt. & vendit.* dummodò certa sit æstimatio *l. quidam 96. §. si tibi de legat. 1.* quia & precium certum esse debet ad constituendam emptionem *§. precium Instit. de empt. & vendit.* Atqui cùm res commodata traditur æstimata, certum est non ideò fieri ex commodato emptionem, sed manere contractum commodati. Ergo nec idcirco transit omne periculum in commodatarium, nisi id expressè dixerit, vt in *§. præcedente.* Præsertim cùm possit imputari commodanti, cur non dixerit legem apertius, ex regula *leg. veteribus 39. supr. de pact. l. Labeo scripsit 21. infr. de contr. empt.* DEC. Æstimationis proprium illud est, vt faciat emptionem, nisi cùm aut voluntas contrahentium repugnat, aut natura negotij. Voluntas contrahentium repugnat, quoties conuẽnit, vt eadem ipsa res quæ æstimata est, aliquando reddatur, vt in specie *dict. leg. si inter 21. Cod. de iur. dot. l. æstimatis 50. infr. solut. matrim.* Tunc enim apparet ideò factam æstimationem, ne si species aliqua fuisset diminuta aut perdita alio precio quàm quo taxata fuerat, reposceretur, vt scriptum est in *dict. leg. si inter.* Ex quo loco apparet non magis reddi posse deterioratam rem quàm perditam, cùm nec videatur reddi res, quæ deterior redditur *leg. 3. §. si reddita supr. hoc tit. leg. 1. §. si res deposita 16. infr. deposit. dict. lect. 1. §. vltim. de æstimat. act.* nisi cùm conuenit vt eadem ipsa corpora, quæ æstimata sunt, omnimodo reddantur, vt in *dict. leg. si inter.* Ac proinde verum esse quod nos docuimus *libr. 7. coniect. cap. 5.* legendum esse *nec* pro *&* in *leg. sanè 11. infrà eod. ill. tit. de iur. dot.* Pendet enim lex illa ex *§. vltim. legis præcedentis*, vbi proponebantur res in dotem datæ æstimatæ, sed eo pacto adiecto, vt vel eædem res, vel earum precia redderentur. In quo euidenter errat Bartolus, distinguens rem peremptam à deteriorata, quasi deteriorata res possit reddi, non etiam illa, quæ perempta est. Quod certè falsum est: cuius enim periculo res pereunt, eius quoque periculo deteriores fiunt *dict. leg. cùm dotem & dict. leg. 1. §. vltim. de æstimat. act.*

& d. l.

V

& d.l.si inter. Sed ignoscendum est Bartolo, quem corrupta illius legis lectio fefellit. Repugnat etiam interdum natura negotij, ne æstimatio possit facere emptionem: Vtputa si societatis contrahendæ causa sint data pascenda pecora, eáque æstimata. Non enim possunt ideò videri vendita, cùm per societatem id agatur, vt dominium communicetur, per emptionem verò vt transferatur: ideóque pro socio actio durat, si quid fortè dolo malo, aut culpa eius acciderit, qui æstimatum pecus accepit, alioqui si pecus æstimatum latrocinio aut incendio perierit, commune damnum erit *d.l.cùm duobus §.damna pro socio.* Repugnat etiam naturæ negotij, & contrahentium voluntati, vt æstimatio faciat emptionem, quoties facta est in ordine ad alium contractum, puta si quid æstimatum tibi dedero vt alij vendas. Implicat enim vt vendidisse tibi videar eam rem quam dedi tibi æstimatam, vt alij vendas. In qua specie varijs distinctionibus opus est, de quibus in *d.l.si quis nec causam 4. & d.l.rogasti 11.supr. de reb.credit.* vbi diximus, *& in d.l.si gratuitam 17.§.1. infr. de præscript. verb.* Nec valde dissimile est quod Bartolus adfert ex *l.seruos 36.supr.famil. ercisc.* Seruos inter coheredes tempore diuisionis æstimatos non emendi, sed diuidendi animo precijs adscriptos videri: ideóque suspensa condicione mortuos tam heredi quàm fideicommissario deperiisse. Precium enim serui cùm non sit hereditarium, vt benè docet Bartolus, non potest in diuisionem venire. Quid ergo si natura contractus talis sit, vt dominium pro parte transferatur in accipientem, & pro parte non transferatur, vt in societate? Respondet Bartolus pro ea parte pro qua transfertur dominium, transire periculum in accipientem, pro alia verò parte non transire, *d.l.cùm duobus 52. §.sed vtrum & §.damna.* Nisi de eo contractu agatur in quo ex natura contractus veniat etiam culpa leuissima, quo casu facit æstimatio vt veniat casus fortuitus, ne alioquin æstimatio nihil operetur, vt post Accursium Bartolus argumentatur ex *l.si quando 109.de legat.1.* Nam si ex contractus natura veniat tantùm culpa leuis, nihil addit æstimatio, nisi vt veniat etiam leuissima, vt idem Accursius, & post eum Bartolus putat, existimans hanc esse rationem propter quam Vlpianus in hoc §.scribit, In commodato, si res æstimata data sit, omne periculum venire, id est etiam casus fortuiti, quia & nulla æstimatione facta venire leuissima quoque culpa, non quasi æstimatio potuerit transferre periculum ex eo contractu, ex cuius natura est, vt dominium non transferatur: aliud ergo est transferri dominium, aliud verò transferri periculum. Ex cõmodato enim nũquã transfertur dominiũ, id est, nequidẽ, facta æstimatione, transfertur tamen omne periculum si facta æstimatio sit, vt constat ex hoc §. & ex *d.l.1.§. vlt.de æstimat.action.d.l.plerunque in princip. & §.vlt. & d.l.quoties 16.infr.de iur.dot.* Mihi tamen videtur Vlpianus in hoc §.aliud quiddam sentire. Tractat enim de eo commodatario, qui non modò rem cõmodatam acceperit æstimatam, sed etiam eius æstimationem restituturum se receperit, ac proinde qui, si rem ipsam commodatam vellet reddere, quamuis incorruptam, non esset audiendus, quandoquidem nulla hîc electio est, quæ aut commodanti, aut commodatario dari possit, promissa simpliciter æstimationis restitutione. Fatendum igitur est, hoc casu transferri ex commodato dominium propter æstimationem, quæ haud dubiè facit emptionem, nec alia de causa transfert omne periculum in commodatarium, quàm quia id omnino consequens est translationi dominij, quamuis cõtra naturam simplicis commodati sit, vt ex eo dominium transferatur. Itaque non possum probare quod Accursius noster verba illa, *omne periculum*, de omni culpa interpretatur, aut quod eòdem recidit, de omni periculo, quod ex culpa proueniat, ad exclusionem casus fortuiti, qui tamen solus meo iudicio his verbis significatur. Nec simile est quod Accursius adfert ex *l.litis 37.§.si pecuniæ supr de negot. gest.* vbi nulla æstimatio facta proponebatur, nec fieri poterat, cùm de nominibus à negotiorum gestore contractis ageretur. Nec rursus quod est *d.l.1.§.vlt.de æstim.act.* vbi quod dicitur de periculo propter æstimationem præstando, non ad culpam restringendum est, vt Azo credidit, sed de casu fortuito intelligendum, secundum veriorem Ioannis interpretationem, quam eo loco Accursius refert. Neque obstat, quod in §. sequenti subiicitur de casu fortuito per commodatarium non præstando. Id enim ad initium huius §. referendum est, in quo dictum est, præstandam à commodatario culpam & diligentiam, non ad posteriorem huius §. sententiam, in qua agitur de re æstimata, idque per modum exceptionis, nos quidem istas sententias per §§. cum Gothofredo distinximus commodioris explicationis gratia, sed tamen magis probamus, vt ab illis verbis, *commodatum autem*, vnicus sit & continuatus §.vsque ad verba illa *sed an etiam hominis*, quamuis Bartolus quoque nouum §. inchoet ab illis verbis *quod verò senectute*, & alium ab iis, *Custodiam planè*, quod & nos sequemur.

4 ¶ Quod verò senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut si quid simile accidit: dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit: nisi aliqua culpa interueniat. proinde & si incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale: non tenebitur, nisi fortè, cùm possit res commodatas saluas facere[a], suas prætulit.

Ad §.4. Quod verò senectute.

RAT. DVB. Tractamus de commodato, quod factum sit gratia solius commodatarij, de quo in *versic. commodatum supr.* Ergo quemadmodum ob eam causam tenetur commodatarius de omni culpa etiam leuissima, ita & de casu fortuito videtur teneri debere, præsertim si res commodata erepta sit vi latronum, ne alioqui commodantis officium sit ei damnosum, cùm si rem suam non commodasset, ea vi latronum erepta commodatario non fuisset *leg. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Aliud sanè est de damno quod vel morbo vel senectute hominis commodati contigit, quippe quod æquè penes commodantẽ contigisset etiamsi cõmodata res nõ fuisset. DEC. Casus fortuiti quos nulliũ humanũ cõsiliũ præuidere aut

impedire potest à nullo præstantur *l. contractus 23. in fin. de regul. iur. l. si merces 25. §. vis maior infr. locat.* Ergo neque à commodatario præstandi sunt, cui scilicet nihil imputari potest, nequidem culpa leuissima, potiúsque imputari potest ei qui commodauit, cur non prospexerit posse damna ista fatalia euenire, si talia sint quæ occasione commodati euenire potuerint, etiamsi non aliter fuerint euentura *arg. l. si quis domum 9. §. 1. ℣. idem quærit infr. locat.* Magis enim casibus, quàm mandato imputari ista oportet *l. inter causas 26. §. non omnia infr. mandat. l. si res pupillaris 50. infr. de admin. tutor. l. in rebus 18. infr. hoc tit. l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act.* Parum enim proficit custodia aduersus vim maiorem siue diuinam siue humanam *l. ad eos 19. infr. hoc tit. l. si ea res 31. infr. de action. empt.*

a *Nisi fortè cũ posset res cõmodatas saluas facere.* RATDUB. Omnes sibi malũt benè esse quã alteri, & naturale cuiusq; votũ est, vt res suas malit saluas esse quã alienas, excipitur solus seruus de quo scriptũ est plus eũ diligere dominũ suũ quã seipsum debere *l. 1. §. iuxta hoc 28. infr. de SC. Silan.* Nihil ergo potest imputari commodatario, si in casu incendij, ruinæ, vel naufragij cùm posset res commodatas saluas facere, suas prætulit. DEC. Etiamsi quis ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens sit in commodato conseruando, nisi tamen ad suum modum etiam in commodato curam præstet fraude non caret. Nemo enim salua fide minorem alienis quàm suis rebus diligentiam præstare potest, inquit eleganter Celsus in *l. quod Nerua 32. infrà deposit.* Ergo si commodatarius cùm posset res commodatas saluas facere suas prætulit, teneri eo nomine commodati actione debet, non quasi ex culpa, sed quasi ex dolo. Ideóque in depositi actione in quam solus venit dolus, idem iuris est *d. l. quod Nerua.* Sic dicimus non esse audiendum tutorem, si dicat ideò cessasse pecuniam pupillarẽ, quòd idonea nomina non inuenerit, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse *l. tutor secundum dignitatem 13. §. 1. infr. de admin. tutor.* Hic quærit Accursius, quid si res commodata erat vilis precij, res verò commodatarij erant preciosæ? Et respondet, quod & Bartolus probat, non teneri hoc casu commodatarium, quia & diligens quilibet paterfamilias hoc fecisset, id est preciosiores vilioribus in iis conseruandis prætulisset. Idémque ait si res commodatæ & commodatarij fuerint æqualis valoris ex *l. in rebus 18. in princip. infr.* Ego verò neutrum probare possum, quia minorem diligentiam in alienis rebus conseruandis præstat commodatarius qui suas præfert, licèt preciosiores, quàm in suis, quod tamen salua fide facere non potest *dict. l. quod Nerua.* Et quamuis verissimum sit diligentissimum quemque patremfamilias electurum conseruationem rerum magis preciosarum potiùs quàm viliorum, id tamen intelligi debet cæteris paribus, non sunt autem cætera paria cùm sit comparatio inter res commodatas & proprias commodatarij, quia, vt diximus, minorem diligentiam præstaret commodatarius in rebus commodatis, quàm in suis, si commodatas res quamuis viliores, postponeret suis, ita etsi preciosioribus. Nam in pari causa periculi minorem diligentiam præstat alienis rebus conseruandis hoc ipso, quod non præstat maiorem, cùm non possit præstare parem, si, quod in facto ponimus, alias cõseruet, alias verò perire patiatur: idémque multo certiùs dici potest si paris sint valoris. Planè si ponas fuisse commodatas res à duobus, electio erit commodatarij, cui gratificari malit, & cuius res saluas esse maluerit, non adhibita distinctione illa, vtrum res conseruatæ preciosiores fuerint an viliores, quia non sicut maiorem alienis rebus conseruandis diligentiam commodatarius debet quàm suis, ita & dici potest maiorem eum diligentiam debere ad vnius ex commodatoribus, quàm ad alterius res conseruandas. nimis enim durum est, si cùm vtriusque commodatoris res saluas facere non posset, elegerit alterius res præferre, tali electione crimen eum contraxisse dicamus exemplo eius quod scriptum est in *l. 3. §. si cùm omnes in fin. infr. de SC. Silan.*

5 ¶ Custodiam planè commodatæ rei etiam diligentem debet præstare.

Ad §. 5. Custodiam.

Additur hic siue §. siue versiculus ad interpretationem eius quod in §. proximo dictum est, quod senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut si quid aliud simile acciderit, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit: idémque dicendum esse, si incendio, vel ruina, vel naufragio fatale aliquod damnum contigerit. Non enim id tam generaliter accipiendum est, vt si quid eorum quæ supradicta sunt, acciderit ob non præstitam à commodatario tantam diligentiam quantam debuit, nõ debeat ille teneri eo nomine, cùm ad exactissimam diligentiam præstandam teneatur, quia scilicet in commodato solius commodatarij vtilitas versatur, vt diximus in *§. 1. ℣. commodatum supr. l. si seruus 61. §. circa commodatũ infr. de furt.* Quòd si non præstiterit exactissimam diligẽtiam, negari non potest quin sit in culpa saltem *leuissima.* Ergo cùm in hac specie culpa præcedat casum, æquissimum est teneri commodatarium, etiam de casu fortuito, qui vtique non contigisset, si diligens custodia in conseruanda re commodata præcessisset. Idque est, quod paullo antè Vlpianus dixerat, *Nisi aliqua culpa interueniat.* Paria enim sunt culpam aliquam interuenire commodatarij, & diligentem ab eo custodiam non præstari. Ergo ratio dubitandi ad hunc versiculum illa est, quòd nec commodatarius, nec alius quisquam de casu fortuito teneatur *d. §. prox. supr. l. contractus 23. in fin. de regul. iur.* Sed decidendi illa, quòd aliud dicendum sit, quoties culpa præcedit casum. Nempe cùm culpa illa ordinata est ad eum casum qui posteà contigit. Hoc enim addendum necessariò est, vt alibi scripsimus ex *§. sed interdum infr.*

6 ¶ Sed, an etiam hominis commodati custodia præstetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum & hominis custodia præstanda est: si vinctus commodatus est, vel etiam eius ætatis, vt custodia indigeret. certè si hoc actum est, vt & custodiam is, qui rogauit, præstet: dicendum erit, præstare.

Ad

Ad §.6. Sed an etiam hominis.

RAT. DVB. Cōmodatarius tenetur præstare diligentē custodiā, & exactissimā diligentiā in re cōmodata, vt proximè diximus: Ergo & in homine cōmodato, cū nō minùs homines, id est serui, quàm aliæ res commodari possint. Computantur enim serui inter alias res mobiles, quæ sunt in nostro patrimonio, adeóque inter res mobiles *leg. 3. §. Nerua filius infr. de acquir. poss.* quarum custodia multo exactior necessaria est *leg. si rem mobilem 47. eod.* DEC. Differentia hæc est inter hominem & cæteras res mobiles, quòd cæteræ res cura & diligentia possessoris custodiendæ sunt: A. homo seipsum custodit, adeò vt nec sui furtum facere possit, nec aut suam, aut aliarum rerum domini sui possessionem interuertere *l. rē quæ nobis 15. in fin. eod.* Nihil ergo est quod imputari commodatario possit, si commodatum seruum minùs diligéter custodierit, nisi fortè commodatus fuit vinctus quòd fugæ suspectus esset domino, aut si eius ætatis fuit, vt custodiri deberet propter suspectos mores adolescentiæ, qui prudenti cuilibet vix possunt esse non suspecti. Culpa enim nec leuissima est commodatarij, si non vinciat seruum commodatum quem dominus vinxerat, aut minùs diligenter custodiat eum quem commodator diligentiùs custodiebat *l. si à bona fidei 21. supr. de rei vindic.* Idque etiam si in commodato contrahendo nihil dictum sit de præstanda custodia. Quanto magis si expressim ita conuenerit, vt in homine commodato custodiam præstare debeat commodatarius? Parum enim refert an expressè quid agatur, an tacitè, & quamuis dici soleat expressionem eorum quę tacitè insunt, nihil operari, vt est in vulgari nostrorum brocardico, semper tamen tutius est id exprimere, de quo alioquin dubitari posset, an tacitè inesset, vel ob hoc saltem ne qua dubitationis supersit occasio *leg. quæ dubitationis 81. de regul. iur.* Et ne possit obiici commodanti, quòd legem apertiùs dicere potuerit & debuerit ex regula *l. veteribus 39. supr. de pact. leg. Labeo 21. infr. de contr. empt.* Nec enim potest vis expressi minui, ex eo quod tacitè inest, nisi cùm expressa nocent, non expressa non nocent, quod in proposito non contingit.

7 ¶ Sed interdum & mortis damnum ad eum, qui commodatum rogauit, pertinet. nam si tibi equum commodauero, vt ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris: commodati teneberis. idem erit & in homine. Planè si sic commodaui, vt ad bellum duceres: meum erit periculum. Nam & si seruum tibi tectorem commodauero, & de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait. sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodaui, vt & in machina operaretur. cæterum si, vt de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinæ culpa factū est minus diligenter non ab ipso ligatæ, vel funium, perticarúmque vetustate: dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum præstare debere. nam & Mela scripsit, si seruus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentiùs machinam colligarit.

Ad §.7. Sed interdum.

RAT. DVB. & DECID. ad hunc §. eadem est quæ ad §. *custodiam 5. supr.* Videbatur enim casus fortuitos non debere ad commodatarium pertinere, quippe quem æquum sit teneri quidem de omni culpa etiam leuissima, sed non de casu fortuito, quem diximus toties à nemine præstari *l. contractus 23. in fin. de regul. iur. l. quæ fortuitis 6. C. de pignorat. act.* Sed fallit ea regula quoties culpa præcedit casum, si modo commissa sit in ordine ad illum casum & casus ille ob eam culpam contigerit, vt hîc Bartolus benè notat ex *l. non omne 38. infr. de statulib. l. si alius 7. §. est & alia infr. quod vi aut clam.* (Alioqui non tenetur de casu nisi culpa caderet in delictum circa rem ipsam vt in *l. ita vulneratus 51. ad leg. Aquil.* non circa vsum rei *l. qui furtum 16. supr. de condict. furt.* vt nisi culpa caderet in moram *l. quod te 5. sup. de reb. cred. l. si ex legati 23. de verb. oblig.*) Tunc enim non tam videtur teneri de casu quàm de culpa quæ casui causam vel saltem occasionem dedit. Idque generale est in omnibus, qui alioqin de casu fortuito non tenerentur, vt constat ex legibus quas hîc Accursius adducit, id est ex *l. in rebus 18. §. 1. infr. hoc tit. l. videamus 11. §. 1. infr. locat. l. 2. §. vis fluminis supr. si quis caution. l. in his rebus 56. in princip. infr. solut. matr.* Excipiuntur tantùm duo casus de quibus in *l. vlt. §. pen. & vlt.* vbi dicemus *infr. ad leg. Rhod. de iact.* Ibi enim casus contigisset, etiamsi culpa nulla præcessisset vt & in *d. l. 7. §. est & alia quod vi aut clam.* Adfert autem Vlpianus in hoc §. tria huius propositionis exempla. Primum est, si equum tibi commodauero, vt ad villam duceres, tu ad bellum duxeris. Idémque erit in homine. Etsi enim casu fortuito acciderit posteà, vt equus vel homo meus in bello perierit, culpa tamen tua præcessit casum, cùm re commodata aliter vsus sis quàm quomodo vti debueras, adcò vt eo nomine etiam furti obligeris, vt scriptum est in §. *prox. seq.* Nam si commodassem tibi equum, vel hominem sic, vt ad bellum duceres, nemo dubitaret quin meum deberet esse periculum, quia prospicere debueram euenturum facilè, vt in bello equus vel homo periret *l. si quis domum 9. §. 1. versic. idem quærit l. item quæritur 13. § si quis seruum infr. Locat.* Quemadmodùm & si seruum meum tectorem tibi commodauero, & is de machina ceciderit, periculum meum esse constat. Sed hoc ita, inquit Vlpianus, si tibi eum commodaueram ad hoc, vt in machina operaretur, alioqui si vt de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si factum id sit culpa machinæ, non satis diligenter à te ligatæ, vel funium perticarúmque vetustate, periculum tuum esse debet non meum, quia culpa tua damnum contigit, & ea culpa casum præcessit. Est que hoc secun-

dum exemplum. Tertium huic simile est, si seruus lapidario commodatus sub machina perierit. Teneri enim faber debet actione commodati, quia negligentiùs machinam colligauit.

8 ¶ Quinimò & qui aliàs re commodata vtitur, non solùm commodati, verùm furti quoque tenetur, vt Iulianus libro vndecimo digestorum scripsit. Denique ait [a]: si tibi codicem commodauero, & in eo chirographum debitorem tuum cauere feceris, egóque hoc interleuero: si quidem ad hoc tibi commodauero, vt caueretur tibi in eo: teneri me tibi contrario iudicio. si minus, neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum, etiam teneris mihi (inquit) commodati: immo (ait) etiam furti: quoniam aliter re commodata vsus es, quemadmodum qui equo, (inquit) vel vestimento aliter, quàm commodatum est, vtitur, furti tenetur.

Ad §. Quinimò 8.

RAT. DVB. Qui habet rem commodatam à domino, habet eam ex voluntate domini, à quo fuit ipsi tradita. Est enim commodatum ex eo genere contractuum, qui re perficiuntur *§. item is cui Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Atqui furtum est contrectatio rei alienæ inuito domino *l. 1. infr. de furt.* Ergo non potest commodatarius facere furtum rei commodatæ *arg. leg. de eo 63. in fin. infr. de donat. int. vir. & vxor.* nisi fortè reposcenti domino recuset eam restituere, quomodo de depositario scriptum est in *l. si quis inficiatus 13. in princip. & §. 1. infr. depos.* DEC. Commodatum eius naturæ est, vt semper fiat ad certum vsum, & ad certum tempus, in quo potissimùm differt à precario, vt diximus ad *l. 1. §. 1. in fin. supr.* Ergo quemadmodum commodatarius habet pro se voluntatem domini commodantis quatenus vtitur re commodata, secundum domini voluntatem: Ita statim atque excedit vsum & tempus à commodante præstitutum, incipit facere non modò præter, sed etiam contra domini voluntatem, qui præscribendo certum vsum, certúmque tempus, hoc ipso videtur prohibuisse, ne in alium vsum, aut in aliud tempus commodata res retineretur *arg. l. cùm prætor 12. supr. de iudic.* Facit ergo furtum hoc casu commodatarius, tanquam contrectans rem inuito domino. Cùm enim de furto agitur, inuitum accipimus dominum, non tantùm si contradicat, sed etiam si non consentiat, nec aliud in depositario iuris est *leg. qui furtum 16. supr. de condict. furt. l. qui iumenta 40. l. si pignore 54. in princip. & §. 1. l. qui re 76. infr. de furt.* vbi tamen exceptio additur, nisi existimauerit se non inuito domino id facere, quod & scriptum est in *§. placuit Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* nempe quia furtum sine affectu furandi committi non potest, vt ibidem scriptum est. Planè potest commodatarius esse in culpa, si nullam causam habuerit existimandi dominum fuisse permissurum, vt in alios vsus, aliúdve tempus commodatum traheretur *d. l. qui re.* Sed ea ratio non facit illum furem, at potiùs vt actione Commodati eo nomine teneatur. Iunge *l. qui seruum 34. §. 1. infr. de oblig. & action.*

a *Denique ait.* Est hæc illatio ex sententia præcedente, eandémque proinde recipit dubitandi & decidendi rationem. Nam si tibi codicem commodauero, & in eo debitorem tuum chirographo cauere feceris, egóque hoc chirographum interleuero, distinguendum necessariò est, an tibi codicem commodauerim ad hoc, vt caueretur tibi an non. Priore casu non teneris mihi neque directa commodati actione, neque furti, quia vsus es re commodata eo modo quo vti potuisti, & debuisti: ego verò teneor tibi contraria actione commodati, quòd chirographũ debitoris tui interleuerim, quia licet codex meus manserit, & quilibet rei suæ moderator sit & arbiter vulgar. *l. in re mandata 21. C. mandat.* beneficio tamen quod à me per commodatum acceperas, adiuuari debuisti non decipi *l. in commodato 17. §. 1. infr.* Posteriore autem casu si me inscio nec certiorato chirographum in meo codice scribi feceris, quod ego posteà interleuero, non solùm non teneor tibi contraria commodati actione, sed & tu mihi directa commodati actione teneberis, & furti, quoniam negari non potest quin meo codice aliter vsus sis, quàm quo debuisti *d. l. qui furtum 16. supr. de condict. furt. d. l. qui re 76. infr. de furt.* quemadmodum, inquit Vlpianus ex Iuliano, qui equo vel vestimento aliter quàm commodatum est, vtitur, etiam furti tenetur *l. qui iumenta 40. l. si pignore 54. §. 1. eod.* Est autem hic locus notandus, vt probemus etiam vestimenta commodari posse. Etsi enim sunt ex earum rerum numero, quæ vsu consumuntur, quæ commodari posse idem Vlpianus noster negat in *l. 3. §. vlt. supr.* nisi ad pompam & ostentationem, non tamen consumuntur tam citò aut tam facilè, vt in breue tempus, & in breuem vsum commodari non possint. nam neque tam vsu cõsumuntur quàm deteriora fiunt, quomodo fierent etiam non vsu: ideóque differunt à cæteris rebus quarum vsus nullus sine abusu esse potest, cuiusmodi sunt frumentum, vinum, oleum & alia his similia. Neque tamen consequens est, vt etiam precariò dari vestimenta possint, ob eam dissimilitudinis rationem, quam attulimus ad *d. l. 3. §. vlt. supr.* non possum tamen prætermittere suspecta mihi videri verba illa huius §. *ibi chirographum esse scriptum*, non enim certiorationem requirit Vlpianus ad excusandum me, vt non tenear tibi contraria actione commodati, quòd interleuerim, sed potiùs ad excusandum te, ne directa commodati & furti actione mihi tenearis, quòd in codice meo chirographum scribi feceris me ignorante. Debuisti ergo me certiorare, cùm scripsisti in codice, non autem ibi scriptum fuisse postquàm me ignorante scripsisti. Quod non fuit obseruatum ab imperito interprete qui ea verba addenda putauit ad interpretationem illorum præcedentium *neque me certiorasti*, quæ sic accipienda sunt scilicet cùm scriberes.

9 ¶ Vsque

9 ¶ Vsque adeò autem diligentia in re commodata præstanda est, vt etiam in ea, quæ sequitur rem commodatam, præstari debeat. vt puta equam tibi commodaui, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam præstare debere, veteres responderunt.

Ad §. 9. Vsque adeò autem.

Rat. dub. Non alia de causa commodatarius diligentiam & quidem exactissimam præstare debet in re commodata, quàm quia commodata est, idque ad solius commodatarij vtilitatem §. *nunc videndum supr. leg. si seruus* 61. §. *circa commodatum infr. de furt.* Atqui commodato seruo, non ideo vestis eius commodata videri potest, nec commodata equa pullus & equuleus, qui eam sequitur. Ergo nec vestimentorum serui, nec pulli custodiam præstare tenetur is qui non nisi ipsius serui, aut iumenti commodatarius est. Dec. Non est separanda res commodata ab eo quod rei commodatæ sequela est, quia id actum inter contrahentes intelligitur, vt quod ex re commodata vel precariò data natum est, in eâdem causa habeatur *leg. quamuis* 10. *infr. de precar.* Idémque de vestibus serui commodati iuris est, nec enim nudus seruus commodatus fuit, quamuis vestes non sint commodatæ *leg. cum qui* 14. §. *non solùm* 15. *infr. de furt.* sicuti nec depositæ, cùm seruus depositus fuit *leg.* 1. §. *quæ depositis infr depofit.* Eandem igitur diligentiam præstare commodatarius debet in sequela rei commodatæ, quam in re commodata. Nam & regulare est quod Accursius hîc notat, vt idem iuris sit in accessorio quod in principali ex *leg. cuicunque* 5. §. *item fideiussori infr. de instit. action. leg.* 1. §. *si cista infr. deposit. leg. sed & ipsi* 4. §. *vltim. supr. Naut. caupon. stabul.* Malè tamen Accursius in hanc rem citat §. *si me rogaueris infr.* Ibi enim ponit Vlpianus seruum cum lance commodatum, ergo & lancem cum seruo. Nos autem tractamus de ea re quæ non sit commodata, sed tantùm sequela rei commodatæ. Malè item opponit quod scriptum est in *dict. leg.* 1. §. *quæ depositis infr. depos.* ea quæ depositis rebus accedunt non esse deposita. Nam nec dicimus ea quæ rebus commodatis accedunt, commodata esse, sed in iis eandem diligentiam, quam in re commodata præstari à commodatario debere. Quod in deposito non similiter tractari potest, quia non sicuti commodatarius, ita & depositarius custodiam vllam præstare debet, sed dolum duntaxat, nisi aliud conuenerit *dict. leg.* 1. §. *si conuenit.* In eo tamen simile est depositum commodato, quòd quæ accedunt commodato, non magis possunt videri commodata, quàm deposita illa, quæ rei depositæ accedunt, nec proinde actio commodati magis quàm depositi ad ea separatim extenditur, nisi quod pertinet ad custodiam rei commodatæ præstandam.

10 ¶ Interdum planè dolum solum in re commodata, qui rogauit, præstabit: vt puta si quis ita conuenit: vel si sua duntaxat causa commodauit, sponsæ fortè suæ, vel vxori, quo honestiùs culta ad se deduceretur: vel si quis ludos edens prætor scenicis commodauit, vel ipsi prætori quis vltrò commodauit.

Ad §. Interdum planè 10.

Rat. dub. Differentia illa est inter commodatum & depositum, quòd in deposito solus dolus præstatur, in commodato verò etiam culpa quælibet adeóque leuissima, quia in deposito sola deponentis vtilitas vertitur, in deposito autem solius depositarij §. *nunc videndum supr. leg. si seruus* 61. §. *circa commodatum infr. de furt. leg. contractus* 23. *de regul. iur.* Ergo non potest recipi in commodato, quod in deposito, vt dolus præstetur solus: sicut enim diuersi contractus sunt, & diuersæ naturæ, ita diuersas habere debent præstationes. Dec. Vbi eadem ratio est, ibi ius idem esse debet *leg. illud* 31. *ad leg. Aquil.* Atqui ratio propter quam in deposito solus dolus præstatur, non alia est, quàm quia depositum fit gratia solius deponentis. Ergo & in commodato idem dicendum est, si quando fiat gratia solius commodantis. Quod etsi rarò, interdum tamen potest contingere, vt in exemplis quæ hîc Vlpianus adfert, si quis fortè sponsæ suæ vel vxori commodauerit, quò honestiùs culta ad se deduceretur. Vel si quis Prætor ludos edens (sic enim legendum est, non vt ineptè apud Accursium *ludo sedens*) scenicis commodauit, vel si quis Prætori ipsi commodauerit. Ergo si commodatum, nec solius commodantis, nec solius commodatarij, sed vtriusque gratia factum sit, media via erit sequenda, vt neque dolum solum præstare commodatarius debeat, neque diligentiam exactissimam, sed culpam leuem, multo magis latam ex regula *dict.* §. *nunc videndum supr. Iunct. leg. cum qui* 10. §. 1. *& leg. in rebus* 18. *in princip. infr.* Alius casus est, si conuenerit, vt in commodato solus dolus præstetur. Valet enim conuentio, & dat legem contractui, sicut è contrario valet conuentio in deposito, vt depositarius etiam culpam præstet *leg.* 1. §. *si conuenit infr. deposit.* Excipitur tamen contractus dotalis, in quo non potest conuenire maritus, vt dolum solum præstet. Idque propter vtilitatem nubentium, vt idem Vlpianus noster ex Pomponio scribit in *leg. Pomponius* 6. *infr. de pact. dotal.* id est quia per eiusmodi pactionem fieret deterior condicio dotis ex culpa mariti, quod ferendum non quamuis de periculo citra culpam contingente, quod alioquin esset mariti conuenire possit, vt periculum ad mulierem non ad maritum spectet, quemadmodum in eadem lege scriptum est. Periculi enim appellatione significatur casus fortuitus, non culpa §. *& si fortè*, vbi diximus *supr.*

11 ¶ Nunc videndum, in quibus speciebus commodati actio locum ha-

beat. & est apud veteres de huiusmodi speciebus dubitatum. Rem tibi dedi, vt creditori tuo pignori dares. dedisti. non repignoras, vt mihi reddas. Labeo ait, commodati actionem locum habere. quod ego puto verum esse, nisi merces interuenit[a]: tunc enim vel in factum, vel ex locato & conducto agendum erit. Planè, si ego pro te[b] rem pignori dedero tua voluntate, mandati erit actio.

Ad §. 11. Nunc videndum.

RAT. DVB. Rei alienæ pignus non valet *Tot. titul. Cod. si res alien. pignor. dat. sit leg. & qua nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor.* Atqui ex commodato nec dominium transfertur, nec possessio in commodatarium *leg. rei commodatæ 8. & seq. infr. hoc titulo.* Ergo non potest locus esse quæstioni quæ proponitur in hoc §. *de re commodata*, quam commodatarius pignori dederit. DEC. Etiam res aliena pignori dari potest, dummodò detur domino consentiente *leg. 1. vltim. & pass. dict. Tit. Cod. si res alien. pignor. dat. sit leg. aliena 20. infr. hoc titulo.* Atqui ponimus in hac specie dominum consensisse, & rem suam tibi commodasse, vt eam creditori tuo pignori dares. Pignus ergo valet, alioqui non modò pignus non valeret, sed etiam tu furti tenereris, si rem tibi commodatam inscio domino pignori dedisses, quia in aliam rem vsus esses, quàm in quem vsum tibi fuit commodata §. *quinimò*. vbi diximus *supr.* Igitur si rem meam tibi commodauerim, vt eam creditori tuo pignori dares, & dederis, nec tamen eam luas, & repignores vt mihi reddas, Vlpianus probat Labeonis sententiam, existimantis Commodati actionem mihi contra te hoc nomine dandam esse, quod & scriptum est in *leg. penult. Cod. eod.* RAT. DVB. Est, quia tu eam dedisti pignori mea voluntate: Non possum ergo recusare quominùs obligata maneat, nec enim ideò videri potes in dolo aut in culpa esse, quòd eam non repignores, cùm pecuniæ numeratio quæ ad luitionem necessaria est, non semper sit in expedito *leg. si dubitet 10. in princip. infr. de fideiuss.* Commodatarius autem non tenetur nisi de dolo & culpa, vt diximus in præcedentibus. Sed decidendi illa est, quòd non sit domini pignus luere, sed debitoris qui pignus dedit, & qui pecuniam debet, pro qua pignus datum est. Satis enim commodatario est, quod ex re aliena & commodata fructum illum volente domino perceperit, vt rem pignori dederit. Fructus enim rei est vel pignori dare licere *leg. vltim. infr. de vsur.* Et cùm rem meam tibi commodaui, vt eam pignori dares, hoc ipso te obligasti ad eius restitutionem, ita & ad pignoris luitionem, sine qua fieri nequit, vt rem auferas creditori, nec proinde vt eam non repignoratam mihi restituas. An ergo statim contra te potero agere commodati? Accursius negat posse me agere, nisi posteaquàm res mea diu steterit pignorata, exemplo eius quod de fideiussore scriptum est in *leg. Lucius 38. §. 1. infr. mandat. & in leg. si pro ea contra quam 10. Cod. mandat.* Proximè enim accedit hæc species ad sequentem, in qua mandati agendum est, non commodati. Mallem distinguere cum eodem Accursio ad *leg. penul. Cod. hoc titul.* an luitio sit facilis, necne: nam si facilis est, bona si fides non patitur, vt longior fiat mora commodatori, si verò difficilis sit, non est vtique præcipitandus commodatarius ad luitionem, ne beneficium, quod in eum collatum est, trahatur ad ipsius iniuriam & incommodum *leg. in commodato 17. § [illegible]*. Non tamen valde, [illegible] hæc quæstio [illegible] possit, si verum est, vt est, quod [illegible] *leg. in commodato §. 1.* commodatarium [illegible] vt in certos vsus certumque tempus [illegible] ante quod id tempus [illegible] non [illegible] maxime [illegible] precario, quod [illegible] nutum concedentis reuocari potest [illegible] *infr. de precar.* Consequens enim est, [illegible] meam commodem ad hoc, vt eam [illegible] pignori dares, debuerim [illegible] tempus commodato intra quod tempus [illegible] re. Quo facto nullus dubitationi [illegible] quin eo tempore præterito [illegible] dati sine pignus lueres, aut [illegible] quia non datur actio Commodati, [illegible] quia non restituis mihi [illegible] netis eo nomine quando mea [illegible] ficultatem explicandæ pecuniæ [illegible] datarium excusare à mora, [illegible] mento naturali, respicit [illegible] & incommodum personæ. vt [illegible] est in *l. continuus 137. §. [illegible]* cùm rem meam commodarem [illegible] ri dares, nullum tempus [illegible] rim, magis est, vt arbitrio iudicis [illegible] præstituatur ex qualitate personarum [illegible] debiti æstimandum, intra quod si res [illegible] tur, commodatarius condemnetur. Nam in bonæ fidei iudiciis, cuiusmodi est iudicium commodati, multa arbitrio iudicis committuntur, quæ [illegible] certam iuris regulam aut rationem ex verbis contractus nullam habent *leg. 3. § heres in fin. supr. [illegible] princip. infr. de vsur. l. quia tantundem [illegible] supr. de reg. [illegible].* Quamquam videtur Vlpianus noster in [illegible] bus aliud quiddam sentire, cùm ait, abesse [illegible] à te videri sine iam solueris pecuniam, [illegible] sis paratus, vel si non fiet à contrario [illegible] iam solueris. neque [illegible] non abesse: distinctione non adhibita [illegible] gnoris facultatem habeas necne, nam [illegible] ras rem meam in commodatum [illegible], vt eam pignori dares, si prævidebis difficilem [illegible] doque fore pignoris luitionem. [illegible] in culpa es si neque [illegible], neque [illegible] sis paratus. Culpa autem vel [illegible] sufficit [illegible] actionem commodati, [illegible] tri [illegible] est, rem aliquam [illegible] pignori dare, quam luere [illegible] non possit. Necesse enim est sequi vel distractionem pignoris, vel dominij impetratio[illegible].

a *Nisi merces interuenerit.* RAT. DVB. [illegible] in commodato, vt & in deposito potest [illegible] merces, saluo contractu [illegible] actione commodati & depositi *§. nunc videndum 2. [illegible] seruum infr. deposit.* Ergo [illegible] DEC. Variis modis potest [illegible] commodato vel deposito [illegible] quatenus consistit in pecunia numerata, [illegible] degenerat commodatum, vel depositum [illegible]tionem

tionem & conductionem, aut impropriè quatenus consistit in alia re quæ sit loco mercedis, & eo casu censetur contractus innominatus, ex quo non nisi in factum actio nasci potest. Aut denique magis propriè in alia re, quæ nec merces sit, nec loco mercedis, puta si serui commodati vel depositi cibaria præstentur commodatario vel depositario, vt in *d. §. si quis seruum*, vbi hæc distinctio apertè ponitur in deposito, quæ & perinde locum habet in commodato. In proposita autem specie ponendum est, interuenisse mercedem altero ex duobus prioribus modis, non tertio: & ideo aut locati actionem competere, aut in factum & Præscriptis verbis non commodati. Iunge quæ scripsi ad *d. §. nunc videndum, versic. nisi fortè & merces accessit.*

b *Planè si ego pro te.* RAT. DVB. Cùm ego rem meam pro te do pignori, videor eam tibi commodare. Quid enim referre potest, an eam dem pro te pignori, an tibi commodem vt des pignori? Ergo & hoc in casu quemadmodum in superiore danda mihi est contra te actio commodati, non mandati. DEC. Non potest locum habere actio commodati, vbi nullum est commodatum, sicuti neque actio mandati si mandatum nullum intercesserit *leg. ex mandato 20. §. 1. infr. mandat.* Actiones enim nominatæ non nisi à contractibus nominatis habere nomen possunt. Contractus autem omnes æstimandi sunt ex modo & forma ineundi *l. si procuratorem 8. in princip. eod. tit. l. 1. §. si seruum 30. infr. deposit. l. non tantùm 12. de SC. Maced.* Atqui in proposita specie commodatum nullum intercessit, sed mandatum potiùs tuum cum voluntate tua rem meam pro te pignori dederim. Nam si is qui sciens patitur quid fieri, hoc ipso mandare videtur *leg. qui patitur 18. mandat.* multo magis ille, cuius expressa voluntate facit alius id quod alioqui facturus non esset. Est enim mandatum ex eo genere contractuum, qui nudo consensu perficiuntur, ac proinde nuda etiam voluntate *l. 1. eod.* Ergo cùm pro te rem meam pignori dedi tua voluntate, perinde est, ac si mandasses mihi, vt eam pro te darem pignori. Et consequenter mandati actio mihi contra te est, non commodati, nec est quod cum Accursio præsentiam tuam hac in re exigamus, quasi alioqui futurum sit vt mandati actio dari non debeat, sed negotiorum gestorum *d. l. ex mandato §. 1.* Præsentiam enim ideò exigimus, vt de tacita voluntate, tacitóque mandato constare possit, non etiam cùm de voluntate expressa constat, quamuis mandatum non sit expressum. Neque actio negotiorum gestorum datur vnquam contra eum, qui negotia sua ab alio geri sciuit, & voluit, sed contra eum duntaxat qui ignorauit *leg. 2. supr. de negot. gest.* Alioqui actio mandati cum actione negotiorum gestorum contra eandem personam concurreret, quod fieri nunquam potest, cùm actio mandati sit ex contractu, negotiorum autem gestorum ex quasi contractu, cui locus nullus esse debet cùm ex contractu agi potest.

12 ¶ Idem Labeo rectè dicit, si à me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc duntaxat commodati, vt tibi actionem aduersus eum præstem. Abesse autem culpa à me videtur [a], siue iam solui pecuniam, siue soluere sum paratus. Sumptum planè litis [b], cæteráque, æquum est, eum agnoscere, qui commodatum accepit.

Ad §. 12. Idem Labeo.

RAT. DVB. Commodatarius non tenetur præstare, nisi dolum & culpam *§. 2. supr.* Ergo si ab eo absit omnis culpa etiam leuissima, non potest contra eum commodati actio dari. Atqui abest ab eo omnis culpa, siue iam soluerit creditori suo, cui rem cõmodatam pignori dedit, siue soluere sit paratus, vt sequitur in hoc §. Ergo nulla contra eum commodati actio dari potest, ne quidem ad hoc vt commodatori præstet actionem pignoratitiam, quam habet aduersus creditorem nolentem accipere solutionem & pignus reddere *l. item liberatur 6. §. 1. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. leg. si rem alienam 9. §. vlt. infr. tit. prox.* DEC. Non debet commodatarius ex beneficio cõmodantis fieri locupletior, cum ipsius commodantis iactura *vulg. l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Fit enim commodatum ad hoc, vt ex eo commodatarius beneficium accipiat, non etiam vt acquirat sibi contra alium actionem. Atqui fit locupletior is, cui noua aduersus aliquem actio quæritur *l. si quid possessor 31. in princip. supr. de hered. petit.* Ergo æquum est, commodatarium qui rem commodatam pignori dedit, tum quoque cùm ab eo culpa omnis abfuit, id est cùm repignorare voluit, creditor autem pignus reddere recusauit, commodati actione nihilominùs teneri, ad hoc saltem vt actionem pignoratitiam quam contra suum creditorem habet, commodatori præstet. Idque ex iuris regula, quæ habet, quoties quis alicui tenetur ob id solùm quòd contra aliũ habeat actionem, liberari eum cedendo actione, & actionis delegationem pro iusta præstatione esse, vt loquitur Papinianus in *l. quod debetur 51. infr. de pecul. l. cùm in plures 60. §. vestimenta infr. locat. l. eleganter 24. §. si vendiderit infr. tit. prox. d. l. si quid possessor.* Cui enim non æquum videatur, id saltem præstare commodatarium, quod sine dispendio ipsius cõmodatarij futurum sit? *leg. in creditore 38. in fin. infr. de euict.* Non est contrarium, quod idem Vlpianus noster scribit in simili, vt videtur specie in *l. petenti 27. infr. tit. prox.* domino rerum pignoratarũ propriam actionem aduersus suum creditorem, qui alij creditori eas pignori dederat, cõpetere, nõ ad cedẽdas actiones, sed ad hoc vt à pignoris nexu liberatæ res tradantur. Non enim ibi erat sine culpa creditor, qui eas res pignori dederat, cùm neque soluisset pecuniam, neq; soluere paratus esset creditori, cui eas pignori dederat: mirum igitur non est, teneri illum propria actione, id est commodati, vt puto, ex hoc §. nec liberari eum cessione actionis, quod malè Azo credidit, sed teneri ad id omne quod ex ea causa interest domini, cùm sit ipse in culpa. Itaque conuenit illa lex cum hoc §.

a *Abesse autem culpa à me videtur.* RAT. DVB. Pecuniæ numeratio non semper est in expedito *l. si dubitet 10. in princ. infr. de fideiuss.* Ergo potest abesse culpa à cõmodatario, etiam si neque soluerit, neque soluere sit paratus, dũmodò pecuniã in prõptu non habeat, nec facilè possit inuenire creditorem *arg. l. sciendum*

21.*infr. de vsur.* Dec. Commodatarius tenetur præstare diligentiã exactissimam, vt diximus ad §. *nunc videndum supr.* & nisi præstet, in culpa est, cùm solius cõmodatarij gratia hîc contractus fiat. Atqui non præstat diligentiam exactissimam, si neque soluat, neq; soluere paratus sit, vt rem cõmodatam à se datam pignori repignoret: Cùm difficultas cõquirendæ, & explicandæ pecuniæ recedat ab impedimento naturali; & ad facultatem incõmodúmq; personæ respiciat *l. continuus 137. §. illud infr. de verb. oblig.* Ergo in culpa est, si neque soluit, neq; soluere paratus est, si verò vel soluit, vel soluere paratus est, extra culpã est, nec proinde ad aliud tenetur, quàm vt quas habet contra suũ creditorẽ præstet actiones, vt proximè diximus. Qui enim paratus est soluere pro eo habendus est, acsi soluisset, & pignus hoc ipso liberatũ intelligitur siue in iudicio siue extra iudicium oblatio facta sit *l. si rem 9. §. vlt. inf. tit.* Vt scilicet possit exinde agere pignoratitia, non tamen vt sit liberatus citra obsignationem. Iunge quæ scripsi ad §. proximè præcedentem.

b *Sumptum planè litis.* Rat. dub. Cessio actionum fieri solet & debet eo æquitatis colore, quod æquum sit creditorem id saltem præstare, quod sine ipsius dispendio futurum est *l. in creditore 38. in fin. infr. de euict.* Ergo cùm commodatarius in ea specie, quã nunc tractamus liberetur cedendo & præstando actionẽ, quam contra creditorem suũ pignoratitiũ habet, non est cogendus sumptum litis, cæteráque agnoscere litis, & actionis incõmoda. Dec. Factum cuiq; suum nocere debet non alteri *l. factum 155. de regul. iur.* Atqui ponimus rem cõmodatã fuisse datam pignori ab ipso cõmodatario, non à commodatore, quáuis ex commodatoris voluntate, voluntas enim illa eo tantùm pertinet, vt nexu pignoris res cõmodata obstringi possit, non autẽ vt commodator ipse rẽ suã pignori dedisse videatur. Ergo si quos sumptus litis fieri necesse sit, vt necesse est, in exercenda actione pignoratitia quam commodatarius cõmodatori præstiterit, eos cõmodatarium agnoscere æquum est, vt quemadmodũ actionem, ita & factum suum præstet *arg. l. pen. infr. tit. prox. l. de suo 9. infr. mandat.* Nam neque ob hoc solùm tenetur cõmodatarius in hac specie præstare actionẽ, quòd eam habeat vt in *d. l. in creditore & l. quod debetur 51. inf. de pecul.* sed quia facto suo rei cõmodatæ possessionem cõmodatori subtraxerit, dando eã pignori pro suo debito suo creditori. Simile quiddã est in *l. nam & Seruius 21. §. vlt. supr. de negot. gest.* Esset autem iniquissimum cõmodatorem ex suo beneficio incommodum illud reportare, vt alienã litem suo sumptu ac periculo exercere ac persequi cogeretur, neque verò bona fides hoc patitur cuius præcipua ratio habenda est in cõtractibus bonæ fidei, qualis est contractus cõmodati. Itaq; non possum probare, quod quidam notant, aliud esse in cõtractu depositi, cùm æquè sit ille bonæ fidei. Nam quod scriptum est in *l. si in Asia 12. §. 1. infr. depos.* audiendum esse eum qui deposuit, si depositũ alibi factũ Romã perferri velit, dũmodo suis sumptibus, suóq; periculo, ad eum casum non pertinet, in quo res deposita in aliũ locũ translata sit facto depositarij, & ex ipsius contractu in alienas manus peruenerit, à quibus posteà sine actione auelli non possit, vt in specie huius §. Est igitur hoc ius cõmune in omnib. bonæ fidei iudiciis, vt scriptum est in *dict. leg. si in Asia* §. 1. vbi additur, in actione quoque ad exhibendum idem iuris esse, quamuis non sit illa bonæ fidei sed arbitraria; Quod & idem Vlpianus noster scribit in *leg. sed etsi 11. §. 1. supr. ad exhib.*

13 ¶ Si me rogaueris, vt seruum tibi cum lance commodarem, & seruus lancem perdiderit: Cartilius ait, periculum ad te respicere: nam & lancem videri commodatam, quare culpam in eam quoque præstandam, planè si seruus cum ea fugerit[a], eum, qui commodatum accepisset, non teneri: nisi fugæ præstitit culpam.

Ad §. 13. Si me rogaueris.

Rat. dub. Factum & culpam serui tui æquius est tibi nocere, quàm mihi, cùm sis dominus, & nihil mihi possit imputari, nisi illud fortè quòd seruum tuum à te in commodatum acceperim, quod tamen esset ridiculum dicere, quia si te rogaui, vt mihi commodares, potuisti tu beneficium recusare, quod concessum fraudi & damno esse mihi non debet. Ergo etiamsi te rogauerim, vt seruum tuum mihi cum lance commodares, si tamen seruus tuus lancem perdiderit, periculum ad te non ad me respicere debebit. Dec. Qui rogat seruum cum lance sibi commodari, etiam lancem non minùs quàm seruum in commodatum accipit. Quid enim refert an seruum cum lance, an seruum & lancem sibi commodari quis rogauerit? *leg. Titia textores 36. §. nihil distat leg. si quis inquilinos 112. §. si ita legatum de legat. 1.* Ergo in lance commodata culpam & diligentiam præstare debet, non minùs quàm in seruo ac proinde ita lancem custodire, vt seruus eam perdere culpâ suâ non potuerit: cùm etiam in re non commodata, quæ tamen rei commodatæ sequela & accessio sit, idem iuris obtineat §. *vsque adeò supr.*

a *Planè si seruus cum ea fugerit.* Rat. dub. Etiamsi commodatarius fugæ serui causam non præstiterit, non tamen caret culpa, qui in custodienda lance diligentiam exactissimam præstare debuit. Poterat autem ita custodire, vt non esset in potestate serui etiam fugientis lancem subripere aut perdere. Ergo etiamsi fugæ culpam non præstiterit, perinde tamen pro lance commodati actione teneri debet. Dec. Qui seruum cum lance commodauit, vtrumque non separatim, sed coniunctim commodasse intelligitur, nec proinde imputare commodatario potest, cur lancem apud seruum reliquerit. Ergo si commodatarius fugæ serui culpam non præstiterit, nihil est quod imputari ei possit, etiamsi seruus cum lance fugerit, quemadmodum è contrario si fugæ culpam præstiterit, etiam in lance culpam præstitisse credendus est, quamuis non ideò seruo lancis custodiam commisisse videatur, vt Barr. ad § *seq.* scribit. Igitur aliud esset si dominus seruum & lancem separatim, diuersisque contractibus, & temporibus commodasset.

14 ¶ Si de

14 ¶ Si de me petiisses, vt triclinium tibi sternerem, & argentum ad ministerium præberem, & fecero: deinde petisses, vt idem sequenti die facerem, &, cùm commodè argentum domũ referre non possem, ibi hoc reliquero, & perierit: qua actione agi posset, & cuius esset periculum? Labeo de periculo scripsit, multum interesse, custodem posui, an non. si posui: ad me periculum spectare. si minùs, ad eum, penes quem relictum est. ego puto, commodati quidem agendum: verùm custodiam eum præstare debere, penes quem res relictæ sunt: nisi aliud nominatim conuenit.

Ad §.14. Si de me petiisses.

RAT. DVB. Qui posuit custodem, hoc ipso videtur onus & periculum custodiæ sibi imposuisse, & commodatarium, ad quem alioqui custodia pertinebat, ab eo periculo liberasse *arg l. si soluturus 39 in fin. De solut. l. quarundam 49. infr. De acquir. poss. l. vltim. vers. etsi quidem C. de pact. conuent. tam supr. dot.* ex qua lege nostri probare solent expressam prouisionem hominis facere, vt cesset tacita prouisio legis. Qui verò custodem non posuit, reliquit onus custodiæ & periculi in dispositione iuris communis: ergo in proposita specie si à me petieris vt triclinium tibi sternerem, & argentum id est supellectilem argenteam ad triclinij ministerium præberem, id est, vt benè Accursius explicat, commodarem, & ego fecero, deinde petieris vt idem sequenti quoque die facerem, & cùm commodè argentum referre domũ non possem, ibi id reliquero, & perierit, si quæratur cuius sit periculũ; bona est distinctio Labeonis, vt si posuerim custodiam, ad me periculum pertineat: si minùs ad commodatarium penes quem argentum relictum est. DEC. Multùm interest an custos apponatur ab initio an ex postfacto: si ab initio, custodiæ onus & consequenter periculum in se recipit qui custodem apponit *d l. si soluturus & d l. quarundam l. si ego 9. §. vlt infr De iur. dot. l dominus horreorum 55. infr locat. l. vlt. § 1 supr. naut. caupon. stabul.* Sed si ex postfacto, non item. Non enim tam facile est alicui exonerare se custodia, qua iam est oneratus, quàm si nondum ea oneratus sit; sicuti facilius cuique est, non incidere in obligationem quàm vbi inciderit, ab ea se liberare. Quid enim vetat custodem adiici custodiæ, quam alius præstare debet, vt res tanto meliùs & certiùs custodiatur? Nempe si res cui custos datur, penes eum relinquatur, qui custodiam præstare iam anteà debuerat: alioqui si ab eo auferatur, vt soli cõmittatur custodi, nullã exinde custodiam præstare is debet, qui antè debuerat, quasi re iam reddita, vt non insubtiliter Bartolus ad hũc §. distinguit *ex l. cum qui 10. §. vlt. & l si mei 12. in princ. infr. hoc tit. iunct. l. 3. §. si reddita supr.* Exemplũ est accommodatũ quod idem Bart. adfert, si quis familiam suam miserit ad custodiendos carceres. Non enim idcirco Cõmentariensis liberatur, quominus custodiam carcerum æquè ac anteà præstare teneatur. Aliud est si commodatus sit seruus cũ re aliqua, vt in specie *§ præcedentis.* Non enim ideò videri potest seruus custos datus rei, cum ipso commodatæ, ideóque seruanda sunt ea quę diximus ad *§ superiorem.* Planè in dubio non est credendus is qui custodem apposuit id egisse, vt eum qui alioqui custodiam præstare debuerat, ab ea custodia liberaret, vt & idem Bartolus concludit ex *l. pen supr. Vsufr. quemadm. caueat.* Ex his intelligimus verum esse quod Azo contra Ioannem sensit reprehendi ab Vlpiano distinctionem Labeonis circa periculum rei commodatæ, de quo solo dubitari poterat. Etsi enim duplex quæstio proposita fuerat: Prima de actione quæ in hac specie competere possit, secunda de periculo rei commodatæ: attamen quod ad primam attinet, non magis Labeo quàm Vlpianus dubitauit commodati actionem competere [fuerat enim argentum sanè commodatum ad vsum triclinij, non locatum, cùm nulla merces interuenisset] sed quod ad periculum tantummodò spectat, dissentit Vlpianus à Labeone, concludens indistinctè argenti commodati periculum siue custos à commodatore ex postfacto positus sit, dum ne ab initio, siue positus non sit, ad commodatarium pertinere, apud quem res argenteæ commodatæ remanserunt. Quasi posito custode, vt vtriusque diligentia meliùs res custodirentur, non autem vt cõmodatarij diligentia cum custodis cura & diligentia commutaretur. Neque verò quod ad augendam custodiæ securitatem factum est, vt commodatori prodesset, eidem nocere debet ad minuendam commodatarij obligationem *l. legata inutiliter 14. De adim. legat.* Alia sanè quæstio est de periculo, alia de custodia rei *l. si rem 18. in princ. aliàs l. si gratuitam 17. §. Papinianus infr. De præscript. verb.*

15 ¶ Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul: Celsus filius scripsit libro sexto digestorum, quæri posse, vtrùm vnusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? & ait. duorum quidem in solidum dominium[a], vel possessionem[b] esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse: sed totius corporis pro indiuiso pro parte dominium habere. vsum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi vnius cuiusque in solidum esse. neque enim minùs me vti, quod & alius vteretur, verùm in vehiculo commodato[c] vel locato pro parte quidem effectu me vsum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam: sed esse verius[d] ait, & dolum, & culpam, & diligentiam, & custodiã in totũ me præstare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur[e]. & si alter conuentus præstiterit, liberabit alterum, & ambobus competet furti actio.

Ad §. vlt. Si duobus vehiculum.

RAT. DVB. Cùm duobus vehiculum commodatum, aut locatum est simul, id est eodem contractu, vel dominium rei consideramus, vel possessionem, vel vsum rei commodatæ: si dominium vel possessionem, certum est neque dominium, neque possessionem eiusdem rei posse penes plures esse in solidum: non possessionem, quę facti & corporis est, non magis, quàm vt in quo loco ego sto, tu stare possis *l. 3. §. ex contrario infr. de acquir. poss. l. duo in solidum 19. inf. De precar.* Id enim fieri non posset citra penetrationem dimensionum, quam impossibilem esse aiunt & consentiunt philosophi Ergo nec dominium, quoniam dominia cœperunt à naturali possessione *l. 1. De acquir. possess.* Quanquam cùm de commodato tractatur, frustra est de dominio aut possessione quærere, cùm rei commodatæ neque dominium neq; possessio in commodatariũ transferatur *l. rei commodatæ 8. & seq. infr. hoc tit.* Si verò vsum inspicimus rei commodatæ, qui vsus proculdubio transfertur in commodatarium, cùm non possit fieri commodatum nisi in certum vsum, certúmque tempus, constat non eo minùs quidem vti quem re commodata, quòd eâdem re etiam alius vtatur, vt dici solet de vsu balnei, vel porticus vel campi, sed tamen in effectu vnumquemque ex cõmodatariis, non nisi pro parte vsum vehiculi habere, quandoquidem nec omnia vehiculi loca occupat. Ergo non potest eorum vnusquisque in solidũ teneri actione Commodati, sed pro parte duntaxat, nec proinde possunt videri duo esse rei debendi. Tum enim fiunt duo rei debendi cùm singuli in solidum obligantur, & omnium par & vna est obligatio *l. 1. 2. & pass. inf De duob. reis.* Consequenter dicendum est, neque culpam neque diligentiam pręstare in solidum à singulis debere. Prius enim est vt quis sit commodatarius in solidum, quàm vt culpam & diligentiam in re commodata præstare in solidum debeat. In eóque errauit sanè Bartolus, distinguens obligationem priuatiuam, vt vocat, quæ ad rei commodatæ restitutionem pertinet, ab obligatione secundaria, quæ contrahitur ratione doli, vel culpæ; existimans Vlpiani & Celsi in hoc §. sensum illum esse, vt in obligatione primitiua quilibet ex commodatariis teneatur pro parte tantùm, quia in solidum ad eos peruenire non potest: in obligatione verò secundaria quilibet teneatur in solidum, quia pro parte delinqui nõ possit. Verius enim est, quod vult Accursius, Commodatarios plures teneri singulos in solidum actione Commodati, & ad rem restituendam & ad culpam atque diligentiam præstandam: quamuis si res commodata non restituatur, æstimatio condemnationis, quam in pecunia numerata fieri necesse est, inter eos pro partibus virilibus diuidatur: quomodo in pluribus depositariis scriptum est in *l. si duo 22. infr.* vbi Marcellus disertè scribit, sicuti in solidum quisque ex depositariis dolo facit, ita nisi pro solido rem nõ posse restitui, & nisi integræ rei restitutione eum cum quo actum est, liberari non posse. Nec quod ad singulos commodatarios res commodata peruenire in solidum non possit, quod Bartolus obiicit, ad rem facit. Nam imò verò potest peruenire ad vnũquemque in solidum, quantum ad vsum, licèt non quantum ad dominium, & possessionem. Hoc verò sufficit, cùm, vt diximus in commodato, neque dominiũ transferatur neque possessio, sed tantùm vsus, qui tertiã quandam speciẽ constituit, vt notat Accursius, à dominio & possessione differentẽ. Ergo decidendi ratio est, quia etiam ex cõmodato & deposito, & locato, vt ex aliis ferè omnibus cõtractibus sicuti duo rei debendi constitui possunt *d. l. si duo l. eandem 9. infr. De duob. reis l. item quæritur 13. §. duo rei infr. Locat.* ita & quasi correi. Nec tantũ si hoc nominatim actum sit, vt malè requirit Accursius [id enim tantũ obtinet in iis qui per stipulationẽ aut aliter correi debendi verè fiunt] sed etiãsi id actum non sit vt correi fierent, quia ex natura negotij satis id agi intelligitur, vt sint quasi correi, cùm rei restitutio fieri pro parte non possit, vt diximus. Atqui obligatio correorũ debendi eius condicionis est, vt singulos in solidũ teneat, prębeátque contra singulos actionem in solidũ. Fatendũ igitur est cõmodati & locati actiones insolidum cõpetere aduersus vnumquemq; eorum, qui vehiculum cõmodatò acceperunt aut conduxerunt, ideóq; si quis eorũ dolum aut culpam cõtraxerit, teneri eum in solidũ debere, non tam quòd pro parte delinqui non possit, vt vult Bartolus. etsi hoc quoque verum est *dict. l. si duo Deposit.* Quàm quia restituendi obligatio cùm tota facti sit, indiuidua est, vt eadem lex probat, & *l. 1. §. si apud duos eod. tit.* Scilicet cùm non diuisum commodatum, nec diuisa locatio fuit, sed pluribus simul & coniunctim facta vt in *l. si diuisa 13. C. de locat.* ne possit dubitari quin commodator vel locator omnium fidem simul secutus sit, & singulorum intuitus personam, vt Marcellus loquitur in *l. cùm apparebit infr. eod. tit. locat.* Quod quemadmodum non est præsumendum quoties id quod à pluribus præstandum est, diuisionem recipit, vt precium, quod à pluribus emptoribus debetur, aut merces quæ à pluribus conductoribus [quod vtrumque consistit in pecunia nũmerata] nisi de eo appareat, vt scriptum est in *d. l. cùm apparebit.* Ita cũ de restitutione agitur, quæ semper indiuidua ęst, & quidem rei indiuiduæ, cuiusmodi est vehiculum, non relinquitur locus quæstioni voluntatis an id actum sit, vt duo fierent correi debendi, qui nec nisi in solidum obligari potuerunt *l. stipulationes non diuiduntur 72. l. in executione 85. iunct. l. 4. §. Cato de verb. oblig.* & in hoc rursum errauit Bartolus, benè verò sensit Accursius. Nec me mouet argumentum quo Bartolus vtitur ex *l. 3. §. heres supr.* cùm ait, obligationem ad rem commodatam restituendam diuidi inter plures commodatarij heredes pro hereditariis portionibus, quasi eadem iuris ratio faciat, vt æquè diuidi debeat inter plures commodatarios. Esto enim, quod vult Bartolus, vt idem iuris esse debeat in pluribus commodatariis, quod in pluribus vnius commodatarij heredibus [quamquam nec admitti hoc potest, cùm plures commodatarij possint esse, & sint correi debendi, & sint semper quasi correi non etiam plures vnius commodatarij heredes, quia lex sola 12. tabul. facit eos debitores non propria conuentio] Attamen in hoc etiam errat Bartolus, quod putat, Commodati, aut locati actionem ad hoc dari, vt res commodata vel locata restituatur. Quod certè non ita est. Datur enim ad id quod interest commodatoris, aut locatoris, si non ante acceptum iudicium, aut saltem ante condemnationem res commodata vel locata restituatur, & quidem cum omni eo quod actoris interest, si reus litem secum contestari passus sit, adeóque moram extra iudicialem ante litem contestatam contraxerit; à quo nimirum tempore constat

constat id quod interest ex bonæ fidei iudiciis deberi, vt & vsuras & fructus, cæterásque si quæ aliæ sunt accessiones *l. mora 32. §. in bonæ fidei l. videamus* 38. §. *antepen iunct. l.* 34 *& seq. infr. de vsur.* Hoc ergo dicimus, obligationem rei commodatæ restituendæ quæ plures commodatarios tenet, aut plures heredes vnius commodatarij, esse indiuiduam, quod ad ipsos attinet, & quod ad rem ipsam restituendam, quia non nisi in solidum restitui res potest *d. l. si duo*, adeò vt hæc quæstioni locus fieri possit, an aliquis eorum pro parte restituendo, pro parte liberetur: actionem verò, quæ commodatori contra eos competit ob nō factam commodati restitutionem, & ad id quod interest, cuius æstimatio semper pecuniaria, ac proinde diuidua est, diuidi in tot partes quot sunt personæ commodatariorum, aut heredum vnius commodatarij, nisi cùm vnus ex commodatariis aut ex heredibus totius rei restituendæ facultatem habeat quo casu dicimus arbitrio iudicis conuenire, vt in solidum eum condemnet, quasi cuius solius contumacia locum faciat condemnationi *d. §. heres*, neque de hoc aut dubitat, aut quærit hoc loco Vlpianus, sed de eo tantùm, an & dolum & culpam & diligētiam & custodiam in re commodata præstare in solidum singuli commodatarij debeant, vt etiamsi alter tantùm in dolo vel culpa vel negligentia fuerit, alter tamen æquè conueniri eo nomine possit, acsi dolum ipse aut culpam aut negligentiam admisisset, id enim propriè est, obligatos esse illos in solidum, ex vnius scilicet siue dolo siue culpa siue negligentia alios quoque teneri, & quidem in solidum *dict. l.* 1. §. *si apud duos & d. l. si duo infr. deposit.* Fefellit Bartolum, vt & cæteros interpretes, quòd commodati obligationem ab actione commodati non distinxit: obligatio non nisi rei restituendæ est, sed actio non ad restitutionem rei datur, sed ad æstimationem eius quod interest, si res commodata nō restituatur: rursum obligatio rei commodatæ restituēdæ nascitur ex ipso cōtractu, qui traditione perficitur, non expectato dolo aut culpa cōmodatarij: sed actio non nascitur, nisi ex dolo & culpa aliqua, saltem leuissima: qua cessante, nulla certè commodati actio est, quæ exerceri possit. Itaque nihil aliud est quærere virum commodatarij singuli actione commodati in solidum teneātur, quam hoc ipsum quærere, an ob dolum, aut culpam vnius ex commodatariis, alius conueniri actione commodati possit In eóque rursum errauit Bartolus, quòd sicut obligationem commodati ab actione nō distinxit, existimans vtramque ad rei commodatæ restitutionem pertinere, ita commodati actionem quam ille nouo & prudentibus inusitato nomine secundariam vocat à custodia, & periculo rei commodatæ separauit, quasi alius commodati actione teneatur, quàm qui aut dolum aut minorem quàm debuit negligentiā in re conseruanda præstitit, de illo siquidem loquimur, qui rem cōmodatam penes se non habeat, nec proinde ipsius restituendæ facultatem, & qui tamē actione commodati sola teneatur. Nam si rem habeat, nec velit eam restituere, cùm possit, quia dolo non caret facitque furtum, exinde se obligat condictione furtiua, quomodo de depositario scriptū est in *l. si quis inficiatus* 13. §. 1. *inf. deposit.* At si rem sine dolo malo, vel áq; culpa amiserit, nulla actione tenetur, ne quidē cōmodati, & obligatio, qua priùs tenebatur ad rei restitutionē, hoc ipso fit inefficax, cùm res citra dolum & culpam commodatarij amissa est, tāquā nihil sit quod restitui possit aut debeat, vel cuius æstimatio iure eius quod interest, præstanda sit.

a *Duorum quidem in solidum dominium esse non posse.* RAT. DVB. Rectè dicimus eum fundum totum nostrum esse, & in solidum cuius nullam partem alius dicere possit ad se pertinere *l. rectè dicimus* 25. *de verb. signific.* Atqui potest fundus & alia res quælibet ita communis esse duorum, vt neuter possit in eo fundo vel in ea re partem vllam, quæ sua sit, demonstrare. Ergo potest eiusdem fundi aut alterius rei dominium ad plures in solidum pertinere.

DEC. Plures domini eiusdem rei dominium pro indiuiso habentes, iuris tantùm intellectu non etiam diuisione corporis partes obtinent, inquit Papinianus in *l. Maeuius* 66. § *duorum de legat.* 2. Nec quisquam eorum dominus est partis corporis, sed totius corporis pro indiuiso dominium pro parte habet, vt eleganter ac subtiliter ex Celso Vlpianus hîc loquitur. Ergo verum est plures eiusdem rei dominos in solidum esse non posse: quod & scriptum est in *l. de heredit. tate* 19. §. *pater infr. de castrens. pecul.* Ratio illa est, quam suprà attulimus, quòd dominia rerum à naturali possessione cœperunt *l.* 1. *inf. de acquir. poss.* Duo autem simul possidere non possunt, vt mox dicemus, non magis quàm fieri illud potest, vt in quo loco ego sto tu stare videaris *l.* 3. §. *ex contrario eod. tit.* Ne alioqui danda sit & admittenda penetratio dimensionum. Nec rursum possit quis pro dubitandi ratione obiicere, posse plures in solidum vti balneo, vel porticu, vel campo Martio. Earum namque rerum, & si quæ aliæ sunt eiusdem generis, quæ sunt vniuersitatis, neque dominium habemus, neque possessionem sed vsum duntaxat: quem plurium esse vtique nihil prohibet, cùm non eo minùs iis rebus vti quis possit, quòd alius iisdem vtatur, quomodo & in vehiculo pluribus commodato contingit, vt scriptum est in hoc §. quando scilicet vehiculum adeò spatiosum est, & non omnia loca vehiculi occupent singuli: alioqui pluribus simul & in solidum commodari vehiculum non posset: quo tamen etiam casu alia ratio est vehiculi, alia balnei, porticus, & campi Martij, vt Ioānes hîc benè notat ex hoc textu in vers. *Verum in vehiculo.* Denique non obstat superioribus quod nonnulli obiiciunt, posse pecuniam pluribus in solidum dari mutuam *l. si non singuli* 5. *C. si cert. petat.* cùm tamen ex mutuo dominium transferatur. Id enim non ad ius acquirendi dominij pertinet, quasi singulis debitoribus in solidum acquiratur, sed ad causam contrahendæ obligationis, vt perinde singuli quasi correi in solidum obligentur, acsi singuli facti essent in solidum domini pecuniæ creditæ.

b *Vel possessionem.* RAT. DVB. Potest fieri vt duo eandem rem in solidum possideant, vnus iustè, alius iniustè *l.* 3. *in pr. inf. Vti possidet* vnus naturaliter, alius ciuiliter *l. & habet* 15. § *eum qui infr. de precar. l.* 1. §. *quod vulgò & seq. de vi & vi armat. l. naturaliter* 12. *in pr. l. possessio* 49. *iunct. l. pen. de acq. poss.* Ergo non est absolutè verum, quod hîc Vlpianus scribit eiusdē rei possessionem penes duos in solidum esse non posse.

DEC. Possessio siue à pedum positione, siue à sedibus dicta sit, æstimatur ex naturali cuiusque rei occupatione & adprehensione *l.* 1. *eodem tit.* Magis enim facti est, quàm iuris *dict. l.* 1. §. *si vir vxori eod. l. denique* 19. *suprà ex quibus caus. maior* licèt plurimùm ex iure mutuetur *dict. leg. possessio in princip. & paragraph. prim.* Atqui non potest fieri, vt in quo loco ego sto, tu quoque stes, aut in quo sedeo, tu sedeas, quoniam alioqui daretur penetratio

dimensionum, cùm ego totum meum locum occupem, tu similiter tuum totum. Ergo fieri nequit vt duo in solidum rem eandem possideant. Ne quidem cum illa distinctione, vt possideat vnus iustè, alius iniustè, quoniam in causa possessionis non multùm interest iustè quis possideat, an iniustè, vt contra Sabinum & Trebatium Labeo iam olim disputauit. Cuius sententiam Paulus refert, & probat in *l. 3. §. ex contrario eod. tit. De acquir poss.* Ex quo loco euidenter apparet dissensisse in hac quæstione Iureconsultos veteres, nec minùs Paulum cuius ea lex est, ab Vlpiano in *d. l. 3. in princip. vti possid.* quamuis Iulianus, qui Sabinianus fuit, Sabini sententiam magis probasse videatur in *l. duo in solidum 19. infr. De precar.* vbi cùm ait duos in solidum precariò habere non magis posse quàm duos insolidum vi aut clam possidere, propterea quòd neque iustæ neque iniustæ possessiones duæ concurrere possint, ostendit euidenter se non dubitare, quin possit iusta possessio vnius cũ alterius iniusta possessione concurrere. Nec pugnat quod Vlpianus, qui æquè Sabinianus fuit negat in hoc §. possessionem penes duos esse in solidum posse. Obseruandũ enim est referri tantùm Celsi sententiam, qui fuit Proculianus, quique ideo supradictam Sabini sententiam & distinctionem non admittebat, aut si quis Vlpiani quoque sententiam hanc esse velit, accipere eam debebit iuxta Sabini opinionem ac distinctionem. Quare nec illorum distinctio probanda est, qui naturalem quidem & corporalem possessionem fatentur penes duos esse non posse, sed ciuilem posse, ciuilem eam appellantes quæ animo retinetur, non corpore. Etsi enim verum est solo animo retineri possessionem, quamuis solo animo acquiri non possit, certum tamen est tandiu animo eam retineri quandiu ab alio non est corpore occupata, adeò vt sufficiat possessorem suspicari, posse se repelli ab eo qui ingressus est possessionem corpore *l. si id quod 25. §. vlt. iunct. l. clam possidere 6. §. qui ad nundinas De acquir poss* Estque error non leuis magnorum interpretum existimantium ciuilẽ possessionẽ eam dici quæ animo solo retinetur. Naturalis enim & corporalis illa est, quæ corpore quæsita retinetur solo animo quandiu is, qui animo possidet, in ea causa est, vt naturalem & corporalem quoties nolet adprehendere ac nancisci possit. Cæterùm ciuilis possessio ea dicenda est, quæ non solo corpore consistit, sed etiam iure, vt loquitur *l. nemo ambigit 10. C. eo. tit.* vbi dicitur possessionis duplicem esse rationem, vnam, quæ iure consistit, aliam quæ corpore. Est igitur ciuilis ea demùm quæ iusta est, vt quæ titulum habet & bonam fidem, quæque sola prodest ad vsucapionem. Naturalis verò quatenus ciuili opponitur, ea tantùm quæ est iniusta, qualis est possessio furis, & prædonis. Nam cùm possidere nihil aliud sit, quàm sibi habere, & animo domini, vt Theophilus diffinit in Institutionibus, negari non potest quin fur & prædo verè possideant, quamuis iniustè cum animo domini rẽ teneãt. Vnde est quod etiam interdicta omnia habent, quæ veris possessoribus dantur *l. 1. § vlt. & l. 2. infr. Vti possid l. si alius 7. § bellissimè Quod vi aut clam l. 3. §. cum igitur De vi & vi armat.* Id enim est quod dici solet, etiam prędonem si spoliatus sit, restituendũ esse aduersus prædonem *cap. in literis Extr. De restit. spoliat* Non tamen potest ciuilis esse illorum possessio, cùm sit iure improbata: ideòque naturalis dicitur, quia ciuilis nec est, nec esse potest. Alio tamen sensu sunt qui naturaliter possidere dicantur, qui proculdubio verè nõ possident, ac proinde nec iustè nec iniustè, quia sibi non habent, nec animo domini vt colonus, emphyteuta, depositarius, cõmodatarius, fructuarius, & alij similes, qui in possessione esse veriùs dicuntur quàm possidere, quod longè aliud, & diuersum est *l. si quis ante 10. infr. De acq. poss. l. 3 §. creditores Vti possid l. 1. ùm legatorũ 12. Quib. ex caus. in possess eat. l. certè 6. §. is qui rogauit infr. De precar.* Et tamen dicuntur possidere naturaliter *l. communi 7. §. neque colonis supr. Commun. diuid. l. 3. §. vlt. & l. 4. supr. Ad exhib. l. naturaliter 12. in princ. infr. De acq poss.* Id est reuera, & facto ipso, quia incumbunt naturaliter possessioni *d. l. 3. § vlt.* quomodo dicimus, naturaliter aperiri tabulas testamenti & naturaliter clausas esse in *l. 3. §. aperire autem infr. de SC. Silan.* Et licêre contrahentibus in emendo & vendendo naturaliter se decipere *l. in causa 16. §. idem Pomponius supr. De minor.* Itaq; opponitur hæc naturalis possessio, quæ propriè possessio non est, veræ possessioni tã naturali quàm ciuili, non quomodo naturalis vera & propria, soli ciuili. Ex his intelligimus nõ magis ciuilem possessionem solam penes duos insolidum esse posse, quàm naturalem solam siue propriam siue impropriam, quandoquidem ciuilis sola nulla est id est quæ non etiam naturalem comitẽ habeat, & quæ non inceperit à naturali & corporali. Nulla enim solo animo acquiritur nec sine aliquo actu corporali, quamuis corpore quæsita etiam solo animo retineatur, vt diximus, quod cùm accidit, nõ fit possessio ex naturali ciuilis vt pleriq; putant, sed remanet & conseruatur qualis anteà fuit, id est, & naturalis simul, & ciuilis, si iusta fuit, aut naturalis tantùm si iniusta dummodò vera. Nam quæ naturalis impropriè dicitur, ea cùm verè possessio non sit, nec acquiritur animo nec retinetur, sed tantùm corpore, vnde & à nostris asinina detentio dicitur, quamuis non sine animo eius deserendæ amittatur *l. si de eo fundo 40. §. 1 De acquir poss. l. vlt. C. eod.* Planè si possessio ciuilis ea dicẽda esset, quæ solo animo retineretur, non negarem fore, vt plures ciuiliter possidere possent. Quid enim prohibet quominùs plures eodem tempore animum habeant eandem rem possidendi? Etsi namque possidere est sibi & animo domini habere, vt ex Theophilo diximus, nec plures eandem rem habere possunt iure dominij, non eo tamen magis prohibentur animo domini habere, cùm aliud longè sit habere dominiũ, aliud verò habere animum tenendi rem iure domini, vt in fure ac prædone manifestum est. Sed hæc de possessione ad hunc locum notasse sufficiat, licèt Accursius noster multas alias de possessione quæstiones hîc congerat quæ ad loci huius explicationem nil pertinent, & de quibus proprius erit dicendi locus ad *Tit. de acq poss.* si Rationalia nostra eò vsque producere, quod diffidimus, licebit.

c *Verùm in vehiculo commodato.* RAT. DVB. Vsum balnei, vel porticus, vel campi Martij vniuscuiusque in solidum esse, ideò dicimus, quia verum est non eo minùs vti me his rebus, quòd alius iisdem vteretur, vt proximè Vlpianus ex Celso scripsit: atqui eadẽ ratio in vehiculo pluribus cõmodato aut locato habet locũ: Nec n. eo minùs vtor vehiculo quòd etiã alius illo vtatur, quia neuter nostrũ vehiculi loca omnia tenet, nec alius aliũ in vsu impedit: ergo nulla inter vehiculũ commodatũ aut loca-

locatum & supradictas res differentia hac parte dari potest. nec proinde in vehiculo magis quàm in aliis rebus dicendum est. pro parte tantùm in effectu alterum ex commodatariis, vel conductoribus vsum habere. DEC. Distinguendum necessariò est, an vehiculum, quod commodatum vel locatum proponitur, eius sit spatij & latitudinis, vt eius vsus æquè commodus pluribus esse possit, an non. Priore casu certè non video, quænam differentia inter vehiculum & alias res hac parte esse possit, hoc est quantum ad vsum vnicuique ex cõmodatariis aut conductoribus tribuendum in solidum; sed posteriore casu euidens differentia & differentiæ ratio est, quia licèt vnus ex commodatariis, qui solus vehiculo vtitur, non omnia vehiculi loca occupet, tantùm tamen ex vehiculo occupat, quantum faciat ne alius commodatarius eodem vehiculo æquè vti possit: itaque effectu ipso pro parte tantùm vtitur vehiculo, quia non toto vtitur licèt solus vtatur: dices nec in totum porticu vel balneo vel cãpo Martio vti eum qui solus vtitur, & tamen in solidum vti eum non pro parte: sed respondendum est balneum, porticum, campum Martium & alias huiusmodi res quæ sunt vniuersitatis, quod ad proprietatem & possessionem esse singulorum ex vniuersitate, quod ad vsum, hoc ipso quod sunt vniuersitatis. Quod non similiter de vehiculo vel commodato, vel locato dici potest.

d *Sed verius esse.* His verbis respondet Vlpianus ad quæstionem quæ proposita fuerat in illis præcedentibus, *vtrum vnusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur*, vt benè notat Accursius & nos suprà explicauimus. Perinde enim est, quod Vlpianus ait, & dolum, & culpam, & diligentiam in totum me præstare debere, ac si scriberet me Commodati actione in solidum teneri. Sequitur,

e *Quare duo quodammodo rei habebuntur.* RAT. DVB. Correi debendi verè sunt, qui ex contractu siue commodati siue ex alio quolibet ita sunt obligati vt eorum vnusquisque in solidum teneatur *l. 2. & 3. l. eandem 9. & pass. infr. De duob. reis* Atqui cùm duobus vehiculum commodatum est, vnusquisque eorum & culpam & diligentiam & custodiam præstare in totum debet. vt proximè Vlpianus ex Celso scripsit. Ergo habendi sunt verè duo correi non quodammodo, vt lex ait, quæ dictio & nota est impropriætatis. DEC. Non sunt verè correi debendi nisi de quibus actum est, vt correi fierent *l. 3 in princ. eod. tit.* adeóque nec si id actum nisi nominatim dictum sit, si ad Iustiniani constitutionem Nouellã respicias, quæ est 99. *De duob. reis*, nec sufficit ad duos pluresve correos constituendos, vt singuli in solidum sint obligati. Quid enim si, vt ait Bartolus, deducta sit in obligationem res indiuidua? Nemo dubitat quin singuli in solidum teneantur, nec eo magis tamen sunt correi debendi *l. rem hereditariam 6. infr. De euict. l. 2. § si tamen hominem De verb. obligat.* In proposito autem, cùm duobus vehiculum cõmodatum vel locatum est, singuli quidem in solidum tenentur, sed non alia de causa, quàm quia restituendi obligatio indiuidua est. Non ergo verè correi sunt, sed tantùm quasi correi, & quodammodo duo rei, vt Vlpianus hîc loquitur. Nec quisquam putauerit sine effectu esse hanc differentiã: in iis enim qui sunt ita obligati, vt in solidum teneantur propter obligationis naturam indiuiduã, nec tamen sunt correi; non obtinent ea quæ specialiter in correis debendi constituta sunt, quale illud est, vt factum vni factum prosit alteri, aut vt mora vnius noceat alteri *l. 2 l. pen & pass. De duob. reis.* Habent tamen multa cum correis debendi communia. & illa maximè quæ in hoc §. addit Vlpianus, vt si alter conuentus præstiterit in solidũ quanti actoris interest alterum liberet. quem tamen ex eo solo quòd conuentus ipse esset, liberaret, si duo correi debendi proponerentur, *d l. 2. De duob. reis.* Sola enim petitione, & electione vnius, alter olim liberabatur citra solutionem. Quod Iustinianus noster primus correxit in *l vlt Cod de fideiuss* item vt si furtum vni factum sit, ambobus competat furti actio, quasi facto ambobus furto, ita tamen vt alterutro agente, alteri tollatur furti actio. Fit enim primi occupantis, vt dicemus ad *l seq* quamquam etsi malit is qui commodauit, ipse agere contra furem, Iustinianus id ei permisit in *l. vlt in princ. Cod. de furt. §. quæ de fullone Instiut. De oblig quæ ex delict. nascunt.* In duobus depositariis idem iuris est, non enim electione, sed solutione liberantur *d. l. 1 § si apud duos infr. Deposit.* vbi additur, si ambo dolo fecerint, & alter id quod deponentis interest, solidum præstiterit, non esse alterum conueniendum, exemplo, inquit Vlpianus, duorum tutorum quòd si alter vel nihil vel minùs facere possit, ad alium peruenietur. Idémque est, etsi alter dolo non fecerit, & idcirco sit absolutus. Nam & hoc casu ad alium peruenietur: quæ omnia cùm in duobus correis diuersa sint, apparet duos commodatarios rectiùs comparari duobus tutoribus, quàm duobus correis *l. 1. §. nunc tractemus & seqq. l. si ex duobus 15. infr. De tutel. & Ratione distr.* & ideò benè Vlpianum hîc scripsisse addita nota impropriætatis, esse illos quodãmodo duos reos. Aliud est, si pluribus cõmodata sit res aliqua vel apud plures deposita *communi periculo vt in l. rem mihi 21. §. 1. infr hoc tit.* Faciunt enim hæc verba vt eorum quisque pro sua tantùm parte teneatur, & vt periculum, quod commune esse non cuiusque proprium debet, diuidatur.

6. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

VT alterutro agente, alterius actio contra furem tollatur.

Ad l. Vt alterutro 6.

RAT. DVB. Nemo potest facto suo tollere alteri actionem *l. Grantus 7 1. §. penult. infr De fideiuss. l. si Stichum 8. §. vlt. infr. De nouat.* vt neque exceptionem *l. vlt. supr. De pact.* Atqui cùm eadem res pluribus simul commodata est, si eius rei furtum factum sit, competit ambobus furti actio, vt proximè dictum est. Ergo etiamsi alteruter eorum furti agat, actionem tamen alteri competentem non ideò adimere ei potest. DEC. Plures commodatarij, quibus eadem res simul commodata est, quodammodo duo rei habentur § *vlt. l. prox. supr.* Atqui ex pluribus correis debendi vnius factum alteri præiudicat *l pe. infr. De duob. reis*, & qui prior actionem communem occupat, eam facit totam suam & alij correo adimit *l. 1. l. 2. §. 1. eod.* Ergo & in proposito casu idem dicendum est, quia, vt ait Accursius, cùm vterque in

solidum ex eadem causa deferatur furti actio, alteri per alterum præiudicari necesse est: ne alioquin eueniat, vt ex vna eadémque causa pluribus quis in solidum condemnetur, quod iniquum esset. Nam pluribus quidem teneri ex vna eadémque causa in sol.dum quis potest, at pluribus condemnari non potest. Simile quiddam est in *l. si Titius 91. De verb. oblig.*

7. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

VNde quæritur, si alter furti egerit, an ipse solus debeat commodati conueniri? & ait Celsus: si alter conueniatur, qui furti non egit, & paratus sit periculo suo conueniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata: debere eum audiri, & absolui.

Ad l. Vnde quæritur 7.

RAT. DVB. Vtrumque verum est, plures commodatarios, quibus eadem res in solidum & simul commodata est, & dolum & culpam & diligentiam & custodiam præstare singulos in solidum debere, & ambobus furti actionem, si res furto subtracta sit, contra furem competere *§. vltim. l. si vt certo 5. supr.* Súntque propositiones istæ omnino diuersæ & separatæ, cùm aliud longè sit agere vna actione, & alia actione conueniri, aliud actorem, aliud verò reum esse. Ergo quamuis alter commodatariorum solus contra furem egerit furti, non est tamen bona consecutio vt alter conueniri non possit, qui furti non egit, aut vt si conueniatur, & paratus sit periculo suo conueniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, debeat ipse audiri & absolui: nam nec in duobus correis debendi id obtineret, qui sola quidem electione liberantur inspecto iure vetere, si alter eorum conueniatur, at non item si alteruter eorum agat contra tertium, quamuis agendo tantùm consecutus sit quantum necesse est ad dimittendum communem creditorem. Accidit enim hoc ab extrinseco, nec obligationis correorum naturam & substantiam ab initio certa lege constitutam immutare ex postfacto potest *arg. l. vero procuratori 12. §. penult. infr. De solut.* Id enim est quod Iulianus dicebat, casus aduentitios non esse computandos *l. Iulianus 6. infr. Qui & à quib. manum. liber. non fiunt.* Quamuis in pluribus confideiussoribus aliud sit, vt constat ex *l. si dubitet 10. in princ. infr. De fideiuss.* Ideò fortasse quòd fideiussores pro alio teneantur, correi verò singuli quisque pro seipso. DEC. Plures commodatarij habentur quidem pro correis in quibusdam *d. §. vlt. l. 5. supr.* sed non in omnibus, magísque comparandi sunt pluribus tutoribus, vt scriptum est in *l. 1. §. si apud duos infr. Deposit.* Atqui in pluribus tutoribus ita obseruatur, vt is qui tutelam gessit, atque ita locupletior ex tutela factus est, prior conueniatur, deinde si aut nihil aut minus præstare possit, ad alium perueniatur *d. l. 1. §. nunc tractemus & seqq. infr. De tutel. & Ration. distrah. & tit. C. si tutor vel curat. non gesser.* Ergo & in pluribus commodatariis idem iuris esse debet, vt qui ex iis prior furti egit, atque ita per actionem furti lucrum ex commodato sensit, prior quoque commodati actione conueniatur, si modò paratus sit pati, vt suo periculo id fiat. Et hoc ex summa æquitate, quæ in iudicio Commodati, quod bonæ fidei est, maximè dominatur. Quid enim aliud est quod petere possit is, qui commodauit, nisi vt plenissimam indemnitatem in solidum consequatur? Satísque ei esse debet quod electione pauperioris non amittit suam actionem, quomodo amitteret si plures commodatarios pro veris debendi correis haberet: ne quidem iure nouo. Dedit enim Iustinianus correis beneficium diuisionis duntaxat, si modò sint soluendo, non vt alius ante alium conueniri debeat, nec si tota pecunia ad alium peruenerit. Non enim verum est, quod tamen quidam putant, pro fideiussore habendum eum ex correis ad quem pecunia peruenit, vt pluribus docuimus *lib. 11. Coniectur. cap. 1. ex l. si non singuli 5 & l. si in rem 12. C. si cert. petat. & l. propter 4. Cod. de duob. reis iunct. Auth. hoc ita eod. tit.* Nec possum probare, quod Bartolus tentat, beneficium hoc discussionis generale esse in correis omnibus, siue constituantur ex conuentione, siue, vt ipse loquitur, ex quadam necessitate, vt in pluribus tutoribus & commodatariis, vt si quis petat correum, ad quem pecunia peruenit, priorem conueniri suo periculo, sit audiendus. Quasi contraria procedant, cùm vnus ex correis simpliciter petit actionem diuidi, aut alium correum conueniri, non allegato eo quòd pecunia ad alium solum peruenerit, & quòd suo periculo conueniri eum velit. Repugnat enim natura obligationis correorum, quæ vnumquemque ipsorum obligat in solidum ex propria sua, non ex alterius persona. Quod in pluribus tutoribus, quorum alter solus tutelam gessit, diuersum est, & in pluribus fideiussoribus, ad quorum alterum pecunia peruenit. Etsi autem Accursius & Bartolus notant duplicem esse legis huius lectionem & in quibusdam libris legi *conuenire*, in aliis verò *conueniri*. Apertum tamen est viciosam esse priorem & retinendam posteriorem. Sequentia enim omnia sunt de commodatario conuento non conueniente: nec facilè reperias in libris nostris sic loqui prudentes, vt *conuenire* dicant pro *agere*, nisi subiecta in accusatiuo persona quam conuenire actor possit, aut velit. Vt taceam quod Bartolus ipse contra priorem lectionem obiicit, non posse quemquam sine actione experiri *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. De negot. gest.* nisi contra seipsum *l. quoties 9. §. & generaliter infr. De admin. tutor.* Quod & Bartolus ipse fateri cogitur, eum scilicet ex pluribus commodatariis, qui prior conuentus est, non ideo posse agere contra alium commodatarium, nisi cessa sibi priùs actione ab eo qui commodauit, cuius tamen cessionis nulla hîc ab Vlpiano fit mentio.

1 ¶ Sed

1 ¶ Sed si legis Aquiliæ aduersus socium eius habuit commodator actionem: videndum erit, ne cedere debeat: si fortè damnum dederit alter, quod hic, qui conuenitur, commodati actione sarcire compellitur. nam & si aduersus ipsum [a] habuit Aquiliæ actionem commodator, æquissimum est, vt commodati agẽdo, remittat actionem. nisi fortè quis dixerit: agendo eum ex lege Aquilia, hoc minùs consecuturum, quàm ex causa commodati consecutus est. quod videtur habere rationem.

Ad §. 1. Sed si legis.

Actione commodati resarcire compellitur. RAT. DVB. Ad eos qui seruandum aliquid conducunt, aut vendendum accipiunt, damnum ab alio iniuria datum pertinere non debet. Qua enim cura vel diligentia consequi possumus, ne alius iniuria nobis damnum det? Inquit Iulianus in *l. ad eos 19. infr.* Ergo ex pluribus commodatariis si vnus damnum dederit, alius actione commodati id resarcire non compellitur.

DEC. Multum interest, an ab extraneo damnum iniuria detur, an ab alio commodatario. Priore casu obtinet sententia & ratio Iuliani: posteriore verò non item, quia commodatarij plures quibus eadem res simul commodata est, duo rei quodammodo habentur *l. 5. §. vlt. supr.* Ex duobus autem reis factum vnius alteri nocet *l. penult. infr. de duob. reis* præterquàm quod ad moram *l. mora 32. §. penult. de vsur.* Et ita benè hîc Accursius. Etsi potest etiam dici supradictum Iuliani sententiam non omnimodo veram esse, sed à Marcello notatam fuisse, & Marcelli notam ab Vlpiano nostro probatam in *l. sed de damno 41. infr. locat.*

a *Nam etsi aduersus ipsum.* RAT DVB. Actio commodati est ex contractu, & merè rei persecutoria: Actio autem legis Aquiliæ est ex delicto & pœnalis *l. inde Neratius §. hanc actionem supr. ad leg. Aquil.* Ergo si commodatarius ipse damnum iniuria dederit, ita vt & commodati & legis Aquiliç actione teneatur, non est cogendus, vt commodati agendo remittat ei actionem legis Aquiliæ. Nec enim vna actio debet aliam consumere siue ipso iure, siue ope exceptionis, cùm diuersam habeant naturam, & ad diuersos tendant effectus.

DEC. Nunquam æquum est, vt siue vna eademque actione siue pluribus actor bis idem consequatur, ne quidem à diuersis personis *l. si quis dolo 51. in fin. de re iudic.* Multo minus si ab eodem debitore *l. bona fides 57. de regul. iur.* Atqui actiones hæ & commodati & legis Aquiliæ quamuis diuersas causas & origines habeant, ad eundem tamen finem tendunt. scilicet ad rei persecutionem, non ad vindictam *l. qui seruum 34. §. vlt infr. de obligat. & action.* Nisi quod actio legis Aquiliæ continet æstimationem quanti plurimi eo anno aut triginta diebus proximis res fuit. Quo respectu dicitur pœnalis actio qualis non esset, si nunquam supra damnum lis æstimaretur *§. his autem verbis 9. Instit. de leg. Aquil.* Ergo æquissimum est, vt commodator agendo commodati remittat actionem legis Aquiliæ, id est, caueat se non acturum lege Aquilia. Quo facto agere postea non poterit, quia remittentibus actiones suas regressus ad eas nunquam dandus est *l. quæritur 13. § si venditor infr. de ædilit. edict.* Quòd si actionem legis Aquiliæ actor non remiserit, sed commodati actione expertus, non tamen solidum, quod actione commodati debebatur, consecutus sit, non equidem prohibebitur vti actione legis Aquiliæ sibi adhuc competente, & quam non remiserit, sed tamen ita vt agendo ex lege Aquilia hoc minus consequatur, quàm ex causa commodati consecutus est, ad finem sc. eius quãtitatis, quam actione commodati iure eius quod interest, cõsequi debuisset. Ita enim locus hic intelligi debet, ne cũ vulgo interpretũ existimes superesse integram legis Aquiliæ actionem, pro eo quod ex repetitione triginta dierũ plus est in actione legis Aquiliæ, quàm in actione cõmodati, in quam scilicet ęstimatio quanti plurimi nunquam venit, sed tantùm vtro tempore pluris res fuit, aut morę, aut rei iudicandæ *l. 3. §. in hac* vbi diximus *supr. hoc tit. Iunct. l. 3. §. si per venditorem & l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem infr. de action. empt.* Si enim actor actione commodati sit consecutus totum id quod per eam actionem cõsequi potuit, & debuit, non ideò poterit iterum agere ex lege Aquilia prætextu eius quod in actione illa plus est, quàm in actione commodati ex triginta dierum repetitione, quia quod ex hac causa venit in actionem legis Aquiliæ extra causam simpli est, & simplo accedit: quo subducto nec accessio locum habere potest *dict. l. qui seruum §. vlt. de oblig. & action.* vbi proculdubio legendum est, vt vulgo retenta negatione *non remanere*, non autem affirmatiuè, vt in Florentinis, licèt Florentinam lectionem magis probet Cuiacius *libr. 3. obseruat. cap. 25.* Qua negatione retenta, & illa quoque retinenda est, quæ legitur in postremis illis verbis legis *locum non habet.* Et ratio qua mouetur ex loco Paulus, hanc & lectionem & interpretationem omnino probat. nam cùm id quod ex repetitione triginta dierum per legem Aquiliam debetur, nihil nisi pœna & accessio sit, accessorium autem sine suo principali subsistere non possit, ex vulgata iuris regula consequens omnino est, vt extincto principali per solutionem, quam actio commodati extorserit, accessio locum habere amplius non possit. Atque ita hi loci conciliandi sunt, quæ vna est ex conciliationibus Accursij, non quomodo Ioannes, Azo, Martinus, Bartolus, & alij conciliandos crediderũt. Neque verò existimandum est, Vlpiani sententiam in hac lege illam esse, vt damnum quod ex repetitione triginta dierum debetur in actione legis Aquiliæ peti vnquam possit, posteaquàm actum est commodati, sed hanc potius, vt quod simplo defuit in executione actionis commodati, id per actionem legis Aquiliæ adhuc exigi possit ad finem vsque simpli. Quemadmodum dicimus eum qui furti egit in duplum posse quidem etiam vi bonorum raptorum agere, si fur etiam raptor idem sit, sed ita vt condemnatio non possit quadruplum excedere, *l. si quis egerit 88. inf. de fur.* quoniam ea furti grauissima pœna est etiam manifesti, quale semper illud est quod à raptore committitur. Alioqui de-

buerat Vlpianus hîc scribere post actionem commodati propositam semper & omnimodo legis Aquiliæ actionem superesse, cùm certissimi iuris sit, in actionem commodati nunquam venire damnum ex triginta dierum repetitione: nec potest videri actor minus consecutus actione commodati qui tantùm consecutus est quantum ex actione commodati sperare maximè potuit *l. non potest videri 117 de verb. signific.* Contrà verò minus consecutus dici potest, qui nihil prorsus consecutus est *l. minus solutum 32. l. verbum amplius 82. l. si ita à te 150. eod. tit. signific.* Difficilius illud videtur, quod scriptum est in *l. si is cui 71. de furt.* si is cui commodata res erat, furtum ipsius admiserit, agi quidem cum eo & furti & commodati posse, sed si furti actum sit, commodati actionem extingui, si commodati, posse actioni furti obiici exceptionem. Nam cùm actio furti sit merè pœnalis, commodati verò merè rei persecutoria, quid, obsecro, habent inter se commune, vt altera per alteram consumatur siue ipso iure, siue ope exceptionis. Qua de causa plerique coacti sunt dicere post Accursium & Bartolum, actionem furti eo loco dictam à Iauoleno pro condictione furtiua, vt idem sit sensus Iauoleni qui Pauli in *dict. l. qui seruum 34. §. si is cui de oblig. & action.* vbi ait ille, si is cui rem commodauero, eam subripuerit, teneri quidem eum & commodati actione, & condictione, sed alteram actionem perimere alteram aut ipso iure, aut, quod est tutius, ope exceptionis. Quæ tamen interpretatio prorsus improbabilis est, cùm nusquam auditum sit, actionem furti pro condictione furtiua sumi, cùm hæc sit merè rei persecutoria, illa verò pœnalis *l. si pro fure 7. §. 1. suprà de condict. furt. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* vbi condictio & vindicatio hac parte æquiparantur, quod ad rei furtiuæ recuperationem attinet, ita vt non minus condictio quàm vindicatio ab actione furti separetur. Dicendum igitur est, si furti actum fuerit, condictionem quidem furtiuam superesse ad rem persequendam, sed actionem commodati non superesse, quia actio illa ex bono & æquo est, vt & cæteræ actiones omnes quæ bonæ fidei esse dicuntur *§. in bonæ fidei Inst. de action.* bonum autem & æquum esse definit, vt actione commodati quicquam consequatur is, qui iam per occasionem commodati duplum aut quadruplum consecutus est, quemadmodum de actione iniuriarum scribit Paulus in *d. l. qui seruum 34. in princip.* Etsi enim quod per actionem furti commodator habuit, non ex commodato habuit, sed ex furto, habuit tamen per occasionem commodati, quia si non commodasset, furtum commodatarius non fecisset: hoc verò sufficit, vt commodati actionem præterea ipsi dari æquum non sit *arg. l. debitor 59. §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* Comparata enim est actio commodati, vt cæteræ ferè omnes, non vt lucrum ex alterius iactura commodator consequatur, sed vt tantùm indemnis seruetur, non idem est in actione furti, quæ, quoniam pœnalis tota est, nec nisi in pœnam & odium furis inducta, facilius admittit, vt actor lucrum ex damno furis sentiat. Nam quod furi damnum est & pœna, totum id actori lucrum est. Inde igitur fit, vt si actione furti prius actum sit, commodati actio extinguatur ipso iure, non etiam actio furti, si prius actum sit commodati, sed tantùm per exceptionem. Cur verò per exceptionem, cùm furti actio, vt diximus, tota sit pœnalis? Nimirum quia nec illud æquum est, vt commodator plus consequatur in effectu ob id solùm quod commodati prius egerit quàm si furti egisset. In eóque apparet quantum intersit an furti actio cum bonæ fidei actione concurrat, qualis est actio commodati, an verò cum ea quæ sit stricti iuris, puta cum condictione furtiua. Nam si cum actione bonæ fidei id obtinet, quod modò diximus, vt ei qui alia actione pœnali experiri volet, necesse sit bonæ fidei actionem ante omnia remittere, aut si vtraque agere velit, non plus consequi ex pœnali posteriore, quàm quod minus ex priore consecutus fuerit, si plus consequi potuerit, & debuerit. Minus enim hîc intelligere debemus non ex comparatione alterius actionis plenioris, sed relatione facta ad id quod ex priore actione amplius exigi potuit. Si verò concurrat actio furti cum condictione furtiua, neque perimit condictionem, neque per eam perimitur, siue ipso iure, siue ope exceptionis *d. l. si pro fure §. 1. supr. de condict. furt. dict. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* quia non quid bona fides suadeat hoc casu inspiciendum est, sed quid mera strictáque iuris ratio ferat. Sed illud magis mirum est, si actio commodati cum furtiua condictione concurrat, cur non extinguatur altera per alteram ipso iure, sed ope tantùm exceptionis *dict. l. qui seruum §. si is cui de oblig. & action* siue prius actione commodati siue furtiua condictione actum proponatur: cùm & actio commodati sit bonæ fidei, quæ proinde perimi deberet per condictionem, ex qua commodator iam esset indemnitatem consecutus, & rem suam recepisset, & vtraque nihil nisi meram rei persecutionem contineat *l. in rebus 18. §. sine autem infr. hoc tit.* Nisi dicamus non negare Paulum in *dict. §. si is cui* perimi actionem commodati per condictionem & contra, sed hoc tantùm adfirmare tutius esse, si quis dicat, liberari reum per exceptionem, scilicet doli, quoniam dolo facit, & est improbus, qui bis idem consequi velit *l. si quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. de re iudic.* Quisquis enim liberatur ipso iure, multo magis credendus est liberari per exceptionem. Quemadmodum solemus dicere, cui damus actionem, multo magis dandam esse exceptionem *l. 1. §. is autem de superfic. l. inuitus 156. §. 1. de reg. iur.* Et cùm plerumque cótingat, vt quis liberandus sit per exceptionē, qui non sit ipso iure liberatus, quia facilius est, vt quis per exceptionem, quàm vt ipso iure liberetur, cósequens est, vt tutius sit debitori dicere se liberatum per exceptionem, quàm ipso iure, parum enim est, quod ipso iure liberatus non sit, si modò liberari possit per exceptionem: sicuti nihil interest, an ipso iure quis actionem non habeat, an talem habeat quæ per exceptionem summoueri possit *l. nihil interest 112. de regul. iur.* Solent autem prudentes, ídque prudentissimè semper eam deliberationis & consilij partem sequi quę tutior est, vt & cùm de actione danda disputant, quæ vtrum competat, dubitari possit, quemadmodum in specie *l. si gratuitam 17. l. Titius 24 & pass. infr. de præscr. verb.* Quamquam dici etiam potest facilius esse, vt commodati actio perimatur ipso iure per condictionem, quàm vt condictio per actionem commodati, quia cùm condictio sit stricti iuris, non tam facilè tolli potest ipso iure, sed doli exceptio necessaria est, quæ non sicuti bonæ fidei iudiciis, ita & strictis ipso iure inest. Idque suaderi potest ex eo quod idem Vlpianus noster scribit in *l. sed si ex causa 47. iunctis præcedentibus inf. Pro socio.* Vbi cùm scriptum esset ab Vlpiano socium, qui celandi animo rem contrectauit, non solùm furti actione teneri, sed etiam pro socio actione obstrictum

obstrictum esse, nec alteram actionem tolli, idémque in omnibus bonæ fidei iudiciis dicendum esse subiungitur ex eodem Vlpiano, si tamen ex causa furtiua condixero cessare pro socio actionem, vt intelligamus per condictionem furtiuam extingui ipso iure actionem pro socio, quia bonæ fidei est, ideóque & in cæteris bonæ fidei iudiciis idem esse. Quid enim aliud est, cessare actionem pro socio quàm non competere? Scilicet, vt lex addit, Nisi pluris mea intersit. Nam cùm in actione pro socio, vt & in cæteris bonæ fidei actionibus veniat id quod interest, quod non venit in stricta actione condictionis furtiuę bona fides non repugnat, imò suadet, vt quod pluris mea interest, possim persequi per actionem pro socio, etiam post propositam furtiuam condictionem, idque conueniens est ei quod in hoc §. scribitur, licèt non de condictione furtiua loquatur, sed de actione legis Aquiliæ. Sed si priùs egero actione pro socio, quamuis per eam consecutus sim omne id quod mea interest, nec proinde amplius quicquam consequi possim per condictionem furtiuam, condictio tamen ipso iure tolli non potest, quia stricti iuris est, nec in ea quid bonum & æquum sit inspicitur. Est igitur necessaria exceptio doli, si postquàm egero pro socio, condicam *d. l. qui seruum 34. §. si is cui de oblegat. & action.* Inde etiam est, quod socius qui rei communis furtum fecit, si actione pro socio conueniatur, ea ipsa actione consequitur, id est ęquitate ipsius iudicij, vt in *l. in hoc iudicium 14. §. 1. commun. diuid.* vt ab altera actione, id est, à condictione furtiua liberetur, & alterutra actione contentus esse debeam *l. sed actione 50. infr. Pro socio.* nisi quis dicat id fieri iure quodam speciali actionis pro socio quæ ab aliis etiam bonæ fidei actionibus in eo dissimilis est, quod non solùm directa est ex vtraque parte, nulla contraria, sed etiam eiusdem nominis & iuris est, non minùs ex parte illius qui conuenitur, quàm ex parte eius qui agit, tanquam quæ sit actio vtrique parti communis, & ex qua perinde actor ipse condemnari possit, atque si à socio propria & separata actione siue directa siue contraria conueniretur. Quod in commodati actione diuersum est. Etsi enim commodator agendo commodati cogitur legis Aquiliæ exceptionem remittere, vt hîc scriptum est, id tamen fit sola æquitate iudicij, quia bonæ fidei iudiciis doli exceptiones, ipso iure insunt *l. sed etsi 21. infr. solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.* non per actionem ipsam commodati, quæ danda sit commodatario, cui sola contraria competit. Sed in actione pro socio ille ipse qui conuenitur etiam agere intelligitur, quomodo in aliis actionibus vsuuenit, quæ ob eam causam mixtæ appellantur & duplices, quod in iis vterque actor sit, vterque reus *l. in tribus 13. supr. de iudic. l. iudicium 10. supr. fin. regund. l. 1. §. 1. commun. diuid. l. actionis 37. §. 1. infr. de oblig. & action.* Hac tamen differentia, quod in duplicibus iudiciis vterque necessariò & actor, & reus est. In actione autem pro socio, potest ita quis esse actor, vt tamen non sit reus, & ita reus, vt non sit actor. Denique actio pro socio non tam mixta est quàm communis, quia & nominum rationem habet, & adiudicationes non admittit. *l. si actum sit 43. pro socio.* At Familiæ erciscundæ, communi diuidundo, & finium regundorum actiones mixtę sunt, non communes. Ratio autem quam adfert Paulus in *d. l. sed actione*, cur socius conuentus actione pro socio propter factum rei communis furtum eâdem actione consequatur, vt actor alterutra actione contentus esse debeat, illa est, quòd vtraque actio ad rei persecutionem respiciat, non vt furti ad pœnam duntaxat. Iam enim dixerat Vlpianus in *d. l. rei communis*, rei communis nomine cum socio & furti agi posse, & actione pro socio, nec altera actione tolli alteram. Nimirum ipso iure, sed per exceptionem, si priùs actum sit pro socio quàm furti, non etiam si priùs actum sit furti quàm pro socio, tunc enim pro socio actio extinguetur ipso iure, si Iauoleno credimus in *d. l. si is cui 71. de furt.* quæ alioqui cum Vlpiano conciliari meo iudicio nulla ratione posset: nisi mallet quis cum Bartolo & vulgaribus aliis interpretibus actionem furti pro condictione furtiua interpretari apud Iauolenum, quod tamen ridiculum esse, nec vllomodo defendi posse iam diximus, nam neque perpetuum est, vt cùm vtráque actio rei persecutoria est, adeóque etiam vtraque bonę fidei altera tollat alteram. Neque enim si actum sit communi diuidundo statim tolletur actio pro socio, cùm pro socio actio & nominum rationem habeat, quam non habet actio communi diuidundo, & adiudicationem non admittat, quam communi diuidundo actio admittit, sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequetur actor, quàm ex priore actione consecutus sit, vt idem Vlpian. noster scribit in *l. si actum sit 43. pro socio.* Itaque quod vna actio rei persecutoria tollat alteram æquè rei persecutoriam, non tam ex solo fit quòd vtraque sit rei persecutoria, vel bonæ fidei quã ex eo, quòd vtraq; sit æquè plena, nec vna plenior altera: alioquin si alterutra tantùm sit bonæ fidei sola illa extinguetur, non extinguet alterã, quæ stricta est: extinguetur tamen non in totũ, sed quatenus ex priore consecutus est actor, sed si plenior sit, vt esse solent, quæ sunt bonæ fidei, supererit illa quę bonæ fidei est, in eo quod plus continet quàm prior siue vtraque sit actio bonæ fidei, siue vna bonæ fidei, alia verò stricta. At stricta nunquam ipso iure tollitur per priorem, sed ope tantùm exceptionis, quia nec bonæ fidei rationem admittit nec plenior esse potest in eo quod actoris interest, quamuis cùm pœnalis est, vt furti actio pleniorem condemnationem habere possit, dupli scilicet vel quadrupli, aut ex repetitione triginta dierum, vel anni pręteriti, vt actio legis Aquiliæ. Et ita quæstionem hanc totam quæ alioqui perdifficilis & perplexa satis est, concludendam esse arbitramur. Superest vt moneamus, malè Accursium existimare, non respõdisse Vlpianum ad quæstionem, quę proposita fuerat in illis verbis, *videndum erit ne cedere debeat.* An scilicet socio debeat cedi actio contra socium, ex cuius facto conuenitur. Nam imò verò supradicta locutio est Iureconsulti modestè, vt solet magis quàm dubitanter ad propositam quęstionem respondentis, & quidem affirmatiuè cedi actionem debere, & responsionis huius adfirmatiuæ rationem statim reddit illis sequentibus verbis, *si fortè damnum dedit alter, quod hic, qui cõuenitur, cõmodati actione sarcire compellitur*, vt in superiorib. diximus. Est autẽ longè ineptius quod quidam putant, quos refert Bartolus, priorem illam responsionem corrigi in versic. *nisi fortè quis dixerit*: cùm hic versiculus referatur non ad id quod de cedenda actione prius dictum fuerat, sed ad id quod proximè, æquissimum esse, vt commodator agendo commodati remittat actionem legis Aquiliæ, hoc sensu, vt in commodatoris contra ipsum commodatarium, qui rem commodatam fre-

gerit aut ruperit, arbitrio & electione sit, si prius agat commodati vel actionem legis Aquiliæ remittere, vel, si malit, lege Aquilia experiri, sed hoc ita vt hoc minus consequatur, quod ex causa commodati iam consecutus est. Vtroque enim casu res eodem recidit, vt non consequatur actor ex duplici actione duplicem indemnitatem, sed vnam duntaxat. Id enim est quod Vlpianus subiungit videri habere rationem. De cedenda namque actione iam satis sententiam suam exposuerat in versic. *videndum erit* vt diximus. Quod autem statim sequitur *nam etsi aduersus ipsum habuit Aquilia actionem commodator* non aliò pertinet quàm ad confirmandum id quod proximè dictum fuerat, commodatorem debere socio quem conuenit legis Aquiliæ actione cedere aduersus sociũ & cuius dolo aut culpa alius conuenitur. Est enim optima ratio propter quam id fieri debeat, quia etsi aduersus eum ipsum commodati ageret, qui damnum in re commodata dedisset, æquissimum esset actorem commodati agendo, ipsi remittere legis Aquiliæ actionem: ne scilicet aliter posito iure duplicem indemnitatem actor consequeretur: quomodo consequeretur etiam illo casu, quo ageret aduersus alterum ex correis actione commodati, si non ei cedere cogeretur actione legis Aquiliæ aduersus alium cuius culpa damnum contigit, nam & illa actione legis Aquiliæ tantundem consequeretur, quantum iam actione commodati fuisset consecutus, & prętereà quod in actione legis Aquiliæ amplius esset ex triginta dierum repetitione. Miror verò quod Bartolus post Accursium, & post eos plerique cæteri ferè omnes notant hîc de actione legis Aquiliæ, quod plus in ea est quàm in actione commodati restringendum esse ad simplum illud quod per inficiationem priori simplo accedit, non quod ex repetitione triginta dierum. Etsi enim actio hæc ex earum numero est quæ per inficiationem crescunt *l. 4. Cod de leg. Aquil.* non ideo tamen pœnalis dicitur, non magis quàm actio depositi quæ perinde crescit per inficiatione § *sed furti 26. Instit de action.* & iudicati, & aliæ de quibus apud Paulum *lib. 1 sentent. tit. 19. §. vlt* vbi Cuiacius, quæ tamen merè sunt rei persecutoriæ, nullomodo autem pœnales: sed quoniam plerunque in ea lis supra damnum æstimatur §. *his autem verbis Instit. de leg. Aquil.* Fit enim per accidens & ab extrinseco vt actio legis Aquiliæ detur ad duplũ, vt dolosa delinquentis negatio puniatur, non ex natura actionis, vt ex verbis ipsis legis Aquiliæ apparet *l. 1. & 2. l. ait lex 21. supr. ad leg. Aquil.* Id ergo duntaxat in legis Aquiliæ actione amplius quàm in actione commodati esse intelligitur quod ex triginta dierum repetitione simplo accedere potest, non quod ex delinquentis inficiatione. Nec enim isti casus aduentitij computandi sunt *l. Iulianus 6. infr. qui & à quib. manum.* Nec sanè potest Bartolus hinc se euoluere, vt ex ipsius commentariis videre est. Quod autem addit Accursius, in duobus contutoribus idem esse, vt pupillus ei contra quem agit cedere debeat, actione tutelæ aduersus alium qui gesserit & ex cuius gestione is qui non gessit, conuenitur, certissimum sanè ac indubitatum est *l. 1. §. nunc tractemus infr. de tutel. & ration. distr & l. 2. in princip. & §. vlt. de admin. tutor.* sed quod subiicit de duobus correis, quasi in iis quoque idem sit, accommodatum non est, nam in correis debendi generale est, vt ei qui conuenitur actionibus suis contra correum cedere pro parte creditor debeat, *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* Non adhibita illa distinctione, quam Bartolus post Azonem adhibet, an is qui conuenitur ex correis talis sit, qui implorare possit beneficium diuisionis, necne. Nam & iure vetere quo erat incognitum inter correos beneficium hoc diuisionis à Iustiniano duntaxat introductum *Nouell. 99. de duob. reis*, vnde sumpta est *Auth. hoc ita C. eod.* iam ita obtinebat, vt correo qui solus conueniebatur creditor aduersus correum præstare actiones cogeretur, nec alio remedio solidum soluenti correo succurri posset *d. l. rem hereditariam.* Eaque potissimum dubitandi ratio ad hunc locum esse videbatur propter quam non esset cogendus commodator actione cedere commodatario, conuento ex alterius commodatarij persona, quòd non essent verè correi iuxta Papiniani ratiocinationem in *d. l. rem hereditariam.* Sed sufficere visum est, quòd sint quodammodo correi, vt Vlpianus loquitur *in d. l. 5. §. vltim. in fin. supr.* Non vt omnimodo omníque casu præstanda sit actio vni ex cõmodatariis qui conuenitur aduersus alium commodatarium, quomodo in duobus verè correis contingeret, vt diximus, sed vt eo saltem casu quo is qui conuenitur, ex facto & culpa alterius conueniatur. Quod in duobus verè correis nunquam accidit, qui scilicet ex propria obligatione propriòque facto singuli conueniuntur, tum quoque cùm vnius factum alteri nocet. Vna enim omnium est obligatio *l. 1. § 1. infr. de duobus reis* quæ in duobus commodatariis est diuersa, & duplex: fideiussorum alia ratio est, vt benè Accursius notat. Etsi enim ij quoque ex propria obligatione singuli cõueniuntur, tamen ob factum & debitum principalis debitoris cõueniuntur, cuius obligationi accedũt *auth. l. præsente C. de fideiuss. l. si diuisa 13. C. de locat.* Ideóque actiones fideiussori, qui prior conuenitur, cedi æquum est non modò contra principalem debitorem [quamuis superuacua sit hæc cessio, nisi quantum ad hypothecariam actionem, cùm habeat reum satis obligatum actione mandati si mandatum intercesserit, vel negotiorum gestorum, si nullum præcesserit mandatum *l. ex mandato 20. §. 1. infr mandat*]sed etiã aduersus cõfideiussores contra quos alioqui nullam haberet actionem *l. vt fideiussor 39 inf de fideiuss.* Quod & in mandatoribus obtinet *l si fideiussores 41. § idem respondit eod. tit.* Nec in eo damnum aliquod est cedentis sine cuius dispendio ea cessio fit *l. in creditore 38. in fin. infr. de euict.* Ex quo intelligimus quàm verum sit quod alibi sæpe docuimus, nunquam correos videri mutua vice fideiubere si non expressè id dictum sit *l. reos 11. inf. de duob. reis* Cùm fideiussorum & correorum iura omnino sint separata. Sed de his hactenus.

8. POMPONIVS lib. 5. ad Sabinum.

REi commodatæ & possessionem, & proprietatem retinemus.

9. VLPIANVS

9. VLPIANVS libro 2. ad Edictum.

NEmo enim commodando rem facit eius, cui commodat.

Ad l. Rei commodatæ 8. & l. Nemo 9.

RAT. DVB. Commodatũ est ex numero & genere eorum contractuũ, qui re, id est, traditione perficiuntur § *item is cui Inst quib. mod. re contr. obl. l. 1. §. is quoque cui infrà de oblig. & act.* Atqui traditio est vnus ex modis sex acquirẽdi iure Quiritium dominij quos Vlpianus refert in fragmentis *tit. 19. de acquisit. rer. l. traditio 20. infr. de acquir. rer. domin. l traditionibus 20. Cod. de pact.* Ergo etiam ex commodato transfertur dominium, scilicet si rem suam quis commodauerit, non etiam si alienam, cùm alienæ quoque rei commodatum possit consistere *l. commodare 14. infrà hoc tit.* Nam & in venditione idem contingit, vt etiam rei alienæ venditio valeat *l. rem alienam 28. infrà de contr. empt.* nec eo minus tamen ex venditione transferatur dominium, si dominus venditor fuit *l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt.* alioqui saltem vsucapiendi condicio in emptorem transferatur *l. clauibus 74. de contr. empt.* Adeò vt nemo possit videri eam rem vendidisse de cuius dominio id actum est, ne ad emptorem transiret *l. penult. §. vltim. eodem tit.* De possessione autem rei commodatæ multo minus dubitari posse videtur, quin in commodatarium transferatur. Quid enim aliud est traditio quàm possessionis translatio? *l 3 in princip. de action. empt.* Et quomodo non possidet is, qui etiam vsum rei habet, & quidem inuito quoque domino postquam commodatum factum est? Nec enim commodatori permittitur intempestiuè commodatum reuocare *l. in commodato 17. §. 1 infr. hoc tit.*

DEC. Non omnis traditio transfert dominium, nec si à domino ipso facta sit, sed ea tantùm quæ iusta est, non quæ nuda *l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Iusta verò intelligitur & non nuda, quæ fit ex titulo aliquo præcedente eóque habili ad dominium transferendum, & à iure in eam rem adprobato. Qualis est titulus venditionis, permutationis, donationis, mutui, & si qui sunt similes, non etiam commodati, etsi enim titulus commodati non est iniustus, si iniustum pro iniquo accipias, non est tamen iure comparatus ad hoc, vt dominium ex eo transferatur, quia nemo commodando id agit, vt rei suæ dominium transferat in commodatarium, quemadmodum subiicitur in *l. seq.* Commodatum enim certi beneficij collatio non alienatio est *d. l. in commodato 17. §. 1. infr.* Generaliter autem verum est, actus nunquam operari vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & l. praced. supr. de rebus credit.* Et quemadmodum nihil tam æquitati naturali consentaneum est, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res infr. de acquir. rer. domin.* Ita nihil tam absurdum, aut iniquum, quàm vt quis vel inuitus vel errans rei suæ dominium amittat *l. id quod nostrum 11. de regul. iur. l. si procurator 35. infr. de acquir. rer. domin. l. si id quod 7. in fin. de rescind. vendit. l. re tua 18. Cod. de rei vindic.* Et sicuti dominia rerum non nisi certis & legitimis modis acquiruntur, etiamsi voluntas transferendi & acquirendi dominij vtrimque concurrat *l. 5. supr. si vsusfr. petet.* Ita nec nisi certis & legitimis modis amittuntur, inter quos nec ipsa domini voluntas est, si non titulus aliquis iustus accedat *l. si quis vi 17. § differentia infr. de acquir. poss.* Quod verò ad possessionem rei commodatæ pertinet, etsi longè facilius est, vt per traditionem possessio, quàm vt dominium transferatur, attamen nec ipsa quoque ex commodato transfertur, si de ea possessione intelligas, quæ verè ac propriè possessio est. Is enim demum verè ac propriè possidet, non qui simpliciter & corporaliter rem detinet asinina, vt loquuntur, detentatione, sed qui animo domini rem habet, vt ex Theophilo diximus ad *l. 5. §. vlt. supr.* Commodatarius autem tantum abest, vt animo domini rem teneat, vt è contrario, si velit animo domini rem commodatam contrectare, hoc ipso statim fur esse incipiat, & furtiua condictione teneri *l. si is cui 71. infr. de furt. §. qua de fullone Inst. de oblig. qua ex delict. nascunt. l. vlt. C. de furt.* quomodo & de depositario scriptum est in *l. si quis infitiatus 13. in pr. & §. 1. infr. deposit.* Et longè aliud est possidere, aliud esse in possessione *l. si quis antè 10. inf. de acq. poss. l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Commodatarius in possessione quidem est, sed non possidet, commodator verò possidet, cuius scilicet nomine commodatarius rem tenet, is autem possidet cuius nomine possidetur, quia non idem est possidere & alieno nomine possidere *l. quod meo 17. de acq poss.* Ergo verum est commodatorem & dominium & possessionem rei commodatæ retinere *§. per eos quoque Inst. de interd.* Idem iuris est in deposito *l. licèt 17. §. rei deposita infr. deposit.*

10. IDEM libro 29 ad Sabinum.

EVm, qui rem commodatam accepit, si in eam rem vsus est, in quam accepit, nihil præstare, si eam in nulla parte, culpa sua deteriorem fecit, verum est. nam, si culpa eius fecit deteriorem, tenebitur.

Ad l. Eum qui 10.

RAT. DVB. Commodatarius omnimodo tenetur rem commodatam reddere *l. 1. §. is quoque de obl. & act.* Atqui non videtur reddere qui deteriorem reddit *l 3. §. si reddita sup. hoc ti. l. 1 § si res deposita 16. inf. depos.* Ergo tametsi is qui rem cõmodatam accepit, in eam rem vsus sit, in quam acceperit, si tamen deterior illa facta sit etiam citra culpam cõmodatarij, dicendũ est eam non liberari. Non minus enim hoc casu deterior redditur, quàm si aliqua cõmodatarij culpa interuenisset. DEC. Nihil imputari potest cõmodatario, qui re commodata vsus est, in eam tantum rem in quam accepit, si nulla ipsius culpa mixta sit, vt Bartolus loquitur, cùm id actum sit inter contrahentes, vt ea re ita vteretur: sed imputare sibi commodator ipse debet cur in eum vsum rem suã cõmodauerit, cùm præuidere potuerit, & debuerit fore fortassis, & fieri posse, vt ex eo vsu res deterior efficeretur *l. vlt. inf. hoc tit.* Ergo nõ potest eo nomine teneri cõmodatarius, quippe qui licèt de qualibet culpa etiam leuissima teneatur, sine culpa tamen aliqua non tenetur. Generale autem & perpetuum est, vt culpa omnino nulla sit eius, cui nihil penitus imputari potest. Quod si culpa eius aliqua sit, tenebitur, quia nec rẽ reddidisse hoc casu videtur, qui deteriorem reddidit *d. § si reddita & d. l. vlt. inf.*

1 ¶ Si rem inspectori dedi: an similis sit ei, cui commodata res est, quæritur? & si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantùm præstabit. si sua, etiam custodiam. & ideo furti habebit actionem[a]. Sed & si, dum refertur, periit[b]: si quidem ego mandaueram, per quem remittere, periculum meum erit: si verò ipse, cui voluit, commisit, æquè culpam mihi præstabit, si sua causa accepit.

II. PAVLVS libro 18. ad Sabinum.

QVi non tam idoneum hominem elegerit, vt rectè id perferri possit.

Ad §. 1. Si rem Et l. qui non tam idoneum II.

RAT. DVB. Cùm quis rem aliquã inspectori dedit inspiciendam, contractus innominatus est, ex quo proinde non alia nasci actio potest, quàm præscriptis verbis *l. si gratuitam 17. §. 1. inf. de præscript. verb.* Atqui cõtractus commodati nominatus est, ex eóque nascitur actio propria & nominata à prætore introducta quæ dicitur commodati *l. 1. sup hoc tit.* Ergo non potest hic contractus similis esse cõtractui commodati DEC. Contractus innominati licèt toto genere differant à nominatis, plerumque tamen similes eis sunt, habéntque similes ferè præstationes, propter similem naturam negotij gesti vt in hac specie contingit in qua licèt nullum sit commodatum, attamen negotium quod geritur prope commodatũ est, aut prope depositũ, vt loquitur Vlpianus ex Papiniano in *d. l. si gratuitam 17. §. Papinianus aliàs l. si rem l. naturalis § pen. l. Titius 24. de præscr. verb. l. 1. §. si quis seruum 9. inf. deposit.* Distinguendum tamen est, vt Vlpianus hîc dubit, an mea causa dederim rem inspiciendam, dum volo fortassis precium exquirere, an tua non quasi vno casu potiùs, quàm alio commodatum sit, sed quia priore casu dolum solũ præstare mihi debet is, cui rem inspiciendam dedi, exemplo sc. commodatarij, qui sui tantùm lucri gratia commodatum dedit, posteriore autem casu etiam custodiam, id est, exactissimam in re custodienda diligentiam: exemplo quoque commodatarij, qui sui tantùm gratia commodatum accepit. Eadem enim ratio æquitatis & eadem æquitas distinctionis locũ habet in commodatore, & in eo qui rem inspiciendam dedit, itémque in commodatario & eo qui rẽ inspiciendam accepit, secundum ea quæ scripsimus in *l. si vt certo 5. §. nunc videndum supr. hoc tit.* Quærit autem Accursius, eo casu quo res inspectori data est inspicienda, solius dantis gratia, quo casu diximus dolum dũtaxat præstare illum debere, an inspector probare debeat, se sine dolo malo rem amisisse, an verò is qui inspiciẽdam dedit dolum malum inspectoris interuenisse? Et tandẽ cum Azone rectè concludit ex iuris regula, eum qui dolo factũ esse dicit dolũ probare debere *l. quoties 19 §. qui dolo infr. de probat.* Is enim qui dicit probare debet non qui negat *l. 2. eo. l. omnia 12. aliàs l. cùm ita § species de legat. 2. l. si nulla 8 C. de pign. act.* Planè amissionem probare debet is qui se dicit rem perdidisse. Culpam autem amissionis ille qui allegat *l. si creditor 5. eod. tit.* vbi Bartolus.

a *Et ideò furti habebit actionem.* RAT. DVB. Furtum est cõtrectatio rei alienæ inuito domino *l. 1. infrà de furt.* Atqui is qui rem suam inspiciendam dedit, licèt inspectoris gratia, non eo minùs dominium rei suæ retinet, imò longè magis, quàm is qui rem suam commodauit *l. res commodata 8. supr.* Ergo si eius rei furtum factum sit, furti actio ipsi debet competere, non inspectori.

DEC. Furti actio non tantùm domino competit, sed etiam iis omnibus quorum ex iusta & honesta causa interest *l. cuius 9. l. si vendidero 80. §. 1. infr. de furt.* Atqui ex honesta causa eius interest, qui rem inspiciendam accepit, eo nimirum casu quo periculum ad eum pertinet, quia eo nomine tenetur ei qui inspiciendam dedit, vt proximè diximus: ergo ei actio furti dãda est, non domino, cuius nihil interesse videtur, cùm paratam habeat aduersus inspectorem pro sua indemnitate actionem *l. rem inspiciendam 78. eod. tit. de furt.* Iunge *l. 1. § pen. alias l. idem Pomponius l. 4. l. vlt. in pr. sup. Naut. caup. stabul.*

b *Sed etsi dum refertur perit.* RAT. DVB. Commodatarius tenetur ad rem commodatam omnimodo reddendam *l. 1. §. is quoque infrà de oblig. & action.* Ergo suo & periculo & sumptu debet eam reddere, quia vtilitatis ipsius gratia id fit, vt liberetur *arg. l. sed etsi 11. §. 1. vbi Accursius supr. ad exhib.*

DEC. Commodator qui commodatario mandauit, per quam personam res cõmodata referretur, sibi debet imputare, cur minùs idoneam personam ad rem referendam elegerit, cúmque hoc ipso sit in culpa malæ electionis, non debet ipsius culpa ad commodatarij damnum pertinere: si verò commodatarius ipse rem referendam commisit ei cui voluit, æquè culpam præstare debet, si sui tantùm gratia commodatum acceperat, quia æquè in culpa est, quòd non satis idoneam personam elegerit, per quam res commodata rectè, id est, tutò perferri referríque posset. At subiicitur in *l. seq.* Quòd si commodantis tantùm gratia commodatum factum fuerat, solum dolum commodatarius præstabit *l. si mei causa 12. infr.* Est igitur illa inter hos casus differentia, quòd commodatore ipso mandante distinctioni locus nullus est, an ipsius, an commodatarij gratia commodatum factum sit, quia tum etiam cùm solius commodatarij fauor versatur, voluntati tamen commodatoris obtemperare commodatarius debet, neque culpa ei aliqua obiici potest, quod minùs idoneam personam elegerit, quia non elegit. At cùm ipse commodatarius committit certæ personæ rem perferendam, si quidem sui tantum lucri gratia commodatum acceperat, diligentior esse debuit ad idoneam personam eligendam, nec caret culpa si malè eligat, culpam porrò præstare hoc casu debet, vt diximus. Si verò fauore commodantis acceperit commodatum, est quidem perinde in culpa si minùs idoneum latorem eligat. Sed non ideò tenetur, nempe quia culpa hæc longè distat à dolo, quem solum præstare hoc casu commodatarius debet. Atque ita benè Accursius noster distinguit, licèt nullam distinctionis suæ rationem adferat. Idcirco fortasis, quod ex iis quæ iam dicta sunt, satis apertè pendeat. Idem tamen distinguit in *l. seq.* quomodo etiam Bartolus hîc, an fuerit actum inter contrahentes, vt commodatarius per seipsum rem commodatam referret an non, vt priore casu omnimodo teneatur commodatarius,

datarius, tanquam qui eo ipso sit in culpa, quod ipse rem non referat, vt debuit, quamuis idoneum hominem elegerit, aut eum, qui idoneus putabatur, non enim alium, quàm seipsum eligere debuit *l. si procuratorem 8. §. si tutores infr. mandat. leg. 2. supr. si mens. fals. mod. dixer. l. vlt. §. hac autem actione vers. seruorum supr. naut. caupon stabul.* Posteriore autem casu non teneatur, cõmodatarius nisi fuerit in culpa malæ electionis *leg. argentum 20. infr. hoc tit. l. nam & Seruius 21. §. vlt. supr. de negot. gest.* Quòd si dubitetur quid inter contrahentes actũ sit, non aliud dici potest, quàm quod post Accursiũ ad *l. seq.* vult Bartolus, vt ex qualitate personarũ, & rei, & ex eo quod cõsue. ũ est, perpendi hoc & æstimari debeat *l. vel vniuersorum 12. infr. tit. prox. l. plenum 12. §. equitij supr. de vsu & habit. l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* Alias distinctiones addit hic Bartolus de nuncio qui mittitur ab eo, cui res debet referri. Plerunque enim facti quæstio est, an nuncius ille sit, qui se talem dicit, nisi se talem probet: sibi enim debet imputare & suæ credulitati, si pro nuncio admiserit eum qui non erat *l. qui hominem 34. §. si nullo infr. de solut. l. 1. §. 1. supr. de eo per quem fact. erit l. si quis vxori 52. §. apud Labeonem infr. de furt. cap. prudentiam vbi Innocent. extr. de offic. deleg.* nisi forte solitus erat dominus eo vti tanquam nuncio. Hoc enim sufficit, vt ei qui nuncium ipsum credidit nihil imputari possit *l. vlt. infr. quod cum eo qui in alien. potest. l. si quis seruo 18. & l. seq infr. de solut.* Aliud est, si quis non nuncio, sed latori literarum soluerit, aut rem reddiderit, cùm ita mandatum esset, vt latori solueretur aut res præstaretur. Hîc enim semper securus est, nec facti quæstio relinquitur vtrum nuncius fuerit qui lator literarum fuit, vide Bart. in *l. Lucius 24. infr. de fideiuss.*

12. VLPIANVS libro 29. ad Sabinum.

SI mei causa, dolum tantum. Commodatam rem missus qui repeteret, cùm recepisset, aufugit. si dominus ei dari iusserat: domino periit, si commonendi causa miserat, vt referretur res commodata: ei, cui commodatus est.

Ad l. Si mei causa 12.

Pendet initium huius legis ab iis quæ diximus ad finem *legis eum qui 10. supr.* & posteriorem distinctionis illius partem continet, si res commodata dum refertur perierit apud eum cui cõmodatarius rem commisit, an scilicet commodatarius sui causa commodatum acceperit, an gratia commodantis, vt priore casu culpam quoque præstare commodatarius debeat, posteriore verò non nisi dolum: superiori quæstioni proxima & finitima illa est, quæ in §. 1. *huius legis* proponitur, si missus ad rem cõmodatam repetendã, eâ receptâ auffugerit, cui res pereat. Respondet autem Vlp. cum distinctione scilicet periisse domino, eidémq; cõmodatori, si is iusserat, vt huic nuncio res cõmodata redderetur, contrà verò, si cõmonendi tantùm gratia, vt res commodata referretur, dominus eum miserat, cõmodatario periisse. Ratio dubitãdi erat, quia erat verè hic nuncius, nec dubitabatur, quin à domino ad rẽ cõmodatam repetendam missus esset, vt proinde videretur commodatarius omnimodo liberandus & sine distinctione, qui rem cõmodatã verò cõmodatoris nuncio reddidisset. Quid enim refert, an per se, an per nuncium, quis rem suam reposcat? An non potest ei imputari, cur minùs idoneum, minúsq; fidum nuncium elegerit? Secundũ ea nimirum quæ in præcedentibus proximè disputauimus *l. mulier 41. & seq. infr. ad SC. Trebell.* Sed distinctionis ratio est, quia is qui nuncium misit ad cõmodatarium, cõmonendi tãtùm ipsius causâ, vt rem referri curaret, non ideo videtur ei mandasse, vt per eum ipsum nũcium rem referri curaret: non enim si putauit eum idoneum ad cõmonendum, cõsequens etiam est, vt idoneum putauerit, ad rem referendam. Aliud siquidem officium est commonendi, aliud verò rem perferendam accipiendi, nec debuit commodatarius consentire nuncio mandati fines excedenti *leg. diligenter 5. infr. mandat.* Quid ergo si nuncius hic commodatario mentitus sit, dicens missum se ad rem commodatam recipiendam, cùm reuera non nisi commonendi gratia missus esset? Respondet Accursius post Azonem, & rectè, non debere id nocere commodanti, sed commodatario potiùs, cui imputandum est, quod tam credulus fuerit ex *leg. cùm quis 38. §. si debitorem leg. qui hominem 34. § si nullo infr. de solut. leg. 1. §. 1. supr. de eo per quem fact. erit.* suam enim cuique credulitatem nimiam ei nocere æquiùs est, quàm alteri *leg. 3. §. sed si sic accepit infr. de in rem vers. leg. 2. quod fals. tutor. authoritat. leg. vltim. in princip. Cod. de accusat.*

13. POMPONIVS libro II. ad Sabinum.

SI is, qui commodatum accepit, non apparentis rei nomine commodati condemnetur: cauendum ei est, vt repertam dominus ei præstet.

Ad l. Si is is qui 13.

RAT. DVB. & DECID. ad initium huius legis eadem est, quæ ad *leg. si vt certo 5. §. 1. supr. hoc titulo.* vbi diximus. Vterque enim locus est de re commodata extante quidem, sed non apparente, id est quæ in rerum quidem natura adhuc sit, sed quæ tamen vbi sit, nesciatur. Nam si perempta esset, vt in superiorum legum casibus, non nisi frustra & ridiculè quærendum esset de cautione præstanda, vt repertam rem dominus commodatario præstaret, quæ nec reperiri vnquam, nec præstari amplius posset. Ideò autem cauendum est commodatario, vt repertam rem dominus ei præstet, quia commodatarius litis æstimationem præstando, rei commodatæ dominium sibi acquisiuisse intelligitur *dict. l. 5. §. 1. supr.* sed verum tamen est, quod Accursius notat, si æstimationem quam à commodatario accepit, malit ei reddere ex *l. in commodato 18. §. vlt. infr. eod.*

1 ¶ Si quem quæstum fecerit is, qui experiendum quid accipit: veluti si iumenta fuerint, eaque locata sint: idipsum præstabit ei, qui experiundum dedit. neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet, priusquàm periculo eius sit.

Ad §.1. Si quem quæstum.

RAT. DVB. Merces locationis non ex re ipsa, sed ex negotiatione percipitur, quomodo de venditionis precio scriptum est in *leg. venditor 21. infr. de heredit. vel act. vendit.* Atqui negotiatus est ille qui iumenta locauit, quæ experiunda acceperat, non ille qui experiunda dedit. Ergo ad eum quæstum mercedis pertinere debet, non ad dominum. Alioqui ex vnius contractu actio, & lucrum alij quæreretur contra iuris regulam *leg quæcunque 11. infr. de oblig. & action. leg. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* DEC. Non debet vlla res cuiquam esse quæstui, priusquàm eius periculo sit. Est enim secundum naturam cuiusque rei commoda eum sequi, quem sequuntur incommoda *leg. secundum naturam 11. de regul. iur. leg. Iulianus 13. §. ex vendito & § si quid seruo infr. de action. empt. leg final. §. penult. Cod de furt.* Atquin is qui iumenta experiunda accepit à domino empturus posteà si placerent, non fit dominus antequàm emerit, quia nullam adhuc possessionem habet, nullúmque titulum possessionis si quam haberet, sine titulo autem non transfertur dominium nec si res à domino tradita sit *leg nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Proinde non possunt iumenta eius esse periculo, quamuis ea locauerit: sine cum Accursio dicas furtum eum fecisse, quasi qui re commodata vsus sit ad alium vsum sciens & præter domini voluntatem ex *leg. si vt certo 5. §. quinimmò supr. hoc titulo.* (nam vt idem notat Accursius, eius demùm periculi gratia permittendum alicui est, quæstum facere ex re aliena, quod ipse vltrò & ex bona fide vel ex natura contractus susceperit, vt in *l. si vnus 67. §. 1. infr. pro socio*, non etiam si ob id quòd in aliena re dolo malo versatus sit, cùm nemo ex dolo suo lucrari debeat *leg. ne ex dolo 12. supr. de dolo leg. itaque fullo 12. §. 1. infr de furt. leg. 1. Cod. de rei vindic.*) siue dicas, quod malo, cum Bartolo, non videri hunc qui commodata iumenta experiunda acceperat, iis vsum esse aliter quàm vti debuerit, ideóque nec furtum fecisse, tametsi ea locauerit, quandoquidem & experiundi gratia locari potuerunt *leg cum qui 10. supr.* Non enim potest hoc casu periculum transferre locatio in eum qui experiundi gratia acceperat, cùm nihil sit quod imputari ei possit, aliter atque si desultor fuerit, qui in his iumentis cucurrerit & vicerit vt in *leg. apud Labeonem 20. infr. de præscr. verb.* siquidem periculi materiam maiorem præbet certamen, quàm locatio. Et consequenter multo minùs dicendum est, quæstum locationis ad eum pertinere, qui iumenta experiunda acceperat, cùm inter contrahentes id actum esset, vt experimentum gratuitum acciperet, non etiam vt ex iumentis illis quæstum faceret *d. l. apud Labeonem*, vbi hanc ob causam dicitur, quod in hac lege omnino ex illa supplendum est, competere actionem præscriptis verbis, ei qui experiunda iumenta dedit, vt non modò iumentorum restitutionem, sed etiam idipsum lucrum, quod ex locatione prouênit, consequatur, nec priùs quæstũ ex iumentis faciat, quàm eius periculo esse cœperint vt in hac lege scriptum est. Planè si perfecta & secuta esset emptio danda esset ex vendito actio, non Præscriptis verbis *d. leg. apud Labeonem §. 1.*

2 ¶ Si libero homini, qui mihi bona fide seruiebat, quasi seruo rem commodauero: videamus, an habeam commodati actionem. nam & Celsus filius aiebat: si iussissem eũ, vt aliquid faceret, vel mãdati cum eo, vel præscriptis verbis experiri me posse. idem ergo & in commodato erit dicendum, nec obstat, quòd non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis seruiret, contraheremus, quasi eum obligatum habituri, plerumque enim accidit, vt extra id, quod agitur, tacita obligatio nascatur: veluti cum per errorem indebitum soluendi causa datur.

Ad §. 2 Si libero homini.

RAT. DVB. Qui contrahit cum libero homine bona fide seruiente, non ea mente contrahit, quasi eum obligatum habiturus: Scit enim aut scire debet non posse obligationem contrahi nimirum ciuilem ex qua nascatur actio inter dominum & seruum *l. nec seruum 41. infr. de pecul. l. serui 14. de oblig. & act.* Atqui actus nunquam operantur vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & l præced. supr. de reb. credit.* Ergo si libero homini, qui bona fide mihi seruiebat, quasi seruo meo, rem aliquam commodauero, actionem commodati cum eo habere non possum, quia cum seruo nulla actio est, nec si extraneus cum seruo contraxerit *l. cum seruo 107. de regul. iur.* DEC. Plerunque accidit, vt extra id quod agitur, tacita obligatio aliqua nascatur, veluti cùm per errorem indebitum soluendi causa datur, nam & hic nascitur obligatio & condictio indebiti præter mentem contrahentium, quæ illa est, vt obligationem quam subesse putant, distrahant, non vt contrahant nouam *l. 5 §. is quoque qui non debitum infr. de oblig. & act.* Non enim ob id minùs obligari quis debet, quod de obligando eo neq; actum neq; cogitatũ sit, si modo iusta subsit causa & materia eius obligandi, nec quicquam repugnet ex parte rei vel personarũ, siue error sit in iure consecutiuo, vt Bartolus loquitur, siue in antecedente & consequente *l. cùm fundus 12. §. seruum supr. de reb. credit leg. si procuratorem 8. §. si liber homo infr. mandat.* Atqui cùm homini libero quasi seruo meo rem commodaui, nihil repugnat neque ex parte mea, neque ex parte commodatarij, quominùs actio commodati nascatur, cùm & traditio rei interueniat, & is qui commo-

commodatum accepit, liber homo sit, qui proinde etiam ciuiliter obligari mihi potest, & ipso iure *leg. homo liber* 54. §. 1. *infr. de acquir. rer. domin.* adeò vt si mihi damnum dederit, etiam damni iniuriæ, & lege Aquilia mihi teneatur, vt ibidem subiicitur, & scriptum est in *leg. liber homo* 13. §. 1. *supr. ad leg. Aquil.* Ergo non tantùm æquitas, sed etiam iuris ratio facit, vt statim atque liber compertus est, habere debeam contra eum mandati actionem. Quemadmodum & si iussissem aliquid eum facere, vel mandati cum eo, vel saltem Præscriptis verbis experiri possem, vt Celsus filius dicebat. In quo tamen videtur Celsus à Labeone dissensisse, quē Paulus refert in *l. atqui natura* 19. § *si libero supr. de negot. gest.* existimasse, non esse hoc casu cum homine libero mandati actionem, quia non libera voluntate exequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate seruili. Ex quo inferebat subsidiariam ergo actionem negotiorum gestorum hoc casu competere, quia & gerendi negotij mei habuerit adfectionem, & is fuit quem obligare iure possem: Quæ ratio certè tam vera & aperta est, vt Labeonis sententia longè probabilior esse videatur, quàm Celsi: qui nec adfirmare ausus est mandati actionem hoc casu competere, cùm adiecerit, *vel præscriptis verbis*, cui actioni locus esse solet, vt sæpe monuimus, quoties de nomine vel iure actionis dubitari probabiliter potest, an & quæ competat, quia tutiùs semper est agere Præscriptis verbis, vt malè ac perperā electæ actionis periculum euitetur, vt in *l. si gratuitam* 17. *in princip. l. Titius* 24. *infr. de præscr. verb. iunct. l. 1. supr. hoc tit.* Nam quæ ab Irnerio, Azone, & Accursio, & Bartolo adferuntur conciliationes, cum verbis huius §. apertè repugnent, probari certè nullomodo possunt. Alia species est, quæ ab Vlpiano tractatur in *d. l. si procuratorem* 8. §. *si liber homo infr. mandat.* vbi liber homo bona fide seruiens mandasse, non autem mandatum executus fuisse proponitur, quo casu ratio Labeonis locum non habet, sicut neque cùm tractatur de commodato, de quo hîc agimus. In cæteris nàmque actionibus omnibus prudentes consenserunt, posse illas nasci & exerceri contra liberum hominem ex omni negotio, quod is bona fide seruiens gesserit. Solam mandati actionem, Labeo excipiebat cuius speciale ius illud est, vt quemadmodum non nisi ex præcedente mandato potest competere *leg. ex mandato* 20. §. 1. *infr. mandat.* ita neque ex alio mandato quàm, quod libera voluntate & susceptum & executioni mandatum sit.

14. VPIANVS libro 48. ad Sabinum.

SI seruus meus rem meam tibi, scienti nolle me tibi commodari, commodauerit: & commodati, & furti nascitur actio, & præterea condictio ex causa furtiua.

Ad l. Si seruus 14.

RAT. DVB. Non potest fieri, vt ex eodem facto duæ contrariæ actiones & incompatibiles nascantur, nisi contra furem & ipsius odio §. *sic itaque Instit. de action.* Atqui actio commodati, & actio furti, nascuntur ex causis & fontibus non modò diuersis, sed etiam contrariis & incompatibilibus. Actio enim commodati nascitur ex consensu domini, sicut & cæteræ omnes, quæ ex contractu vel ex quasi contractu oriuntur *l. in omnibus* 55. *& l.* 57. *infr. de oblig. & action.* Furti autem actio nascitur ex eo quod quis inuito domino rem alienam contrectauerit *l. 1. infr. de furt.* Implicat autem contradictionem, vt dominus cuius rem seruus commodauit, & consenserit commodato, & non consenserit. Ergo nec illud fieri potest, vt ex eo facto serui commodantis, rem quam commodatarius sciat nolle sibi commodari, & commodati actio nascatur, & furti, nec rursum vt condictio quoque furtiua, nemo enim ex eo solo quod commodatum acceperit, obligatur condictione furtiua, sed ex eo tantùm quòd rem commodatam nolit dolo malo reddere, quomodo de deposito scriptum est in *l. si quis inficiatus* 13. §. 1. *infr. deposit.* nec est quòd quis dicat, odio furis posse hoc admitti *d. §. sic itaque*, Furem verò eum esse, qui rem commodatam accipit à seruo illius, quem sciebat nolle sibi commodare. Ita enim esto, vt furti actio dari hoc casu debeat, de quo nec dubitandum est: Quis dicat ideò commodati quoque actionem nasci ex eo serui facto debere: & verò fatentur omnes, non posse ambas istas actiones à domino exerceri tanquam contrarias ex *leg. 1. C. de furt.* sed separant exercitium actionum ab earum natiuitate, quasi contrarietas sit in exercitio actionum, non etiam in earum competentia, & natiuitate. DEC. Actio commodati nascitur ex commodato, commodatum autem facti est, vt & contractus omnes cæteri *l. consilio* 7. §. *vlt. infr. de curat. furios.* ac proinde fieri etiam à seruo potest, qui scilicet capax eorum omnium est, quæ sunt facti *l. nec seruus* 41. *infr. de pecul. leg. qui heredi* 44. *de condic. & demonstr.* Ergo ex commodato quo seruus meus fecerit, etiam me inuito, commodati actio nasci potest: nec enim domini consensus in hoc est necessarius, licèt eius res sit, sed serui commodantis. Nihil autem repugnat quominus seruus meus commodatam tibi rem meam velit, & ego nolim. Ex eo quod seruus meus rem meam commodatam tibi vult, & commodat, nascitur mihi etiam inuito actio commodati, ex eo autem quod inuito me id factum est, nascitur mihi actio furti, & condictio furtiua. Nulla igitur est implicatio, vt ex eo serui mei facto, & commodati actio & furti, itémque condictio furtiua mihi acquiratur. Nascitur enim cōmodati actio ex serui mei voluntate. Furti autem actio & condictio furtiua ex mea voluntate. Planè in exercitio harum actionum repugnantia & implicatio est, quoniam is qui agit commodati hoc ipso factum serui adprobat, quod contra improbat, cùm vel furti agit, vel condictione furtiua: Quod & in mandati actione iuris est *d. l. 1. C. de furt. l. si seruum alienum* 66. *de fideiuss.* Repugnantia autem ex eo proficiscitur, quòd dominus solus ille est, qui agit & furti, & commodati, aut mandati. Non enim sicuti contrahere, ita & actionem ex contractu exercere seruus potest. Ac proinde non quemadmodum alia est persona commodantis, alia furtum patientis, ita & dici potest aliam esse personam agentis actione commodati, aliam verò agentis actione furti: quamuis non sit nouum,

vt actio mandati cum actione furti inter easdem personas concurrat, vt in specie *leg. si mandauero* 22. *§. si tibi centum infr. mandat.* Vera igitur ratio propter quam si commodati egero, postea furti agere non possum, non illa est, quam priore loco adfert Accursius, quòd interesse sim consecutus, (ea namque ratio in actionibus rei persecutoriis locum habet, non in iis, quarum altera sit rei persecutoria, altera merè pœnalis *leg. si is cui* 71. *in princip. infr. de furt.* iunct. *l. in rebus* 18. *§. fine autem hoc tit. l. vnde quaritur* 7. *§.* 1. vbi diximus *supr.*) sed illa potiùs quã posteriore loco adfert, quòd agẽdo cõmodati ex cõtractu serui mei, hoc ipso ratũ habeã quod seruus meus gessit *d. l. si seruus* 66. *de fideiuss.* queẽadmodũ & is qui à sententia contra falsum procuratorẽ reddita appellat, hoc ipso falsi procuratoris factũ habere ratũ intelligitur *l.* 3. *§ falsus procurator infr. rat. rem haber.* Est autẽ ratio hæc non tantũ iuris sed etiã æquitatis *d. l.* 1. *C. de furt.*

15. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

COmmodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus: tametsi scientes alienam possideamus.

Ad l. Commodare 15.

RAT. DVB. Commodatum species quædam beneficij est *l. in commodato* 17. *§. sicut infr. hoc tit.* Atqui species furti est, largiri ex alieno & sibi acquirere beneficij debitorem *l. si pignore* 54. *§.* 1. *infr. de furt.* Ergo non debuit recipi, vt commodare quis rem alienam posset, præsertim quam alienam esse sciret. Nam neque id videtur esse ex bona fide, cùm tamen commodatum bonæ fidei contractus sit, vt sæpius diximus *leg.* 3. *§. in hac supr. §. actionum Instit. de action.* DEC. Commodatum neque dominium neque possessionem rei commodatæ transfert in accipientem *leg. rei commodatæ* 8. *& seq. supr. hoc titulo.* Et tamen negari non potest quin aliquod negotium geratur inter commodantem, & commodatarium *dict. leg. in commodato* 17. *§. sicut infr.* Nec proinde, quin æquum sit rem commodatam à commodatario restitui commodatori, comparata in eam rem actione commodati, vt diximus ad *leg.* 1. *supr.* Nihil ergo vetat quominùs etiam res aliena commodari possit à non domino, non modò qui sciat esse alienam, sed qui prædo quoque sit, cùm ex ea re nullum domino damnum inferatur, cui non eo minus libera est rei suæ vindicatio, aduersus commodatarium, vt & aduersus alium quemcunque possessorem: Quomodo euenit re aliena vendita: nam & rem alienam vendi quoque posse placuit *leg. rem alienam* 28. *infr. de contr. empt.* Quamuis ex venditione aliquo casu dominium transferatur, nempe si venditor sit ipse dominus *leg. ex empto* 11. *§.* 1. *infr. de action. empt. leg. traditio* 20. *de acquir. rer. domin.* Adeò vt non possit videri ea res vendita de cuius dominio actum est, ne emptori acquiratur *leg. penult. in fin. de contr. empt.* Cùm è contrario non possit dici res commodata, si aliquo casu de dominio in commodatarium transferendo conuenerit *d. l. rei commodatæ* 8. *& seq. supr.* neque in eo quicquã fit contra bonam fidem, tametsi alienam rem quis commodet, quam sciat alienam. Bonam enim fidem in hoc contractu, vt & in cæteris omnibus bonæ fidei contractibus æstimatur ex negotio ipso, quod geritur inter contrahentes, non ex eo quod alteruter contrahentium extra causam contractus in bona vel mala fide fuerit. Nam nec quicquam prohibet eum, qui respectu domini sit in mala fide, respectu tamen illius cum quo contrahit, bonam fidem habere, puta si quod ex alieno habet apud ipsum deponat, vel ipsi vendat aut commodet. Nemo enim rem alienam deponendo, vel commodando fur fit, aut prædo, sed eam contrectando inuito domino, quod fit priusquàm commodatum, vel depositum, vel venditio contrahatur.

16. MARCELLVS libro 5. Digestorum.

ITa vt, si fur, vel prædo si commodauerit, habeat commodati actionem.

Ad l. Ita vt, si fur 16.

RAT. DVB. Nemo ex improbitate sua potest sibi acquirere actionem, vt neque lucrum aliud vllum. Est enim lucri species acquirere sibi actionem, cùm ex eo locupletior quis fieri existimetur *leg. si quid possessor* 31. *in princip. supr. de hered. petit.* Vnde est quod fur agere furti non potest, *leg. itaque fullo* 12. *§. primo infr. de furt.* Ergo nec si rem furtiuam commodauerit, permittendum ei est, vt commodati agat. Multóque minùs prædoni & raptori, qui fur improbior esse dicitur *leg. item si cùm* 14. *§. qui intulit. supr. quod met. caus. leg.* 1. *infr. vi bonor. rapt.* DEC. Contractus omnes tam qui ex gentium, quàm qui ex ciuili iure comparati sunt, itémque obligationes quæ ex iis contractibus, & actiones, quæ ex iis obligationibus proficiscuntur, non aliam rationem habent, quàm vt sibi vnusquisque acquirat, quod sua interest *l. actionum* 25. *§.* 1. *de oblig. & act. l. stipulatio ista* 38. *§. alteri de verb. oblig.* Atqui etiam furis interest, vt si rem furtiuam deposuerit, vel commodauerit, furti actionem habeat, cùm ad rei restitutionem domino teneatur *leg.* 1. *§. si prædo* 39. *infr. deposit. leg. non à iudice* 64. *supr. de iudic.* Idem est si prædo rem pignori dederit *leg. si pignore* 22. *§. si prædo infr. tit. prox.* Ergo neque commodatarius, neque depositarius, neque creditor pignoratitius, qui rem à prædone accepit, recusare potest, quominùs actione depositi, vel commodati, vel pignoratitia conuentus eam restituat, nisi fortè dominus ille sit, qui cũ prædone cõtraxerit. Nõ enim bona fides patitur, vt dominus rẽ suã possessori restituere teneatur *l. bona fides* 31. *in fin. infr. deposit.* Neq; verò his casibus fur, & prædo ex improbitate sua acquirunt actionẽ, sed ex cõtractu quẽ bona fide inierũt, licet ipsi malæ fidei possessores sint, si proximã & immediatã causam respicias, non si remotam, & mediatam, vt iam olim contra

Irnerium

Irnerium Accursius disputauit ad *dict. leg. 1. §. si prædo infr. deposit.* Longé que dissimile est quod diximus furem furti agere non posse *dict. leg. itaque 12. §. sed furti infr. de furt.* Nam vt ibidem Accursius disputat, valde differt actio furti a ceteris, in eo maximè, quòd actio furti ei potissimùm datur, cuius maxime interest, magis autem interest domini, cuius res furto subtracta est etiam furi, quàm furis, actio autem commodati non potest alij dari quàm ei qui contraxit, fur porrò non dominus contraxit, quamquam ratio hæc si propiùs inspicias, magis probat cur furti actio danda sit domino tù quoque cùm priori furi furtum factú est, quàm cur ipsi etiam furi danda non sit, cùm negari non possit, quin ipsius quoque furis intersit, cùm ad rei restitutionem domino teneatur *dict. leg 1. §. si prædo infr. deposit.* Dicendum itaque est cum Vlpiano in *dict. leg. itaque*, furti actionem ideò furi non competere, quia ex improbitate sua, & delicto suo actionem consequi non debet, consequeretur autem si actionem furti haberet ob id quòd interest eam rem furto subtraxisset. Non enim sufficit interesse nisi ex honesta & iusta causa intersit *leg cuius interfuit 9. cod. tit. de furt. leg. 3. §. sciendum supr. ad exhib.* Tum autem interest furis ex honesta causa, cum ipse contraxit, & rem furtiuam deposuit vel commodauit vel pignori dedit, cùm quæ ex contractu reposcit, vt eandem domino restituat, quamuis non tamen tanquam fur ad restitutionem eius teneatur: quia hoc casu semper est restitutio rei aliena, ametsi fur inæ, tum ne ex furto ipso solo actio ei sibi patet ille qui furtum fecit, cùm autem hoc casu de sola possessione agatur, sola possessio æstimanda est non proprietas *l. 3. in fin. infr. vti possid. l.* nisi cùm æstimatio fit per iusiurandum in litem, vt in *l.* § *in hac supr.* aut cùm delictum aliquod interuenit, pro casu proprietas æstimanda est, non possessio *l. non abs re 10. C. vnde vi l. conductores 34. C. de locat.* & ita benè hic distinguit. Alia quæstio est, si dominus non ex contractu agat cum eo cum quo contraxit, sed rei vindicatione, an dominij quæstionem ei referre depositarius vel commodatarius possit. In qua quæstione veriùs est, posse, quisquis enim agit rei vindicatione, sibi eam legem imponit, vt non aliter possit vincere, quàm si se dominum probet plenissimè, impleátque intentionem, quia dominam se dicit *l. in rem 23. in princip. & pass. supr de rei vindicat l. doce 9. l vlt. C. eod.* Nec quærendum est de vi e possessoris, nisi post quàm petitor plenè probauerit *leg. 2. infr. vti possid. leg. 4. Cod. de edend.* neque hoc casu locum habet, quod scriptum est in *leg. si quis conductionis 25. Cod. de locat.* non priùs esse audiendum conductorem, quàm rei conductæ possessionem locatori restituerit, quod & ad depositarios, & ad commodatarios, & si qui alij similes sunt, interpretes nostri trahunt, data iis vtili conditione ex *dict. leg si quis locationis*, quæ de solo conductore loquitur. Idem enim obtinet cùm agitur ex contractu, vt & in *l. nec creditores 10. C. de pignor. act.* non etiam cùm rei vindicatione, nisi ipsa possessorem esse prædonem, in quo singulari iure receptum est, vt domino ij quæstionem referre nunquam possit, nec si directa rei vindicatione conueniatur: Odio scilicet malæ fidei, & spoliationis *leg. si quis emptionis 8. sed hoc supr illic Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* Planè etiam cùm ex contractu agitur, potest interdum accidere, vt etiam ille ipse qui contraxit, referre possit quæstionem dominij. Non equidem negando actorem esse dominum (nihil ei enim vnquam commune habet ius contractus cum iure dominij, dummodò talis contractus sit, qui etiam in re aliena possit consistere, vt emptio depositum, & commodatum *leg. proxim. supr.* non etiam mutuum aut pignus *leg. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit. leg. & qua nondum 15 §. quod dicitur infr. de pignor.* Sed dicendo se dominum, iis nimirum casibus quibus obligari dominus eo contractus genere non potest, puta si quis rem suam emerit, aut conduxerit aut depositi vel commodati vel pignoris titulo acceperit. Cùm enim hi contractus ipso iure non valeant *leg. neque pignus 45 de regul. iur.* nulla ex iis actio nasci potest *l. qui rem 15. infr. deposit l. qui rem propriam 20. C. de locat. l. sua rei 16. infr. de contr. empt.* Itaque his casibus non tam exceptione dominij actor repellitur, vt in *leg. pen supr. de Publician.* quàm quia sine actione agit, contra *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest.* agendo ex eo contractu qui iure ipso non tenet.

17. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

IN commodato hæc pactio, ne dolus præstetur, rata non est.

Ad l. In commodato 17.

RAT. DVB. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt *leg. 1. §. si conuenerit infr. depos.* nec refert, an pactum sit adiciens, an detrahens *leg. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Ergo quamuis ex natura contractus commodati teneatur commodatarius de dolo, & quidem de dolo tantùm, vt in deposito, quia depositum depo nentis solius gratia fit, commodatum autem regulariter solius commodantis causa, vt diximus ad *leg. 5. §. nunc videndum 1. supr. hoc titulo.* dicendum est fieri posse per expressam conuentionem, vt ne quidem de dolo commodatarius teneatur. DEC. Ea demùm pacta dant legem contractui, quæ ab initio aut incontinenti non ex interuallo adhibita sunt, quæ nec legibus nec bonis moribus aduersantur *leg. iuris gentium 7. §. ait prætor supr. de pact. leg pacta quæ contra 6. Cod. eod.* Nam neque contractus stricti iuris eiusmodi conuentiones patiuntur *leg. stipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig. leg. 4. Cod. de inutil. stipulat.* quia primum iuris præceptum est, vt honestè viuamus *leg iustitia 10. §. 1. supr. de iustit. & iur.* Honestum autem non est, ideoque nec possibile esse creditur, quicquid est contra bonos mores *leg. filius 15. & præced. infr. de condit. instit.* Atqui contra bonos mores est, si conueniat, vt in actione commodati dolus non præstetur, quia inuitat commodatarium ad delinquendum, dolúmque admittendum, quem sciat fore impunitum, qui tamen impunitus manere nunquam debet *l. procurator 11. §. 1. infr. de doli mal. except.* Ergo non potest in commodato valere pactio, ne de dolo futuro agatur, vt nec in alio vllo contractu, atque verò qui sit bonæ fidei, vt puta depositi *leg. si vnus 27. §. illud nulla supr. de pact.* Quamuis in dolo præterito aliud sit. Nec enim doli præteriti remissio inuitat ad delinquendum, sed delicti condonatio est. Planè quemadmodum

valet pacto, ne depositi agatur, quamuis qui sic paciscitur, vi ipsa pactus videatur ne de dolo agat, cùm de dolo tantùm depositarius teneatur *dict. §. illud nulla*, (expressa enim nocent, quæ non expressa non nocent, vt habet iuris regula,) ita & in commodatario idem dicendum est, cùm vtriusque ratio eadem sit, & vtriusque contractus eædem præstationes ratione doli, tametsi non æquè ratione culpæ, quam depositarius nunquam præstat, nisi sic conuenerit *dict. §. si conuenerit.* Commodatarius verò semper etiam leuissimam, nisi contraria pactione sibi prospexerit, non enim contra bonos mores pactio illa est, ne commodatarius de culpa teneatur, quandoquidem culpa multùm distat à delicto etiam lata, quippe quæ prope dolum esse dicitur non dolus, vt diximus ad *leg. in actionibus 5. supr. de in lit. iur.*

1 ¶ Contraria commodati actio etiam sine principali moueri potest: sicut & cæteræ, quæ dicuntur contrariæ.

Ad §. 1. Contraria.

RAT. DVB. Actiones contrariæ dicuntur ex comparatione directarum, nec possunt, vel intellectu ipso percipi, quin concipiantur directæ, quibus contrariæ sunt. Ergo non possunt vltro moueri quin etiam principales, & directæ moueantur. DEC. Comparatę sunt actiones contrariæ, vt ei qui actione directa conuenitur, quique directam actionem nullam habet, succurratur, si quid ei ex bona fide vicissim præstari oporteat. Nec enim contrariarum actionum vsus vllus est, nisi in negotiis, & contractibus bonæ fidei. Non est autem ex bona fide, vt qui satisfacere alij tenetur, ob id minùs conueniri possit, quòd agere ipse nolit. Est enim in cuiusque potestate quando agere velit, non etiam quando conueniatur *leg. purè 5. §. vlt. infr. De doli mal. except. leg. petendæ 6. Cod. de tempor. petend. in integr. restit.* Ergo nihil vetat contrariam actionem commodati etiam ab eo exerceri, qui directa nondum conueniatur *leg. prox. §. vlt. infr. hoc tit.* Idémque in cæteris omnibus contrariis actionibus iuris est *leg. sed an vltro 10. supr. de negot. gest. leg. 1. §. vlt. infr. de contrar. tutel. & vtil. action. leg. vlt. in fin. C. eod. de contrar. iudic. tutel.* Itaque quamuis contrariæ actiones præsupponant directas competere, non tamen præsupponunt neque requirunt exercitium directarum. Hoc verò accidit in iis contractibus, qui sunt vltro citróque obligatorij quidem, sed non æquè principaliter. Directa enim actio contra eum competit de quo principaliter obligando actum est, contraria verò aduersus eum qui non principaliter, sed per quasdam tantùm consequentias obligatur, vt ei quem principaliter obligatum habet, indemnitatem præstet, si quid ei ex causa eius contractus absit: id enim est quod dici solet, in contrariis actionibus non agi de fide rupta, sed de calculo, ideóque in iis non iurari in litem *leg. ei apud quem 5. infr. deposit.* neque ex eis infamiam irrogari *leg. furti 6. §. vlt. supr. de his qui notant. infam.* Quòd si æquè principales sint obligationes quæ nascuntur vtrimque, ambæ sunt directæ nulla contraria, siue diuersa nomina habeant, vt actiones empti, venditi, locati, & conducti: siue idem omnino nomen, vt in actione pro socio. Nam quemadmodum tam socius est vnus ex sociis, quàm alius, ita tam directa est actio, quæ vni ex sociis competit, quàm quæ alteri, neque petenda est ratio diuersitatis ex variatione, & deriuatione nominum, quomodo ratiocinatur Bartolus, sed ex qualitate, ac diuersitate negotiorum. Illud planè minùs verum est, quod idem Bartolus notat, contrariam actionem easdem habere præstationes doli & culpæ, quas habet actio principalis, quoties, inquit, contractus vtriusque gratia fit: nullus enim contractus dari potest, qui vtriusque gratia fiat, æquè principaliter ex quo nascatur actio contraria, cùm hoc casu nascantur semper duæ directæ, vt diximus. Proinde nullus casus est, in quo non sint aliæ præstationes actionis contrariæ, aliæ verò actionis directæ, quia & aliam atque aliam causam habent, & originem non minùs ex contrahentium voluntate, quàm ex iuris ratione *leg. proxim. §. penult. & leg. penult. infr. hoc titulo.* Sunt quidem omnes bonæ fidei contractus vltrò citróque obligatorij (aliud enim est in stipulatione mutuo & donatione, qui sunt contractus stricti iuris, *l. Labeo 19. de verb. signific.*) non tamen sunt omnes vltro citróque obligatorij æquè principaliter.

2 ¶ Si ex facto heredis agatur commodati: in solidum condemnatur, licet ex parte heres est.

Ad §. 2. Si ex facto.

RAT. DVB. Ob rem quæ defuncto commodata fuit, actio commodati, quæ ex eo contractu aduersus defunctum competebat, transit contra heredes commodatarij iure hereditario, cùm sit hereditaria: Hereditaria enim actio dicitur quæcunque contra defunctum exerceri potuit *leg. hereditarium 7. infr. quibus ex caus. in possess. eat. leg. hereditariarum 40. de oblig. & action.* Atqui hereditariæ actiones & actiuæ & passiuæ diuiduntur inter heredes pro hereditariis portionibus *leg. 1. Cod. si cert. petat. leg. vltim. Cod. de heredit. action.* Ergo si plures heredes commodatarius reliquerit, non potest vnus eorum in solidum conueniri, licet ex facto suo conueniatur, puta si rem commodatam corruperit, aut quouis modo deteriorem fecerit, cùm actio commodati quæ in eum dirigitur ex facto defuncti, contractúque per eum inito primùm ac potissimùm descendat. Nec enim ex personis heredum prima obligationis causa & condicio immutatur *leg. 2. §. ex his infr. de verb. obligat.* DEC. Factum cuique suum nocere debet, non alteri *leg. factum 55. de regul. iur.* ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur contra *leg. non debet alteri 71. eod. titulo.* Ergo si vnus ex commodatarij heredibus rem commodatam corruperit, vel deteriorem fecerit, solus ille in solidum teneri debet, quia solus facit ne res amplius reddi possit, cùm non videatur reddi, quæ deterior

deterior redditur *leg.3.§ si reddita supr. hoc tit.leg. 1. §. si res deposita infr. deposit.* Quemadmodum & si vnus ex heredibus totam rem commodatam penes se haberet, is vtique in solidum eam restituere teneretur *d.l.3.§. heres*. vbi diximus *supr. l. si duo 22. infr. deposit.* Iunge *l. ex pollicitatione 9. infr. de pollicit. l. 3. in princip. De alim. legat. l. in executione 85. de verb. oblig.* extra hos casus, nisi heredes omnes consentiant in ipsa re commodata restituenda, non potest commodator ab iis aliud consequi quàm æstimationē ab vnoquoque scilicet ipsorum pro portione hereditaria præterquam si omnes simul cogeret litigare, vt notat Bartolus ex *l. quod si nolit § si plures infr. de ædilit. edict.* [illegible] heredibus, partis [illegible] parte [illegible], ne quidem pro parte, donec ab aliis [illegible] reliquæ partes solutæ essent, vel qua [illegible] commodatoris interesset, [illegible] Bar. ex *leg. si non sortem 26. §. si centum de condict. indeb. dict. leg. si duo depos. dict. leg. in executione 85. §. pro parte de verb. oblig. leg. stipulatus 9. §. 1. infr. de solut.*

3 ¶ Sicut autem voluntatis, & officij magis, quàm necessitatis est commodare: ita modum commodati, finémque præscribere, eius est, qui beneficium tribuit. cùm autem id fecit (id est, postquàm commodauit) tunc finem præscribere, & retrò agere, atque intempestiuè vsum commodatæ rei auferre, non officium tantùm impedit, sed & suscepta obligatio inter dandum accipiendúmque. geritur enim negotium inuicem: & ideo inuicem propositæ sunt actiones: vt appareat, quod in principio beneficij, ac nudæ volūtatis fuerat, cōuerti in mutuas præstationes, actionésque ciuiles, vt accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoauit. neque enim impunè peritura deserit suscepisset enim fortassis alius, si is non cœpisset. voluntatis est enim suscipere mandatum: necessitatis, consummare. Igitur si pugillares [a] mihi commodasti, vt debitor mihi caueret, non rectè facies, importunè repetendo. nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idémque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde subtraxisti: aut etiam sciens vitiosa commodasti. adiuuari quippe nos, non decipi, beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium [b] vtile esse dicendum est.

Ad §. 3. Sicut autem.

RAT. DVB. Non [illegible] in commodato, sed & in cæteris quoque contractibus omnibus id obtinet, vt ab initio sint voluntatis, ex postfacto autem necessitatis *l. sicut 5 C. de oblig. & action.* Atqui contractus cæteri ex post facto, & per solam pœnitentiam reuocari non possunt. Est enim ius illud proprium contractuum innominatorum, vt ex pœnitentia reuocentur re integra necdum secuto implemento *l. si pecuniam 5.* vbi diximus *supr. de condict. caus. dat.* Ergo nihil [illegible] cur in commodato Vlpianus specialiter moneret, quod contractibus omnibus nominatis conuenit generaliter: aut si quis in commodato speciale ius aliquod constituere velit, ex eo quod à beneficio & liberalitate causam habeat, quid absurdius dici potest, quàm si non liceat commodatori liberalitatem suam reuocare *l. 1. infr. de precar.* Permitti ergo debet commodanti reuocare commodatum ad nutum & libitum non adhibita distinctione illa an tempestiuè an intempestiuè reuocatio facta sit. DEC. Commodatum non fit, nisi ad certum rei vsum, certúmque tempus aut expressum, aut tacitum, alioqui precarium est non commodatum *l. 5. 6. sed interdum supr. l. vlt. infr. hoc tit. iunct. l. Lucius 32. infr. de donat. l. 2. C. de precar.* Ergo neque permittendum est commodatori, vt ante illum vsum, illúdve tempus elapsum reuocet commodatum, ne sit in eius potestate à contractu recedere, neque prohibendum, vt finito illo vsu & tempore cōmodatum reuocet, ne in potestate commodatarij sit, rem commodatam inuito commodatore retinere. Ita fit, vt contractus, qui ab initio fuit voluntatis, & officij ex postfacto fiat necessitatis *d. l. sicut*, & liberalitate commodatoris vltra vsum, & tempus ab ipso præscriptum, vti commodatarius non possit. Et quamuis hominem beneficio adfici intersit hominis *l. seruus ea lege 7. infrà de ser. export.* Seruanda tamen liberalitas est arbitrio illius qui eam exercet *l. cùm plures 12. § pen. infrà de admin. tutor.* non vltra tempus siue expressim siue tacitè præstitutum extendenda, ne contra voluntatem fiat, quod ex voluntate proficiscitur *l. Imperator 8. supr. de postul. l. Thais 41. § intra certa tempora infr. de fideic. libert.* Ideoque si non commodatum, sed precarium intercesserit, id est nullo certo vsu, nulloque certo tempore præfinito, poterit liberalitas quandocunque reuocari, id est etiam intempestiuè *l. 1. & 2. l. cùm precario 12. l. & habet 15. infr. de precar.* Nec videretur is decipi qui precario accepit, cùm in hoc nihil fiat aduersus conuentionem, quomodo fieret, si commodatario permitteretur ante præstitutum tempus finitumve vsum rem commodatam reposcere. Potuisset enim commodatarius, si commodator negasset, ab alio commodatum accipere. Beneficio autem iuuari oportet eum qui accipit, non decipi. Et hæc quidem ratio æquitatis est, quia officium suum nemini debet esse captiosum, sed adest tamen ratio alia iuris quæ fortior est & quæ impedit reuocationem intempestiuam commodati, nempe quod inter commodantem & commodatum accipientem negotium geratur, cùm fiat commodatum per traditionem certa lege factam, quæ semper aliquod συνάλλαγμα includit. Non enim nudum pactum est, quoties aliquid certa lege datur vel traditur *l. in traditionibus 48 supr. de pact. l. si dominus 8. infr. de præscr. verb. l. vlt. C. de rer. permut.* Et consequenter ex contractu commodati inuicem propositæ sunt actiones: vt appareat

id, quod principio beneficij ac nudæ voluntatis fuerat, conuerti in mutuas præstationes, actionésque ciuiles: quemadmodum Paulus hic scribit, ex quo nostri vulgò inferunt actionem commodati esse ciuilem, sed malè. Est enim prætoria, & hoc prætoris edicto introducta, vt docuimus ad *l.1.supr.* vbi & ad textum hunc respondimus. Cuius longè aliam esse sententiam apparet ex eo quod statim Paulus subiicit, *vt accidit in eo qui absentis negotia gerere inchoauit, neque enim impunè peritura deseret. Suscepisset enim fortasse alius si u non cœpisset.* Nemo enim dubitat, quin his verbis actio negotiorum gestorum significetur, quæ indubitanter prætoria est *l.1.3. & pass. supr. de negot. gest.* mutuásque præstationes habet *l.2. eod.* & quam nemo vnquam dixit ciuilem, & quæ competit contra eum qui cœpit negotia gerere, nec perfecit, quamuis in aliis negotiis inchoandis non habeat locum *l. tutori 20. C. de. negot. gest.* nisi cùm alius gesturus fuerat, qui huius gestoris contemplatione non accessit *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. eod. ill. tit.* vbi diximus. Nec pugnat quod sequitur *voluntatis enim est suscipere mandatum, necessitatis consummare*, quasi præcedentia etiam intelligi debeant de eo qui interueniente mandato aliena gessit negotia, quíque ideo mandati non negotiorum gestorum actione conueniendus sit. Cùm enim actiones mandati & negotiorum gestorum sint prorsus incompatibiles, quia implicat contradictionem, vt mandatum intercesserit, & vt non intercesserit *l. si remunerandi 6. §. 1. l. ex mandato 20. §. l. infr. mandat.* quis credat eandem clausulam de vtraque actione intelligi posse, vel debere? Proinde non dubito, quin delenda sit à supradictis verbis dictio *mandatum* & tota clausula de eo intelligenda qui aliena suscepit negotia gerenda sine mandato. Quamquam non nego in mandato idem iuris esse, vt in andarum suscipere ab initio sit officij & nudæ voluntatis. Consummare autem necessitatis *d. l. si remunerandi 6. §. 1. l. si mandauero tibi 22. §. vlt. eod.* Nam & mandatum contractus est, adeòque nominatus à quo resilire inuito aduersario nunquam licet. Depositi alia ratio est. Fit enim depositum solius deponentis gratia non etiam depositarij, & idcirco reuocari quandocunque potest ab eo, qui deposuit *l.1. §. penult. infr. deposit.* Quærit autem Bartolus si finitum sit tempus, quo potuisti perficere vsum ad quem commodaui, idque absque culpa tua, quia forte infirmus fueris, an possim repetere commodatum. Et respondet rectè, me posse, nec enim casus hic qui tibi contigit, non mihi, nocere debet mihi qui certo de damno vitando, vt prosit tibi qui certas de lucro captando, ex *l. item illa 18. supr. tit. prox. l. ex conducto 15. alias l. si vno §. item cum quidam infr. locat.*

a *Igitur si pugillares.* Duobus exemplis probat Paulus quod dixit, non esse audiendam commodantem, si commodatum intempestiuè reuocare velit. Primum est, si pugillares, id est tabulas ceteas mihi commodaueris, vt debitor meus mihi caueret, id est cautionem, & chirographum in iis conscriberet, non est tibi permittendum vt importunè repetas, nam si negasses vel emissem, vel testes adhibuissem. Quæ verba notanda sunt contra eos qui putant scripturam priuatam, si nullis testibus suffulta sit, non valere: quod non minùs falsum est, quàm quod alij quidem addunt non valere, si scripta sit non adiecto die & Consule, contra *l. cum tabernam 34. §. 1. infr. de pignor.* Alterum exemplum est, si ad fulciendam insulam commodaueris tigna, deinde retraxeris, aut etiam sciens viciosa commodaueris. Vtroque enim casu me beneficio tuo decepisti, non adiuueris adiuuari autem nos beneficio, non decipi oportet.

b *Ex quibus causis etiam contrarium iudicium.* RAT. DVB. Non indiget actione is, qui possidet, cum exceptione tutus est. Tantundem enim præstat ei exceptio quantum actio, nec multiplicanda sunt entia, vt aiunt philosophi, præsertim verò actiones sine necessitate *§. 1. Instit. de actio. l. in naue Saufeij 31. infr. Locat.* Frustra ergo est, dare hoc casu contrarium iudicium commodatario, qui repetitionem commodati suo iure impedire potest, si ad restitutionem vrgeatur, vt proximè diximus. DEC. Non est nouum, vt eiusdem rei nomine actionem quis habeat, & exceptionem. Solemus enim dicere, ei qui actionem habet, multo magis dandam esse exceptionem *leg. 1. §. is autem infr. de superfic. l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur.* quamuis difficilius sit, vt non possidenti detur actio, quàm possidenti exceptio & retentio *l. 1. infr. de pignor.* Nihil ergo prohibet, quominus & exceptio detur commodatario, & actio contraria aduersus commodantem, qui commodatum intempestiuè reuocauit. Iunge *leg. si mandauero 22. §. vltim. infr. mandat. leg. proxim. §. item qui sciens hoc tit.*

4 ¶ Duabus rebus commodatis, rectè de altera commodati agi posse Viuianus scripsit. quod ita videri verum, si separatæ sint, Pomponius scripsit. nàm eum, qui caruchani puta, vel lecticam commodauit: non rectè acturum de singulis partibus.

Ad §. 4. *Duabus.*

RAT. DVB. Contractus omnes sui natura indiuidui sunt, vt & cæterarum rerum omnium substantiæ & essentiæ indiuisibiles existimantur *leg. cùm ex causa 139. infr. de verbor. oblig.* Nemo enim pro parte contracturus fuisse credendus est *leg. tutor 47. §. 1 supr. de minor. l. si quis aliam 46. infr. de solut. leg. si non sortem 26. §. si centum supr. de condict. indeb.* Ergo duabus rebus pariter ac simul commodatis, non de altera sola commodati agi potest, sed vel de vtraque simul agendum est, vel de neutra. DEC. Quemadmodum in stipulationibus dici solet, tot esse stipulationes, quot sunt res *leg. scire debemus 29. de verb. oblig.* & in venditionibus tot esse venditiones, quot sunt venditæ res separatæ *leg. etsi vno 33. infr. de action. empt.* & in procurationibus tot esse mandata, quot sunt res separatæ, quæ mandato continentur *leg. vlt. §. 1. supr. de procurat.* & in deposito, tot videri deposita, quot sunt res depositæ, etiamsi in cista depositæ sint *l. 1. §. si in cista infr. deposit.* Ita & dicendum est, tot esse commodata, quot sunt res commodatæ, si modò separatæ sint, quamuis non separatim commodatæ. Ergo pluribus rebus commodatis nihil vetat de singulis rebus, & de vnaquaque earum agi separatim commodati, si modò ita separatæ sint,

sint, vt vsum quoque separatum præbere possint. Nam vt Paulus ex Pomponio subiicit in hoc §. is qui carrucam puta, vel lecticam commodauit, non rectè aget de singulis partibus, quia licet singulæ partes per inuicem sint separatæ, vnum tamen corpus carrucæ & lecticæ efficiunt cuius nullus esse vsus poterit, si separatim habeantur. Est enim corpus indiuiduum, nec qui lecticam aut carrucam commodat, singulas partes ex quibus carruca aut lectica constat, commodare intelligitur *arg. l.eum qui ædes 23.infr. de vsucap.* Itaque vel carruca & lectica tota commodati actione repetenda est, vel pars eius nulla, vt in alia re qualibet contingeret, quæ vna simpliciter esset, neque commodam diuisionem reciperet vt in *l. planè 3.supr.Famil. ercisc. l. quid tamen 10. §. vlt supr. quib. mod. vsus infr. amitt.* vbi diximus.*l.peculium 65. §. quadriga de legat. 2.* Neque obstat, quod contrà scriptum videtur in *l si seruus 13. §.boue supr. de condict. furt.* boue subrepto & occiso condictionem & bouis, & corij, & carnis domino competere. Nam, vt Accursius & hîc & ibi benè explicat, intelligi locus ille debet, cùm singulæ partes illę bouis occisi sunt separatim contrectatæ: quo tempore tot sunt res & corpora, quot sunt partes, quæ cùm bos viueret non nisi vnum bouis corpus efficiebant. Miror verò Bartolum hîc subiicere quæstionem de eo cui centum debentur, an viginti ex illis petere possit. Non enim eadem quantitatis, quæ speciei hac parte ratio est, cùm quantitas minor in quantitate maiore contineatur, non etiam pars vna speciei in altera *leg.1.§.si stipulanti de verb. oblig. l. cùm quadam puella 19. in fin. supr. de iurisd.* nec verum est meo iudicio quod putat Bartolus posse peti hæc viginti non tanquam sint debita sed tanquam ex centum debitis. Cui enim centum debentur, etiam vigintiquinque deberi dubium non est, illud sanè non improbo quod addit Bartolus, si ab eo qui centum debet, viginti ex certum petantur, posse illum iustè postulare, vt de totis centum vno eodemque iudicio agatur, ne eiusdem debiti nomine in plura diuersaque iudicia distringatur, quod ne fiat non tantùm ipsius interest, ne multiplicatis litibus maiores ac grauiores sumptus patiatur *l.minoribus 6. supr. de minor. leg. 1. C. de admin. tutor.* sed etiam reipublicæ, vt litium numerus minuatur *l. quidam existimauerunt 21. supr. de reb. credit. l.non tamen 38.supr. de procurat. d l. 5. supr famil. ercisc. l.1. & 2. supr de quib. reb. ad eund. iudic. eat. l.2. infr. de exercit. act. l. quod si nolit 31. §. si plures infr. de ædilit. edict.* dummodo iurisdictionis modus hoc patiatur inquit Bart. ex *d.l.cùm quadam puella in fin.*

5 ¶ Rem commodatam perdidi, & pro ea pretium dedi, deinde in potestatem tuam venit. Labeo ait, contrario iudicio, aut rem mihi præstare te debere, aut, quod à me accepisti, reddere.

Ad §. vlt. Rem commodatam.

RAT. DVB. Sicut actio directa Commodati non datur, nisi ad ipsius rei, quæ commodata est, restitutionem, ita nec contrarium commodati iudicium ad aliud dari potest, quàm vt commodatario restituatur, quod ei abest ex causa commodati *l.prox. §. possunt & §. vlt. infr.* Atqui cùm rem mihi à te commodatam perdidi, & pro ea precium dedi, deinde res in potestatem tuam peruenit, nihil mihi abest præter eam pecuniam quam pro precio solui: Res enim tua quam commodaueras non abesse mihi intelligitur, cùm & tua sit, & tibi eam restituere debuerim, si in potestate mea fuisset. Consequens igitur est, vt solum precium quod dedi, repetere abs te præcisè debeam contrario iudicio, non autem alternatiuè agere, vt vel rem mihi præstes, vel quod accepisti restituas. DEC. Contrariæ actiones omnes comparatæ sunt ex æquitate, ne alter ex alterius iactura locupletetur, & vt præstationes ex vtraque parte ad suam æquitatem reuocentur, atqui locupletaretur commodator ex iactura commodatarij, si postquàm commodata res quam commodatarius perdiderat, in commodatoris potestatem rediit, non cogeretur aut rem ipsam commodatario præstare aut precium quod accepisset reddere: Nam & ipsam rem & ipsius precium haberet, quod esset contra bonam fidem *l. ex empto 11. §. qui autem, & l bona fides 50. infr. de action. empt.* Contrà verò non locupletatur commodator ex iactura commodatarij, siue rem ipsam commodatam ei præstet siue precium quod accepit, restituat. Habet enim vtroque casu commodatarius id quod ei abest, tum quoq; cùm res ipsa ei præstatur. Etsi enim non rem dedit, sed æstimationem, longéque aliud res ipsa est, aliud verò rei æstimatio *leg. si alij 42. §.1. supr. de vsufr.* attamen certum est, in re ipsa rei quoq; æstimationem eminenter contineri, vt qui rem habet, eius quoque precium habere videatur *l. huiusmodi 84. § qui seruum de legat. 1. § si res aliena Instit. de legat.* Commodatori verò similiter nihil abest, quia vel rem ipsam retinet, quam commodauerat, & quam ponimus in eius potestatem rediisse, vel æstimationem quam pro re ipsa accepit: Nec habet quod conqueratur, cùm in eius arbitrio & electione sit vtrum velit reddere, vt benè Accursius concludit. Est namque in alternatiuis electio debitoris *l.plerunque 11. §. vlt. infr. de iur. dot.* Fit autem debitor is, qui priùs fuerat ex commodati causa creditor, ex quo & rem & rei precium habere cœpit, cùm ab eo tempore fuerit obligatus alterutrum reddere. Quid? nónne litis æstimatio facit emptionem? *l. 2. §. vlt. & l.3. infr. pro emptor. 6. si vt certo 5. §.1. supr. hoc tit.* Ergo, inquies, omnimodo restituenda res est commodatario, tanquam domino, quíque eius vindicationem habere possit, etiam inuito commodatore, qui imputare sibi debet, cur pro re commodata oblatam litis æstimationem susceperit *d. l.5. §.1. supr.* Sed respondendum est, tum verè id dici cùm tempore solutę æstimationis præsens res fuit, quæ pro tradita haberi possit, nec enim sine traditione transfertur regulariter dominium *l. traditionibus 20. C. de pact.* nec rursus alia res tradi potest, aut haberi pro tradita, quàm quæ præsens sit *l. hac si præsens 47. iunct. l. præced. supr. de rei vindic.* Ponimus autem æstimatam hic fuisse rem perditam, aut quæ saltem quòd non inueniretur, perdita credebatur. Et præterea non tam rem ipsam fuisse æstimatam, quàm culpam per quam fuerat perdita, vt subtiliter Accursius noster obseruat. Quo casu non id agitur, vt rei dominium in eum qui culpæ suæ æstimationem præstat, transferatur, quamuis receptum sit in his commodati & depositi iudiciis,

ac aliis huiusmodi qui bonæ fidei sunt, tametsi non tantùm culpa, sed etiam dolo aduersarij res absit, vt condemnato succurri soleat, hactenus scilicet vt ei suis actionibus dominus cedat *l. in deposito* 12. *infr. de re iudic.* quod in eo diuersum est, qui cùm rem alienam possideret cuius nomine per vindicationem conueniri poterat, dolo malo possessionem eius amisit, ne ipsam restituere cogeretur *l. si culpa* 63. *supr. de rei vindic.* Nulla enim bonæ fidei ratio suadet, vt ei succurri oporteat, quomodo succurrendum est illi qui ex bonæ fidei contractu conuenitur *d. l. in deposito*. Quamquam in eo vicissim melioris conditionis est possessor, qui rei alienæ possessionem non dolo & fraude, sed culpa tantùm amisit, quod etiam illo ipso qui litis æstimationem accepit, possidente adiuuari debet per Publicianam, vt rem ipsam habeat cuius æstimationem soluit: ita vt nec facilè audiendus sit dominus, si malit posteà pecuniam quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit restituere *d. l. si culpa in fin.* nec proinde habet dominus electionem, quam Paulus hîc dat commodatori. Ideò fortasse, quod in specie *d. l. si culpa* fuerat soluta æstimatio ex sententia iudicis, & authoritate iudicati, quæ sicut impedit condictionem *l. 1. C. de condict. indebit.* ita & difficilius admittit solutæ pecuniæ restitutionem: Præterea id quod dici potest, fauorabiliorē esse eum, cui ex causa contractus præstita æstimatio est, pro re quæ reddi ipsi debuerat, quàm eum cui æstimatio soluta est, non ex contractu, sed ex necessitate ob amissam culpa possessionem, quam si amissa non esset, restituere petitori teneretur. Cùm enim ex bonæ fidei contractu actio venit, omnia ex bona fide constituenda & temperanda sunt. Quòd si commodatarius agere malit condictione sine causa ad restitutionem precij, quia re commodata inuenta & in potestatem commodatoris reuersa, quæ perdita credebatur, precium sine causa datum reperitur, potest quidem id suo iure facere *l. 2. supr. de condict. sin. caus.* sed ad precium solum competet ea condictio, non vt actio commodati alternatiuè ad rem aut precium, sed ad precium præcisè, quia non aliud condici potest, quàm quod datum fuit: Precium autem datum est, non res ipsa. Itaque falsum est quod vult Bartolus quacunque actione per commodatarium intentata posse dominum eligere, quod vult. Si enim commodatarius proponat condictionem, nulla domini electio est, quin precium ipsum restituere omnimodo teneatur *d. l. 2. de condict. sin. caus.* sed & alius Bartoli error in eo est, quod putat actionem intentari posse ante litem contestatam. Non enim datur actio nec dictatur iudicium, nisi post contestationem. Item in eo, quod ait, post litem contestatam cogi dominū soluere secundum naturam actionis intentatæ, id est, inquit, rem ipsam si actum sit in rem, aut æstimationem si condictione sine causa, quasi verò non etiam æstimatio præstanda sit per actionem in rem, siue rei restitutio ideò fieri non possit, quòd eius possessio per culpam amissa sit, siue quod per dolū & fraudem *d. l. si culpa 63. & l. qui restituere 68. de rei vindic.* semper enim & quacunque actione proposita lis æstimanda est, nec vnquam fit cōdemnatio ad rem dandam aut restituendā præcisè, ne quidem in actionibus in rem, licèt aliter atq; aliter lis æstimetur nonnunquam per iusiurandum in litem, nonnunquā etiam citra iusiurandū & officio iudicis *d. l. qui restituere*, sicut in actionibus personalibus, aliquando inspecto tempore litis contestatæ, vt in strictis, excepta condictione triticaria, in qua inspicitur tempus condemnationis *l. pen. & vlt supr. de condict. triticar. l. vinum 22. l. cùm fundus 32. supr. de reb. credit.* Aliquando etiam inspecto tempore moræ aut rei iudicandæ vtro tempore pluris res fuit *l. 3. §. si per venditorem infr. de action. empt. l. 3. §. in hac,* vbi diximus *supr. hoc tit.*

18. CAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

IN rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: ita vt tamen eos casus non præstet, quibus resisti non possit: veluti mortis seruorum, quæ sine dolo, & culpa eius accidunt: latronum, hostiúmve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas seruorum, qui custodiri non solent. Quòd autem de latronibus [a], & piratis, & naufragio diximus: ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, vt eam rem peregrè secum ferat. alioquin si cui ideo argentum commodauerim, quod is amicos ad cœnam inuitaturum se diceret, & id peregrè secum portauerit: sine vlla dubitatione, etiam piratarum, & latronum, & naufragij casum præstare debet. Hæc ita, si duntaxat accipientis gratia [b] commodata sit res. At si vtriusque, veluti si communem amicum ad cœnam inuitauerimus, túque eius rei curam suscepisses, & ego tibi argentum commodauerim: scriptum quidem apud quosdam inuenio, quasi dolum tantùm præstare debeas. Sed videndum est, ne & culpa præstanda sit: vt ita culpæ fiat æstimatio, sicut in rebus pignori datis, & dotalibus æstimari solet.

Ad l. In rebus 18.

RAT. DVB. Quemadmodū dolo & fraude non caret, is qui alienis rebus, siue commodatis, siue depositis seruandis minorem quàm in suis adhibet *l. quod Nerua* 32. *infr. deposit.* Ita extra omnem culpā esse videtur is, qui non minorem in alienis, quam in suis rebus conseruandis præstat diligentiam, licèt nec in suis rebus diligens sit, ad eum modum quem hominum natura desiderat vt Celsus loquitur in

tur in *l. quod Nerua.* imputare namque sibi debet, qui amico minùs diligenti rem suam commodauit: sicuti solemus dicere de eo qui penes amicum non satis diligentem res suas deposuit *§. praeterea Instit. quib. mod. re contr. oblig. l. 1. §. is quoque apud quem infr. de oblig. & action.* Ergo non est onerandus commodatarius, vt in rebus commodatis talem diligentiam praestet, qualem diligentissimus quisque paterfamilias suis rebus adhibet: Ita enim fieret, vt omnes casus, qui accidere possunt, praestare teneretur, extra eos quibus resisti non potest, quique vis maioris appellatione continentur, vt sunt hostium latronúmve incursus, piratarum insidiae, naufragium, incendium, fugae seruorum, qui custodiri non solent: quos casus omnes Caius hîc enumerat. DEC. Commodatum fit solius accipientis & commodatarij gratia, vt subiicitur in hac lege. Est igitur aequissimum ab eo praestari omnem diligentiam, id est exactissimam *d. §. is quoque apud quem vers. & ille quidem*, ac proinde non qualem ipse suis rebus adhibere solitus est, sed qualem diligentior alius quilibet paterfamilias adhibiturus esset, ne alioquin is qui commodauit ex beneficio suo & liberalitate periclitetur *arg. l. ne ex liberalitate 52. infr. de re iudic.* & quantulacunque negligentia, quae in propriis rebus tolerabilis est, in alienis culpanda est, & coercenda *l. si constante 24. §. si maritus in fin. infr. solut. matrim. l. à procuratore 13. C. mandat.* Nec audiendus est commodatarius, si commodatori velit imputare, quòd minùs diligenti amico rem suam commodauerit, cùm ex eo facto lucrum ipse & commodum sentiat *l. si extraneus 32. l. cùm in fundo 79. §. quòd si mulier. infr. de iur. dot.* quod secus est in depositario, qui non suo commodo, sed solius deponentis gratia depositum accipit. Planè casus fortuitos praestare commodatarius non tenetur, quos nec alius quisquam praestat *l. quae fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 23 de regul. iur.* nisi cùm culpa praecessit casum, vt hîc subiicitur. Iunge *l. 1. C. hoc tit. l. 5. §. nunc videndum 1. supr.*

a *Quod autem de latronibus.* RAT. DUB. Commodatarius non tenetur de casu fortuito, nisi speciali conuentione periculum omne amissionis in se susceperit *d. l. 1. C. hoc tit.* Ergo non est distinguendum, an culpa aliqua casum praecesserit, necne: nec enim culpa praecedens facere potest possibile quod per rerum naturam impossibile est: In quo genere sunt omnia quae per vim maiorem contingunt, & quibus nullo humano consilio resisti potest, quam ideò Graeci θεοῦ βίαν vocant, quasi vim diuinam, cui vim omnem humanam cedere necesse est *leg. si merces 25. §. vis maior infr. Locat.* DEC. Quoties culpa praecedit casum, non tam casui quàm culpae adscribendum est, quicquid postea accidit, quia non accidisset, si culpa casum non praecessisset. Atqui de omni culpa tenetur commodatarius, etiam de leuissima, vt proximè diximus. Ergo & de casu fortuito eum teneri aequum est, si culpa casum praecesserit *d. l. si vt certo 5. §. sed interdum 7. & §. si me rogaueris 13. supr. hoc tit. l. item quaeritur 13. §. si quis infr. locat. leg. siue hereditaria 22. supr. de negot. gest.*

b *Hoc ita si duntaxat accipientis gratia.* RAT. DUB. Etiam cùm vtriusque, id est & commodantis & commodatarij gratia commodatum fit, non debet esse impunita culpa commodatarij, ne quidem leuissima, cùm non eo minùs verum sit, beneficio adfectum esse commodatarium à commodante. Ergo non de culpa leui tantùm, & de dolo teneri debet commodatarius, sed etiam de culpa leuissima, aut si prodesse debet commodatario, quòd non tantùm ipsius, sed etiam commodantis gratia factum sit commodatum. Quidni sequimur veterum illorum sententiam, quos Caius refert existimasse, cōmodatarium eo casu praestare duntaxat dolum debere? DEC. Cùm quaeritur quid praestare debeat is, qui rei debitor est, ex contractu illud vnum inspiciendum est, cuius gratia contractus celebratus sit, vt si eius tantùm qui obligatus est, is non modò praestare dolum debeat, sed etiam culpam adeóque leuissimam: Quomodo euenit in commodato: si verò eius tátùm causa qui alium sibi obligat, dolus tantùm praestandus sit, non etiam culpa, nisi lata quae ad dolum proximè accedit, & passim dolo aequiparatur, vt contingit in deposito, si denique gratia vtriusque, sic res temperetur, vt & dolum & culpam latam leuémque praestari oporteat, sed non leuissimam. Exempla Caius hîc adfert in rebus pignori datis, & in dotalibus. Nam & in actione pigneratitia, & in actione rei vxoriae, non tantùm doli, sed etiam culpae leuis aestimatio fit, quia contractus illi in vtriusque contrahentium gratiam fiunt *l. si vt certo 5. §. nunc videndum 1. supr. hoc tit. d. l. contractus 23. de regul. iur. l. etiam 18. §. 1. in fr. solut. matr.* Ergo si communem amicum ad coenam inuitauerimus, túque eius rei curam susceperis, & ego tibi argentum commodauerim, dicendum est, cùm vtriusque nostrùm gratia hîc contractus celebratus sit, te mihi de culpa quidem leuissima non teneri, sed tamen de lata & leui non minùs quàm de dolo teneri. Est autem superioribus consequens, vt in mandato quoque eadem distinctio adhiberi debeat, id est, vt quamuis mandatarius regulariter omnem culpam praestare debeat etiam leuissimam *d. l. à procuratore 13. C. mandat.* si tamen mandatum vtriusque gratia fiat, quod plerunque contingit, non nisi de culpa leui teneatur. Atque ita veteres quidam glossatores, quos Azo apud Accursium refert, existimarunt: sed quos tamen Azo reprobat, existimans omni casu mandatarium teneri de omni culpa etiam leuissima ex *dict. l. à procuratore* quae non nisi fortuitos casus excludit. Mihi Azonis sententia magis probatur: quia quod dicitur in *d. l. à procuratore*, omnem culpam praestari debere à procuratore, non etiam casum fortuitum sic omnino accipiendum est, vt non tantùm de leui teneatur: quomodo nonnullos interpretari video, sed etiam de leuissima. Etsi enim culpam, cùm nostri dicunt, leuem non leuissimam intelligunt, vt vel vnus hic locus clare demonstrat, qui tamen dicit *omnem culpam* proculdubio etiam leuissimam comprehendit, maximè verò cùm sequitur exclusio casus fortuiti; vt in *dict. l. à procuratore & in hac lege.* Inclusio enim vnius, exclusio est alterius. Quamuis quòd dicimus de culpa etiam leuissima teneri eum cuius solius gratia contractus fit, non possit cadere in mandatum, quod nunquam fit gratia solius mandatarij: Consilium enim illud esset non mandatum, & consequenter non obligatorium *l. 2. §. vlt. infr. mandat.* Ergo non potest obligationem mandatarij diminuere, vel augere, quòd mandatum vtriusque gratia factum proponatur, alioqui dicendum esset eo casu futurum, vt non teneretur mandatarius nisi de dolo non etiam de culpa, quòd esset ridiculum, neque enim procurator quisquam fit, nisi vt in re aliena tantam praestet diligentiam, quantam in suis

diligentissimus quisque præstare solet. Ex quo fit, vt non modò de leui culpa teneri semper debeat, sed etiam de leuissima, cum alienis rebus maiorem, quàm suis seruandis diligentiam, licèt pro alieno tantùm commodo præstare debeat. Nec imputari potest ei qui minùs diligentem procuratorem elegit, cur non diligentiorem elegerit, quia diligentissimum se profitetur quisquis ab alio mādatum suscipit exequendum. Hoc ipso enim offerre se vltrò intelligitur, suscipiendo mandatum quod recusare posset si vellet. Idque probatur etiā ex *d. l. contractus. 23. de regul. iur.* vbi post enumeratos contractus, qui dolum duntaxat & culpam scilicet leuem recipiunt. Addit Vlp. *in his quidam & diligentiam* vt scilicet includat culpam etiam leuissimam, Quæ tamen verba in plurali numero concepta sicut ad commodatum solum referri non possunt, ita nec ad alium vllum contractum ex enumeratis præter commodatum, quàm ad mandatum.

1 ¶ Siue autem pignus, siue commodata res, siue deposita deterior ab eo, qui acceperit, facta sit: non solùm istæ sunt actiones, de quibus loquimur, verumetiam legis Aquiliæ. sed si qua earum actum fuerit, aliæ tolluntur.

Ad §. 1. *Siue autem.*

Huius §. sententiam & omnes quę ad eam adduci possunt, dubitandi & decidendi rationes adduximus, partim *ad l. 3. §. si reddita, suprà hoc tit.* partim *ad l. vnde quæritur 7. §. 1. eod.* Nec quicquam hîc adnotandum superest, nisi quod adnotat Gotthofredus post Accursium, vna actione proposita ex pluribus, quæ commodatario & depositario pignoratitio competunt, tolli quidem cæteras, sed non vsque adeò vt non supersint de eo, quod plus in illis est, quàm in priore actione fuerit: Cùm non aliam ob causam comparatæ sint, quam vt actoris indemnitati plenissimè satisfiat, licèt vtraque actio sit rei persecutoria: Hoc ipsum enim est, quod facit, vt non possint videri sublatæ omnes actiones rei persecutoriæ quandiu aliquid rei persecutioni deest, & rei persequendæ superest *d. l. vnde quæritur in fin. l. qui seruum 34. de obligat. & action. l. si is cui 71. l. si quis egerit 88. infr. de furt.*

2 ¶ Possunt iustæ causæ interuenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet: veluti de impensis in valetudinem serui factis, quæve post fugam requirendi, reducendíque eius causa factæ essent. nam cibariorum impensæ naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui vtendum accepisset. Sed & id quod de impensis valetudinis [a] aut fugæ diximus: ad maiores impensas pertinere debet. modica enim impendia verior est, vt sicuti cibariorum, ad eundem pertineant.

Ad §. 2. *Possunt iustæ causæ.*

Rat. dvb. Nemo ex contractu potest obligari, præter voluntatem & intentionem contrahentium *l. in omnibus negotiis 57. de oblig. & action.* vt nec actus quisquam operari vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & praced. supr. de rebus credit.* Atqui cùm fit commodatum, id agitur inter contrahentes, vt commodatarius obligetur commodatori, non autem commodator commodatario. Actio autem non potest nasci nisi ex obligatione *l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* Ergo fieri nequit, vt cum eo qui commodauit agere commodatarius debeat, præsertim verò ex contractu illo commodati, qui non nisi ad commodatarium obligandum interponitur. Dec. Plerunq. accidit, vt etiā extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur ex natura scilicet negotij quod tractatur *l. is qui 13. in fi. supr. hoc tit.* Atqui possunt iustæ causæ intercedere, propter quas æquum sit, commodatorem obligari commodatario, & ab eo conueniri actione commodati, non quidem directa, sed tamen contraria: Quemadmodum si impensas in valetudinem serui ad eum curandum, commodatarius fecerit, vt in *l. penult. infr.* aut post fugam requirendi, reducendíve serui gratia, Ne alioqui ex commodatarij iactura commodator locupletetur, quod contingeret, si eo nomine conueniri non posset. *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure natura 206. De regul. iur.* Ergo quamuis nullam fidem commodator dederit commodatario, in ipso contractu ineundo, non eò minùs tamen teneri debet commodati actione contraria, in qua scilicet non agitur de fide rupta, vt in actionibus directis, sed tantùm de præstanda indemnitate *l. ei apud quem 5. infr. deposit.* & de calculo qui ferè sine iudicio dirimi solet, quomodo Vlpianus secundùm emendationem nostram loquitur in *l. furti 6. §. vlt. supr. de his qui notant. infam.* Planè cibariorum impensæ nunquam sunt restituendæ, vt Caius hîc subiicit, quia naturali ratione ad eum pertinent, qui vtendum accepit, scilicet quæ compensandæ sint, cum operis & ministerio serui, vt bene Accursius explicat, ex *l. item si serui 30. §. vlt. infr. de ædil. ed.* vbi Paulus ex Aristone negat, data seruo cibaria esse imputanda, quia, inquit, nec ab ipso qui cibaria præstitit exigitur & repetitur, quod in eius ministerio seruus fuit. Iunge *l. si id quod 28. §. vlt. infr. de donat. int. vir. & vxor. l. fructus 7. aliàs l. diuortio. §. vlt. solut. matrim.*

a *Sed & id quod de impensis valetudinis.* Rat. dvb. Non debet quisquam ex aliena iactura locupletari, ne quidem in minimo. Repugnat enim id iuri naturæ *d. l. iure natura 206. de regul. iur.* Vnde est, quod in actione negotiorum gestorum repetit gestor, quicquid ei abest ad vltimum vsque quadrantem: non adhibita distinctione, an impensa modica sit, an magna *l. omnino 12. de impens. in reb. dot. fact.* adeóque licèt euentus non sit secutus *l. sed an vltrò 10. §. vlt*

10. §. *vlt. l. successori* 12. §. *vlt supr. de negot. gest.* Ergo & in actione commodati ius idem esse debet, vt indistinctè impensa omnis quam commodatarius in rem commodatam fecerit ei restituenda sit, cùm eadem iuris ratio in hac quoque actione locum habeat, ne scilicet commodator ex aliena iactura locupletetur *vulg. l. illud* 32. *supr. ad leg. Aquil.* DEC. Actiones omnes bonæ fidei, quamuis in hoc cõueniant, quod bonæ fidei sunt, habent tamen singulæ propriam quandam æquitatis rationem ex natura ipsius negotij, vnde nascuntur, dependentem, quæ facit, vt alias atque alias habere debeant præstationes. Itaque aliter in iudicio negotiorum gestorum, aliter in actione de dote obseruatur *dict. l. omnino*, aliter etiam in actione commodati. Non enim qui ad aliena negotia gerenda accedit, eo animo est, aut esse debet, vt ex alienis negotiis commodum vllum percipiat, quod cum impensis à se factis compensare possit. At in actione de dote & commodati, & si quæ aliæ sunt similes, commodum aliquod percipitur ab eo, qui in rem alienam impensas fecit, quas proinde cum eo commodo compensare potest & debet: nimirum si sint modicæ. Alioqui contrario iudicio commodati, aut etiam actione de dote restituendæ sunt, vt proximè diximus. Et hæc loci huius sententia, & ratio est, non quam nostri post Accursium & Bartolum adferunt, quòd de modicis expensis curandum non sit. Nam quod vulgo iactari solet, de modicis non curare Prætorem ex *leg. scio* 4. *supr. de in integr. restit.* ad hunc casum non pertinet, in quo minimæ illæ expensæ compensantur, non negliguntur. Iunge *l. si proprietarius* 42. *infr. de damn. infect.*

3 ¶ Item qui sciens vasa vitiosa commodauit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum effusúmve est, condemnandus eo nomine est.

Ad §. 3. *Item qui sciens.*

Aliud exemplum est eius, quod in §. *proxim. praeced.* dictum est, posse iustas causas interuenire, propter quas permittendum sit commodatario agere commodati aduersus commodantem. Est enim hæc vna ex iustis illis causis, si quis sciens vasa vitiosa commodauerit, & infusum vinum, vel oleum corruptum effusúmve sit, quo casu condemnandus eo nomine est commodator, in id omne scilicet, quod interest commodatarij. RAT. DVB. In commodato venit culpa etiam leuissima, vt scriptum est initio huius legis, & in *leg. si vt certo* 5. §. *nunc videndum supr. hoc titul.* Atqui non potest fieri, vt non sit saltem in leuissima culpa is, qui etiam ignorans vasa viciosa commodat, cùm priusquàm commodaret, debuerit diligentiùs explorare an essent viciosa, necne, ne alioqui eueniret, vt pro conferendo beneficio inferret iniuriam. Ergo indistinctè dicendum est commodatorem, qui vasa viciosa commodauit, teneri commodatario, id est non adhibita distinctione illa, quam Caius hîc adhibet, an à sciente vel ignorante commodatore id factum sit. Nam in sciente videtur lex esse de indubitabili, cùm scientia illa dolum inducat, qui semper puniendus est, tum quoque cùm illi ipsi nocet, qui eum admisit *leg. procurator* 11. §. 1. *infr. de doli mal. except.* Maximè verò in contractibus bonæ fidei, in quibus idcirco placuit vindicari dolum ipso iure, & æquitate ipsius iudicij *leg. sed si ideò* 21. *infr. solut. matrim. leg. huiusmodi* 84. §. *qui seruum de legat.* 1. *leg. in hoc iudicium* 14. §. 1. *supr. commun. diuid.* cùm nihil tam contrarium sit bonæ fidei quàm dolus *leg. non debet* 11. *in fin. supr. de dolo leg.* 3. *in fin. infr. pro socio leg. si dolo* 5. *C. de rescind. vendit.* DEC. Ex parte quidem commodatarij venit in commodato culpa omnis etiam leuissima. Sed non ex parte commodantis, quem satis esse visum est teneri de dolo & lata culpa, quoniam non commodantis, sed solius commodatarij gratia fit commodatum *d. §. nunc videndum & l. si seruus* 61. §. *circa commodatum infr. de furt.* vbi ob hanc causam additur, quod summopere notandum est, etiam circa dolum remissiùs faciendam esse in commodato interpretationem, id est vt non iam facilè præsumatur commodatarius dolum malum admisisse. Est enim duplex dolus malus, minor vnus, vt ita dicam, maior alius, qui maioré machinationem exigit *l. quid enim* 14. *supr. de dolo.* Qua ratione tentari etiam non improbabiliter potest, commodatorem delata culpa non teneri, licet contrà sentiat hîc Bartolus, quia tametsi lata culpa prope dolum sit *l. quod Nerua* 32. *infr. depos.* dolus tamen non est, tantum distat, vt sit maior dolus. Atqui non est in dolo commodator, qui vasa quamuis viciosa ignorans commodat, licet non careat culpa. Nec enim dolus esse potest sine scientia, quæ coniunctam habeat calliditatem & machinationem *l. 1. & pass. eod. tit. de dolo malo.* Ergo ex ea causa teneri non debet contrario iudicio, sed ita demùm si sciens commodauerit, & ex vasorum vicio damnum aliquod commodatario acciderit *l. pen. infr. hoc tit.* Commodatum enim beneficium est, beneficio autem iuuari commodatarium oportet non decipi *l prox. §. sicut in fin. supr.* In deposito, locato, & vendito secus est, quia contractus isti non fiunt in gratiam accipientis, sed vel dantis solius, vel vtriusque, & ideo, vt benè notat Accursius, æquum est indistinctè teneri eum, qui vasa viciosa vel deposuit, vel locauit, vel vendidit, id est siue vicium sciuerit siue ignorauerit *l.* 3. §. *sed si vas infr. de action. empt. leg. sed addes* 19. §. 1. *locat. leg. si seruus communis* 61. §. *quod verò infr. de furt.* Neque verò æquum esset prætextu ignorantiæ locatorem impunè mercedem retinere, & venditorem precium, quod acceperit. Quamuis non eo minùs adhibenda sit distinctio, an sciens, an ignorans locator, aut venditor contraxerit, quia sciens tenetur in omne id quod aduersarij interest, ignorans verò non nisi ad restitutionem precij vel mercedis, vt ex supradictis locis apparet. Alia serui locati ratio est. In eo namque adhibentur distinctiones, de quibus in *l. si tibi domum* 45. §. 1. *l. antep.* §. *antep. infr. locat.* Etsi enim à bona fide longè alienum est, vt quid patiaris detrimenti per eam rem quam conduxeris, attamen extra conductionis causam est crimen, quod seruus locatus admiserit, vt scriptum est in *dict. §. antepen.* quod non similiter dici potest de damno, quod vicio rei venditæ vel locatæ contigit.

4 ¶ Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest saluum habere iure pensationis. sed fieri po-

test, vt amplius esset, quod inuicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine iudice restituta est. dicemus necessariam esse contrariam actionem.

Ad §. vlt. Quod autem.

RAT. DVB. Compensatio vim solutionis obtinet, ideóque liberationem parit ipso iure *leg. 4. l. si ambo 10. in princip. & §. 1. infr. de compensat. l. si constat 4. C. eod. l. amplius non peti 15. infr. rat. rem haber.* Ergo dicendum est commodatarium, vel non posse compensare quod sibi debetur, si directo iudicio conueniatur, vel non posse contrario iudicio consequi, quod directo iudicio conuentus saluum habere potest iure compensationis. Cur enim vltro agere permittamus ei, qui sit tutus ipso iure? Compensatio siquidem fit ipso iure in iudiciis bonæ fidei, quale est iudicium commodati, adeó que etiam in strictis hodie post *leg. vltim. Cod. de compensat.* quamuis olim non fieret in strictis, nisi opposita exceptione doli post constitutionem diui Marci *§. in bonæ fidei Instit. de action.* DEC. Nihil prohibet actionem dari etiam ei, qui tutus sit exceptione *leg. 1. §. is autem infr. de superfic. leg. inuitus 156. §. 1. de regul. iur.* & compensatione *leg. sed an vltro 10. supr. de negot. gest.* At præterea fieri facilè potest, vt necessaria sit commodatario actio ad consequendam indemnitatem, nec sufficiat auxilium compensationis, vt in tribus illis casibus, quos Caius hîc enumerat, quorum primus est, si amplius sit, quod inuicem consequi commodatarium oportet, quàm quod directo iudicio debet. Neque enim compensatio fieri potest, nisi ad concurrentem vsque quantitatem *dict. leg. si ambo dict. leg. si constat 4. & pass. Cod. de compensat.* Quemadmodum si quod amplius est, consequi velit commodatarius, reconuentione opus est, vt sequi possit condemnatio non sufficiente in eam rem compensatione, vt Bartolus hîc docet ex *l. cùm Papinianus 14. C. de sentent. & interloc. omn. iudic.* Secundus casus est, si iudex compensationis rationem non habuerit, non quidem reprobata compensatione, (eo namque casu obstaret exceptio rei iudicatæ *l. quod in diem 7. §. 1. infr. eod. ill. tit. l. si autem 8. §. si quocunque supr. de negot. gest.*) sed simpliciter non admissa compensatione, id est, nulla circa eam pronunciatione facta, aut ita simpliciter facta mentione compensationis, vt iudex nullam eius rationem habere se dixerit, quod pragmatici nostri sic exprimunt *sans auoir esgard à la compensation requise.* Nec enim verendum est, vt huiusmodi pronunciatio pariat exceptionem rei iudicatæ, cùm neque absolutionem contineat, neque condemnationem, quorum alterutrum interuenire necesse est ad inducendam rem iudicatam *leg. 1. infr. de re iudic.* Tertius casus est, si directo iudicio non possit agi cum commodatario, ideò fortasse quòd res commodata non culpa aliqua commodatarij, sed casu interciderit, aut sine iudice restituta sit. His sanè casibus compensationi locus esse non potest, cùm per modum exceptionis semper opponatur, exceptio autem non possit locum habere vbi nulla actio proposita est. Proinde fatendum est, his casibus necessariam esse contrariam actionem, vt & in specie *leg. 1. §. vltim. cum seqq. infr. de contr. iudic. tutel.* Huic tamen §. in eo quod aduersus actionem commodati dat exceptionem compensationis valde obstare creditur quod scriptum est in *leg. vltimi. Cod. hoc titul.* prætextu debiti, restitutionem commodati non probabiliter recusari. Scio Cuiacium apud Paulum *libr. 2. sentent. tit. 12. §. vltim.* legere *commendati* id est, *depositi* pro *commodati*, quòd in actione depositi singulare sit, vt non possit ei obiici compensatio *l. pen. C. depos. l. vlt. C. de compensat.* Sed falsam & improbabilem esse correctionem Titulus ipse demonstrat. Et in eo vir doctissimus meritò à Fornerio & aliis reprehēsus est. Etsi enim non cuiuslibet debiti prætextu restitutio rei commodatæ recusari potest, attamen pro eo debito, quod ex ipsius commodati causa proficiscitur, & quod per commodati actionem contrariam peti posset, recusari probabiliter potest, non quidem ad hoc, vt res commodata desinat deberi, quasi exinde habenda ipso iure pro restituta, sed quantum ad hoc duntaxat, vt commodatarius habeat ius retentionis, opposita velut compensationis exceptione, aut quasi pignoris loco, vt Accursius loquitur, ex *l. si quis rem 20. infr. de acquir. poss. l. creditoris 15. §. vlt. & l. si is qui rem 59. infr. de furt.* ne alioqui denegemus retentionem & exceptionem ei cui contra eundem agentem datemus actionem, quod pugnaret cum iuris regula *d. l. 1. §. is autem infr. de superfic. d. l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur.* Itaque minùs propriè compensatio hæc dicenda est, cùm non pariat ipso iure liberationem, quomodo solet parere vera compensatio, sed tantùm retentionem, nec eam absolutè, sed in id vsque tempus, quo satisfactum sit commodatario, de iis omnibus, quæ ei debentur, & quæ contrario iudicio commodati petere posset, si rem ipsam penes se non haberet. Quod in actione depositi diuersum est cōtra quam nec retentio vlla competit depositario, post Iustiniani constitutionem in *d. l. pen. C. deposit.* Sicut & idem Iustinianus contra veteris iuris rationem sustulit retentiones omnes, quæ olim dabantur marito propter res amotas, vel ob impensas in rebus dotalibus factas, sola ei reseruata actione *leg. vnic. §. taceat versic. sed nec retentio & vers. sed nec ob impensas C. de rei vxor. action.* Quamquam alia etiam ratio suadere videbatur, ne actioni commodati obiici compensatio olim posset, nimirum quia non habebat locum compensatio nisi quantitatis ad quantitatem, non autem quantitatis ad speciem, sicuti nec speciei ad speciem ante *d. l. vlt. C. de compensat.* quæ primùm induxit, vt etiam in actionibus in rem compensatio ipso iure fiat: Qui autem directo Commodati iudicio conuenitur, speciei debitor est, qui verò contrario, quantitatis duntaxat & pecuniæ: cùm in iudiciis contrariis agatur tantùm de indemnitate, & de calculo *leg. ei apud quem 5. infr. Deposit. leg. furti 6. §. vltim. supr. de his qui not. infam.* Sed compensationem, vt dixi, minùs propriè hîc accipimus pro retentione, cui locum facere solet compensatio, aut deductio, aut doli mali exceptio *dict. leg. penult. Cod. deposit. leg. 1. infr. de pignor.* Omnis compensatio inducit retentionem, sed non omnis retentio ex compensatione fit, si propriè compensationem accipias, minùs propriè tamen compensatio dici aliquo-

aliquomodo potest, quoties vnũ debitum siue speciei siue quantitatis pro alio debito etiam dissimili retinetur, quamuis ex neutra parte liberatio inducatur, vt in specie huius §. nisi dicas, quæ secunda Accursij interpretatio est, intelligendum esse hunc §. de ea re quæ culpa commodatarij perierit, & quæ proinde restituenda sit in pecunia, quæ compensationem possit admittere, quam species ipsa, si adhuc extaret, neque deterior facta esset, non admitteret. Et ita conciliandum hunc §. cum *d.l.vlt.C.hoc tit.* Sed tamen, vt dicam liberè quod sentio, probabilius arbitror, vt quod in hoc § scriptum est, de vera compensatione intelligatur, nec minùs de illo casu quo res commodata extet adhuc, neque vllomodo deterior facta sit, sed petita fuerit per actionem commodati. Etsi enim verum est, speciem ab initio debitam fuisse, & in ipso tempore litis contestatæ non pecuniam, certum tamen est, exinde cœpisse deberi pecuniam, litémque æstimari in pecunia debuisse, vero tempore pluris res fuisset vel litis contestatæ, vel rei iudicandæ adhibito etiam iureiurando in litem, si dolus malus, vel culpa commodatarij interuenerit *l.3.§.in hac supr.hoc tit.iunct.l.3 § si per venditorem infr. de action. empt.* Indéque fieri, vt quoniam litis æstimatio semper fit in pecunia numerata, perinde actioni commodati possit obiici compensatio, atq; alij cuilibet actioni per quam pecunia non species petatur. Itaque non sunt ista contraria prætextu debiti restitutionem commodati, non probabiliter recusari, vt scriptum est in *d.l.vlt.C.hoc tit.* Et nihilominùs commodatori agenti quocunque casu actione commodati, compensationem obiici eius pecuniæ, quæ contrario iudicio peti posset, tanquam scilicet quantitatis ad quantitatem: Facta nimirũ per contestationẽ nouatione prioris debiti, id est speciei cõmodatæ, & transfusione in debitũ pecuniariũ *l.aliam 29. inf.de nouat.* Ergo idẽ dicendum est, etiãsi ex alia quã cõmodati causa aliquid cõmodator debeat cõmodatario: eadem náq; iuris ratio vtroq; casu locũ habet. Quod & Cuiacius sentit *lib. 9.Obser.cap.37.ex l.Lucius 38.mandat.* quãuis alia ratione motus quã quæ à nobis adfertur. Nec enim vir doctissimus de litis æstimatione cogitauit. Atque ita certè locus hic omnino explicandus est. Iunge quæ scripsi ad *leg.præced.§.1.supr.*

19. IVLIANVS libro 1. Digestorum.

AD eos, qui seruandum aliquid conducunt, aut vtendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, proculdubio est, qua enim cura, aut diligentia consequi possumus, ne quis damnum nobis iniuria det.

Ad l. Ad eos 19.

RAT. DVB. Commodatum fit gratia solius commodatarij regulariter, vt diximus ad *l.si vt certo 5.§. nunc videndum supr.* Ergo præstare commodatarius damnum debet, etiam quod iniuria ab alio tertio datum est, rei commodatæ penes commodatarium existenti, quod datum non fuisset, si commodatum nullum præcessisset *arg.l.si seruus 61.§.quod verò infr.de furt.* DEC. Nõ tenetur cõmodatarius nisi de dolo, & culpa etiam leuissima, vt dictum est ad *d.§.nunc videndum* & ad initum legis proximè præcedentis. Cæterùm de casu fortuito non tenetur, qui neque præuideri, neque impediri vlla diligentia potuit *§.vlt.l. prox. supr.* Atqui nulla cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis dãnum nobis iniuria det. Nam & verum est quod Seneca quodam loco scribit, dominum esse vitæ alienæ omnem qui propriam negligit. Ergo ad eos qui aliquid vtendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, proculdubio est. Nec aliud iuris est in iis, qui seruandum aliquid conducunt, eâdem scilicet ratione, quòd nulla sit culpa, ne quidem leuissima eius, qui damnum iniuria datum ab alio passus est, idcóque non ad alium pertinere fortuiti casus damnum possit, quàm ad dominum *leg. quæ fortuitis 6. C.de pignor. act.l.contractus 23.in fin.de regul. iur. l. si ea res 31. infr.de action.empt.* Exceptio tamen subiicienda est, quã nec Azo nec Accursius prætermisit, nisi culpa casum præcesserit ex *l.si merces 25.§.culpa infr. Locat.d.l. prox. in princip.supr.* vbi diximus. Item nisi casus ille potuerit, & debuerit præcaueri, vt in *leg. nauta 5.§.1.iunct. leg. vltim. in princip. supr. naut. caupon. stabul. leg. sed de damno 41. infr. locat. leg. damni 43. in princip. infr. de damn.infect.*

20. IDEM libro 3. ad Vrseium Ferocem.

ARgentum commodatum, si tam idoneo seruo meo tradidissem ad te perferendum, vt non debuerit quis æstimare futurum, vt à quibusdam malis hominibus deciperetur: tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.

Ad l. Argentum 20.

RAT. DVB. Commodatarius tenetur de culpa qualibet etiam leuissima, vt proximè diximus & ad *l.in rebus 18.in princip.supr.* Atqui culpa est, si quis minùs idoneum hominem & facilem, vt deciperetur, elegerit, ad cõmodatam rem restituendam, & perferendam *l.qui non tam idoneum 11 supr. hoc tit.* Ergo & in huius legis specie teneri commodatarius debet, si argentum commodatum seruo siue suo siue alieno perferendum dederit, & ille perferendo à malis hominibus interceptus sit & deceptus, atque ita argentũ perierit: culpã enim eius cui rem custodiendam & perferendam dedit, præstare debet *l.apud Labeonem 20.inf.de præscr.verb.* DEC. Nulla malæ electionis culpa est, quoties electus tam idoneus fuit, vt non debuerit quis existimare futurum, vt à quibusdã malis hominibus deciperetur. Id enim alius quilibet etiam diligentissimus paterfamilias fecisset: & pro idoneo hac parte habendus est etiam is, qui passus est se decipi, si credebatur non fuisse passurus. Est enim hic casus ex eorum numero, in quibus plus est in opinione, quàm in veritate *l. si à bonæ fidei 21.supr. de rei vindic. l. is qui putat 15.& seq. infr. de acquir. hered.* Ac proinde casui fortuito, potiùs quàm culpæ commodatoris, adscribendum est damnum, quod per huiusmodi serui siue facilitatem, siue imprudentiam contigit: quod hic textus omnium optimè probat, & nostri notant ad *leg.1.Cod.deposit.* & Canonistæ in *cap. 1. de commod.* Ergo in proposita specie amissi argenti detrimentum commodatoris esse debet, non commodatarij.

21. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

REm mihi commodasti. eandem subripuisti. deinde cum commodati ageres, nec à te scirem esse subreptam: iudex me condemnauit, & solui. postea competi à te esse subreptam: quæsitum est, quæ mihi tecum actio sit? respondi, furti quidem non esse, sed commodati contrarium iudicium vtile mihi fore.

Ad l. Rem mihi 21.

RAT. DVB. Quod ex causa iudicati solutum est, repeti non potest, neque per condictionem indebiti *l. 1. C. de condict. indeb. l. si fideiussor 29. §. in omnibus infr. mandat.* neque per condictionem sine causa, quia non potest videri sine causa solutum, quod ex iudicato solutum est. Ergo si rem tibi commodauerim, & posteà subripuerim, & nihilominùs egerim commodati, túque nesciens à me subreptam condemnatus fueris & solueris, dicendum est, sicuti agere furti contra me non potes, quia meum potiùs receperim, quàm tuum subtraxerim *leg. si is qui 59. infr. de furt.* ita nullam tibi contra me actionem competere ad repetendum quod soluisti: præsertim verò actionem commodati contrariam, cùm directa nulla amplius sit, ex cuius comparatione contraria subsistere ac retineri possit. Vbi enim directa actio nulla est, nec aliqua contraria intelligi posse videtur, siquidem per relationem ad directas actiones & comparatæ sunt, & nominatæ actiones contrariæ. Quod si qua actio in eam rem, id est ad soluti repetitionem superesse videtur, non alia esse potest quàm condictio sine causa *l. 2. supr. de condict. sin. caus.* cùm negari non possit, quin pecunia quam ex condemnatione mihi soluisti, sit penes me sine causa, siquidem soluisti eam pro re commodata, quasi ea mihi abesset, quam tamen per furtum iam receperam. Nec enim melior cōdicio mea ob id esse debet, quod per furtum & ignorāte te rem meam receperim, quàm si voluntate tua & per manus tuas recepissem. DEC. Condictio quidem indebiti locum habere non potest ad repetitionem solutæ ex iudicato pecuniæ *d. l. 1. C. de condict. indeb.* quia impugnaret iudicatum, cuius authoritas salua semper esse debet *l. seruo 65. §. cùm Prætor infr. ad SC. Trebell.* Eadémque ratio facit, vt neque condictio sine causa locum habere hoc casu possit, quia æquè impugnaret iudicatum, quandoquidem probandum esset causam fuisse iniustam tempore sententiæ, vt benè Bartolus cōtra Accursium hîc disputat. Aliud esset si post sententiam causa quæ tempore sententiæ subesset, deuenisset ad non causam vt in *d. l. 2. de condict. sin. caus.* Tum enim actio illa iudicatum non impugnaret: consequens igitur est, vt nulla tibi actio aduersum me possit competere ad repetitionem pecuniæ, quam soluisti præter contrarium iudicium commodati, per quod scilicet non impugnatur sententia, sed res ad suam æquitatem reuocatur, cùm actiones contrariæ non minùs sint bonæ fidei, quàm directæ, nec sit ex bonâ fide, vt & rem meam quam tibi commodaueram, penes me habeam, & præterea rei meæ precium, quod tu ignorans, rem à me subreptam mihi solueris *leg. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. infr. de action. empt.* neque quod directa actio sublata & extincta est, facere debet, vt contraria quoque sublata sit. Dicuntur enim actiones contrariæ, per relationem quidem ad directas, sed ad eas quæ sunt, aut fuerunt, quemadmodum non eo minus quis filij nomen retinet, quòd pater iam decesserit. Et sicuti actiones contrariæ proponi, & exerceri possunt, etiam priùs quàm directæ instituantur *leg. in commodato 17. §. 1. supr. commod. l. 1. §. vlt. infr. de contrar. tutel. & vtil. action.* Ita & postquàm extinctæ sunt. In eóque differunt actiones contrariæ ab exceptionibus, non solùm quòd per modum exceptionis non opponuntur *l. in rebus 18. §. vlt. supr.* Sed quòd propriam habent naturam, & æquitatem, ex eodem bonæ fidei contractu proficiscentem, ex quo & directa proficiscitur: nec bona consecutio est, vt quia nihil iam commodatori præstare commodatarius debet, vicissim nihil quoque commodatario præstare commodatorem oporteat, qui omnimodo indemnitatem præstare commodatario cogitur, ne beneficium quod ex commodato sensit, fiat ei captiosum *d. l. in commodato 17. §. sicut in fin. supr. l. Paulus notat 8. infr. de prætor. stipulat.* Cæterùm si qua ratio esset, quæ impedire posset, ne contrarium iudicium hoc casu locum haberet, danda vtique tibi esset contra me actio de dolo, quàm mihi permittendum, vt ex dolo & furto meo lucrarer, & ex iactura tua locupletarer. Id enim nunquam ferendum est *l. ne ex dolo 12. & pass. supr. de dolo.* Iunge *d. l. in commodato 17. §. vlt. supr.* Ex quo loco infert Accursius, nec malè, contrarium iudicium in hac specie competere, non ad hoc præcisè, vt precium rei meæ quod à te accipi restituam, sed vt alterutrum cogat facere, vel rem meam pro qua precium soluisti, præstare tibi, vel precium quod dedisti, reddere.

1 ¶ In exercitu contubernalibus vasa vtenda communi periculo dedi, ac deinde meus seruus subreptis his ad hostes fugit, & postea sine vasis receptus est. habiturum me commodati actionem cum contubernalibus constat pro cuiusque parte. sed & illi mecum furti nomine serui agere possunt, quando & noxa caput sequitur. Et si tibi rem periculo tuo vtendam commodauero, eáque à seruo meo subripiatur: agere mecum furti posses serui nomine.

Ad §. 1. In exercitu.

RAT. DVB. Commodatarius non tenetur de casu fortuito, vt diximus ad legem præcedentem. Atqui inter casus fortuitos est, si furtum fiat à seruo fugituro ad hostes, qui nec fugere solitus erat, nec custodiri *dicta leg. præced. iunct. leg. si à bonæ fidei 21. supr. de rei vindic.* Ergo si pluribus in exercitu contu-

contubernalibus vasa vtenda dederim, ac deinde seruus meus ea subripuerit, & ad hostes profugerit, qui postea sine vasis receptus sit, dicendum est commodatarios eo nomine actione commodati teneri non debere mihi, qui ex contrario propter furtum serui mei teneor ipsis noxali actione furti, cùm noxa caput sequatur, vt scriptum est in hac lege. Quid enim absurdius est, quàm illum agere, qui ipse teneatur ei, contra quem agit, prestare indemnitatem? An non dolo facit, qui petit quod statim eidē redditurus est, licèt alia actione? *l. dolo facit* 8. *infr de doli mal. except. l. in condemnatione* 173. §. *vlt. de regul. iur. l. si socer* 44. §. *Lucius infr. solut. matr.* DEC. Sicut incendium nunquam fit sine culpa inhabitantium aut saltem perrarò *l.* 3. §. 1. *de offic. praefect. vigil.* ita neque furtum sine culpa eius qui rem praesertim alienam, & sibi commodatam custodire diligentiùs debuit *l. cùm duobus* 52. §. *damna infr. pro socio l. videamus* 11. §. *vlt. infr. Locat.* Perdifficile enim est, vt diligenti patrifamilias furtum fiat, nisi à famulis & coniunctis personis, quae si non sint suspectae, furtum eo casu inter fortuitos casus numerandum est, non aliter, vt ad legem proximam scripsimus. Meritò igitur placuit commodatarios in hac specie teneri actione directa commodati, praesertim cùm id actum sit, vt commodatariorum periculum commune esse deberet. Quisquis enim de periculo tenetur, etiam de casu fortuito tenetur, nec de culpa hoc casu quaerendum est, nec eo minùs tenentur commodatarij quòd ipsi quoque vicissim furti actionem noxalem habeant, cùm actio haec nascatur ex delicto, illa ex contractu, nec semper tantùm sit in actione vna, quantum in altera, vt proinde altera per alteram non tollatur. Potest enim minùs esse in noxali actione furti, quàm in directa commodati, si fortè minùs sit damnum, quod seruus dedit, quàm quanti seruus ipse est. Ergo teneri hoc casu commodatarios aequum est directa commodati actione. Nec possum probare, quod nostri vulgò, post Accursium putant, intelligendum hunc §. de illo casu, quo cōmodans quoque perinde in culpa sit, valáque sua contubernalibus commodauerit, tam suo periculo quàm commodatariorum. Nam quod ponit Africanus, commodata fuisse vasa contubernalibus *communi periculo* ad solos contubernales eósque commodatarios referri debet, qui plures erant, non ad commodatorem. Contubernales enim iidémq; commodatarij soli tenentur, quod ostendunt verba illa *pro cuiusque parte* idque vir doctissimus Iacobus Cuiacius ad Africanum sentire videtur. Quamuis eo quoque posito, vt commodatariorum & commodatoris periculum commune esse deberet, & communi omnium culpa furtum factum esset, satis punita esset culpa cōmodantis, in eo quod furti admissi periculum pro sua parte agnoscere cogeretur, vt Accursius & Castrensis docent, nec nisi pro duabus tertiis aduersus commodatarios actionem habere posset. Illud sanè verum est, quod interpretibus placet, commodatarios hoc casu singulos teneri non in solidum, sed in viriles portiones, ob illa verba *communi periculo* quae hoc ipso quod periculi communionem inducunt inter commodatarios, inducunt etiam diuisionem, vt diximus ad *leg.* 5. §. *si duobus vehiculum supr. hoc tit.* Nec illud quoque improbo, quod Castrensis notat, aliud responsurum fuisse Africanum, si cum vasis seruus quoque commodatus fuisset, & cum subreptis vasis profugisset, nisi fugae culpam commodator praestitisset, vt scriptum est in *d. l.* 5. §. *si me rogaueris in fin.* vbi diximus *supr.* Sequitur

a *Sed & illi mecum furti serui nomine agere possunt.* Intellige cum Accursio, vt noxaliter agere possint, non aliter: neque enim ex delictis seruorum tenentur vnquam domini nisi noxaliter, praeterquàm si iis scientibus delictum admissum proponatur *l.* 1. 2. *& pass supr. de noxal. action.* Posset tamen etiam commodati actio contraria in hanc rem competere, non quidem ad damnum omnimodo sarciendum in solidum vt in *l. prox. seq.* sed vt vel damnum pro fure decidatur, vel seruus pro noxae dedito relinquatur, quasi potestas noxalis actionis etiam bonae fidei iudicio insit, vt subtiliter docet Cuiac. ex *l. inter causas* 26. §. *sed cùm infr. mandat. l. si seruum* 61. *in princip. infr. de furt.* sicut, inquit, & actio arbitraria *l in bonae fidei* 7. *supr. de eo quod cert. loc.* & actio de dolo *l. si quis adfirmauit supr. de dol.* Rursum intellige cum eodem Accursio, nisi commodatarij sint in dolo: nam quoties is cui commodaui, dolo aliquid fecit circa rem commodatam, agere mecum furti nō potest, ne ex dolo suo & improbitate actionem sibi acquirat *l. eum qui* 14. §. *item Pomponius iunct. l. itaque* 14. §. 1. *de furt.* Secus est si culpa tantùm interuenerit etiam lata, quamuis Cuiacius contrà putet: nec enim culpa delictum est & in commodato facienda est remissior interpretatio etiam circa dolum quàm in mandato, vel deposito *d. l. si seruus* §. *circa commodatum & seq. de furt.* vt diximus ad *l. in rebus* 13. §. *item qui sciens supr.* Planè quod Accursius requirit culpam aliquam commodatariorum interuenisse, vt furti actionem aduersus commodantem habeant, quoniam alioqui nihil eorum interesset, actio autem furti non alij datur, quàm ei cuius interest, non puto ad rem pertinere. Quandoquidem nulla etiam culpa interueniente in specie huius §. interesset tamen commodatariorum qui ea lege cōmodatum accepissent, vt etiam de periculo tenerentur, quod vtique nihil cum culpa commune habet: in ò verò tum maximè conuentionis huius potestas elucet, cùm neque dolus, neque culpa praecessit. Alioqui si neque conuentio haec neque culpa vlla intercesserit, furti certè agi non potest *dict. leg. eum qui* 15. §. *idem scribit infr. de furt.*

22. PAVLVS libro 12. ad Edictum.

SI seruus, quem tibi commodauerim furtum fecit: vtrum sufficiat contraria commodati actio, quemadmodum competit, si quid in curationem serui impendisti: an furti agēdum sit, quęritur? & furti quidem noxalem habere eum, qui commodatum rogauit, proculdubio est: contraria autem commodati tunc eum teneri, cùm sciens talem esse seruum, ignoranti commodauit.

Ad l. Si seruus meus 22.

RAT. DVB. Actionibus bonae fidei etiam noxales actiones insunt, vt ex Cuiacio diximus ad legem praecedentem ex *leg. inter causas* 26. §. *sed cùm seruus infr. mandat. leg. si seruus* 61. *in principio infr. de furt.* Ergo in specie huius legis, si seruus meus quem tibi commodaueram,

furtum tibi fecerit, non debuit Paulus distinguere, an sciente me, an ignorante furtum factum sit, vt si sciente me competat tibi tunc contraria actio commodati, si verò me ignorante, & tibi ignoranti, noxalem furti contra me habeas actionem. DEC. Contrariam actionem siue commodati siue aliam quamlibet, cùm dicimus, eam intelligimus quæ de indemnitate in solidum competit, non quæ ad noxæ deditionem. Nec enim contrariæ actiones sui natura sunt noxales, quamuis noxales insint contrariis, sicut in eo quod plus est, continetur quod est minùs *leg. in eo 110. de regul. iuris.* Ideóque noxales contrariis opponuntur, non tamen quasi contrariæ, sed quasi diuersæ tam in hac *leg.* quàm in *leg. si seruus pignori 31. infrà titul. proxim.* Cùm ergo quæritur an pro furto, quod seruus commodatus fecit, danda sit commodatario actio contraria aduersus commodantem, an noxalis, meritò adhibenda distinctio est, an sciente domino eodemque commodatore furtum factum sit, an eo ignorante, vt priore casu contraria commodati actio necessaria sit, ad plenissimam indemnitatem consequendam, sicuti si quid commodatarius in serui curationem impendisset *leg. in rebus 18. §. possunt supr. hoc titulo.* Posteriore verò noxalis tantùm competat, vel, quod effectu idem est, contraria quidem, sed alternatiuè, in id vt commodator vel damnum decidat, vel seruum pro noxæ dedito relinquat: quæ noxalis actionis natura & condicio est *leg. miles 6. §. decem infr. de re iudic. & tot. titul. de noxal. action.* Iunge *dict. leg. inter causas 26. §. sed cùm seruus infr. mandat. leg. si tibi domum 45. §. primo infr. locat.* vbi tamen dicitur extra conductionis causam, esse furtum à seruo conducto admissum, & in propriam persecutionem cadere, id est, in actionem furti, quæ tamen sit noxalis. Actio enim bonæ fidei tum quoque cùm noxalem in se continet, non ideò tamen noxalis propriè dicitur, sed quasi noxalis, vt scriptum est in *dict. leg. si seruus 61. in princip. infr. de furt.*

23. POMPONIVS libro 21. ad Quintum Mucium.

SI commodauero tibi equum, quo vtereris vsque ad certum locum: si nulla culpa tua interueniente, in ipso itinere deterior equus factus sit: non teneris commodati. nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter equum commodarim, qui eum laborem sustinere non potuit.

Ad l. Si commodauero vlt.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est, quæ ad *leg. eum qui 10. supr.* Nam cùm de culpa qualibet etiam leuissima teneatur commodatarius *leg. in rebus 18. in princip. supr.* non videbatur carere culpa is qui in tam longum iter vsus esset equo commodato, vt is ex itinere deterior factus esset. Sed contrà respondetur, imò verò nullam ipsius culpam esse, qui commodato equo in eam ipsam rem vsus est, in quam accepit *dict. leg. eum qui.* & culpam, si qua est, totam eius esse, qui commodauit, quippe qui non debuerit in tam longum iter equum commodare, vt eum laborem sustinere equus non posset. Planè si qua alia in re commodatarij culpa aliqua interuenerit, propter quam equus deterior factus sit, non faciet culpa præcedens commodatoris, quominùs de sua propria commodatarius teneatur *dict. leg. eum qui iunct. leg. 5. §. si reddita supr.* Adde *leg. si seruus seruum 27. §. penult. & leg. vltim. supr. ad leg. Aquil.*

DE PIGNO-

DE PIGNORATICIA ACTIONE, VEL CONTRA.

TIT. VII.

VLPIANVS libro 40. ad Sabinum.

PIgnus contrahitur non solùm traditione, sed etiam nuda conuentione, & si traditum non est.

Ad l.1. Pignus contrahitur.

RAT. DVB. Pignus est ex numero eorum contractuum, qui re tantùm, id est traditione, non etiam nudo consensu perficiuntur *leg. 1. §. creditor quoque infr. de oblig. & action. §. creditor Instit. quib. mod. re contr. oblig.* quamuis consensus in hoc quoque contractu, vt in omnibus cæteris necessarius sit *l. in omnibus negotiis 57. eod. tit. de oblig & action.* In eó que differt pignus ab hypotheca, quæ consensu nudo contrahitur *l. 4. infr. de pignor. l. si tibi 17. §. de pignore supr. dé pact. l. iusto 4. §. non mutat. infr. de vsucap.* quamuis extra hanc causam non possit constitui ius in re citra traditionem *l. traditionibus 20. Cod. de pact. l. 3. §. 1. supr. de vsufr. l. si partem 19. quemadmod. seruit. amitt.* Vnde est quod pignus contractum esse dicimus, cum manente penes debitorem proprietate possessio sola transit ad creditorem, hypotheca verò cùm nec possessio transit *l. si rem alienam 9. §. propriè & l. cùm & sortis 35. §. 1. infr. hoc tit.* Id est cùm nulla traditio interuenit, nec enim vlla traditio sine possessionis translatione, aut esse aut intelligi potest *leg. 3. infr. de action. empt. leg. clauibus 74. de contr. empt.* DEC. Pignoris appellatio & significatio duplex est, vna propria, altera impropria. Propria illa est, quæ traditionem exigit *d. l. si rem §. propriè* & ad res mobiles tantùm pertinet, quæ pugno teneri possunt. Pignus enim dictum est à pugno, quia res quæ pignori dantur manu traduntur *l. plebs est 138. §. pignus infr. de verb. signific.* Impropria rursus est duplex, vna, quæ traditionem quidem perinde requirit, sed ad quascunque res etiam immobiles refertur: nam & res immobiles æquè ac mobiles tradi possunt, licet non pugno. Sic passim nostri prudentes tractant de fundo & prædio pignori dato in *l. 1. §. cùm prædium l. si fundus 16. & pass. infr. de pignor.* Altera est, quæ nec traditionem exigit, sed nudo consensu & simplici pacto etiam nudo contenta est, quam rectiùs & magis propriè hypothecam appellamus *§. item Seruiana Instit. de action.* Et hoc est, quod ait Marcianus in *l. res hypotheca 5. infr. de pignor.* inter pignus & hypothecam nominis tantùm sonum differre, scilicet quantum ad effectum actionis hypothecariæ, vt Iustinianus explicat in *d. §. item Seruiana.* Perinde enim dat Prætor actionem ex nudo pacto hypothecæ, atque daret ex stipulatione aliove contractu ciuili: non quia pignus sit modici præiudicij, vt putat Bartolus, sed propter publicam hominum vtilitatem, & quia hypothecæ obligatio semper accessoria est, ideóque fauorabilior nunquam principalis, vt dixi ad *l. 1. supr. de constit. pecun.* Quam actionem interpretes vulgò hypothecariam vocant, prudentes elegantiùs, quasi Seruianam quòd inducta sit ad exemplum actionis Seruianæ, quæ primùm à Prætore Seruio proposita est de rebus coloni in prædium rusticum inuectis, & pro pensione domino prædij nuda conuentione obligatis *d. §. item Seruiana*, interdum etiam pignoratitiam, vt in *leg. rem alienam 41. hoc tit. l. si Titio 22. infr. de pignor.* & alibi sæpe. Etsi pignoratitiam actionem simpliciter cùm nostri dicunt, eam intelligunt, de qua in hoc Tit. id est, quæ debitori competit soluto debito contra creditorem, vt pignus quod acceperat, pro debito restituat, non illam quæ datur creditori, siue contra debitorem, siue contra quemlibet alium pignoris possessorem ad pignus vindicandum. Hæc enim de qua in *tit. de pignor.* in rem est, non in personam, & aduersus quemcunque possessorem datur *l. pignoris 17. infr. ill. tit. l. pignoris 15. C. eod.* ideóque vindicatio pignoris appellatur *l. si fundus 16. §. in vindicatione infr. ill. tit.* At illa de qua in hoc tit. merè personalis est, nec arbitraria, qualis est hypothecaria *§. præterea Instit. de action.* sed bonæ fidei *§. actionum eod. tit.* datúrque non contra possessorem, sed contra debitorem solum, etiamsi rem pignoratam non possideat, heredémve ipsius. Hypothecaria directa actio est, nec vllam habet contrariam: pignoratitia verò, de qua nunc agimus, duplex est, vna directa, quæ debitori aduersus creditorem competit de pignore dato restituendo postquàm solutum est, aut aliter satisfactum creditori *dict. l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia infr.* Altera contraria, quæ vicissim datur creditori contra debitorem ad sumptus repetendos, quos in rem pignoratam fecit, aut si quid aliud ex ea causa impenderit *l. tutor 16. §. contrariam infr.* Ex quo apparet, quod scripsit Iustinianus in *l. 2. §. sequentem 5. C. de veter. iur. enucl.* actionem hypothecariam non longè admodum ab actione pignoratitia distare, non alium sensum habere posse, quàm quòd vna alteri quodámmodo consequens esse videatur: conuentio enim pignoris sicut inducit hypothecariam fauore creditoris, vt pignus per-

sequi & vindicare possit. Ita & soluto quandocunque debito inducit pignoratitiam fauore debitoris, vt pignus à se datum recuperare possit. Ob idque Papinianus in *l. pen. infr.* hanc actionem vocat iudicium, quod de pignore dato proponitur, scilicet reddendo, non vindicando. Cæterùm pignoratitia de qua in hoc tit. non competit, nisi de pignore tradito, & cuius possessio in creditorem translata sit. Nec enim posset creditor restituere pignoris possessionem, quam nunquam habuisset: Hypothecaria verò contrà non competit nisi de pignore non tradito, sed nuda conuentione obligato, vt pignoris possessionem quam nondum habuit, nancisci possit *d. l. si fundus 16. §. in vindicatione de pignor.* Nam si pignus propriè contractum sit, hoc est ita vt rei obligatæ possessio translata fuerit in creditorem, nulla prorsus actio creditori competere potest, id est neque pignoratitia neque hypothecaria, quia pro rebus corporalibus nulla possessori actio prodita est *§. 1. Instit. de act.* quoniam nec actione indiget is qui possidet, cùm sibi consulere possit per retentionem *l. 1. in princip. infr. de pignor.* Sed debitori omni casu necessaria est actio, vt rem à se datam pignori & pro debito obligatam possit soluto debito recipere: cùm non fuerit ei permittendum, vt rem pignoratam propria authoritate recuperet, nec si vinculo & nexu pignoris liberata sit, quemadmodum nec creditori hypothecario permittitur sua authoritate vel debitum exigere, vel pignus vindicare, nisi de eo expressa conuentio facta sit *leg. extat 13 supr. quod met. caus. l. 3. C. de pignor. l. miles 6. §. qui iudicati infr. de re iudic.* Scio debitorem qui rem suam pignori datam, offerendo aut aliter satisfaciendo liberauit, posse si malit eam quasi suam, & iure dominij vindicare, nec proinde personali actione ista indigere, vt rem suam recipiat. Sed dico incommodam plerunque esse directam rei vindicationem, quia exactam & concludentem dominij probationem exigit, quæ vt plurimùm difficillima est *§. commodum Instit. de interd.* Cùm tamen pigneratitia nihil nisi conuentionis & solutionis aut satisfactionis probationem requirat, adeóque interdum sola oblatione contenta est, quæ modò in iudicio facta sit etiam post institutã actionem *d. l. si rem 9. §. vlt. inf.* Præter id quod actio pignoratitia bonæ fidei est, habétque plenissimas præstationes, vindicatio autem omnis, id est, siue dominij siue pignoris arbitraria est *l. & ex diuerso 35. §. 1. leg. qui restituere 68. supr. de rei vindic.* & idcirco non tam facilè nec nisi per ambages expediri potest. Facti enim cognitionem & de rei dominio priùs pronunciari oportet, deinde arbitrium ferri de re restituenda, vt ad sententiam & condemnationem perueniatur. Sed & interdum euenit, vt quis rem alienam pignori dederit: quo casu licèt pignoris obligatio ipso iure non teneat, nisi aut ex domini voluntate fact. sit *l. aliena 20. hoc tit. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* aut pignus pignori datum proponatur *tit. C. si pignus pignor. dat. sit.* non eo minùs tamen tenetur creditor, cui solutum debitum, alitérve eo nomine satisfactum est, vt rem pignoratam cuiuscunque sit debitori restituat, qui tamen eam tanquam alienam vindicare, etiamsi maximè vellet, non posset. Est igitur non solùm commodior, sed etiam latiùs patens actio pigneratitia, quæ ex contractu nascitur, quàm vindicatio dominij, quæ non nisi dominium ex parte actoris pro causa habet, & ex parte eius qui conuenitur, præsentem possessionem *l. non aliàs 24. §. sed si postulatur supr. de iudic. l. vnic. C. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* Hæc ad pignus conuentionale pertinent, de quo & totus hic titulus est. Nam de prætorio de quo Accursius & Bartolus hîc latiùs tractant, accommodatior erit dicendi locus ad *l. non est mirum 26. §. 1. infr.*

1 ¶ Si igitur contractum sit pignus nuda conuentione: videamus, si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, & æs dederit, an obligauit aurum pignori. & consequens est, vt aurum obligetur, non autem æs: quia in hoc non consenserunt.

Ad §. 1. Si igitur.

RAT. DVB. Ad obligationem pignoris constituendam, siue propriè pignus accipias, siue impropriè pro hypotheca præsenti consensu opus est, non qui ad futurum tempus referatur *leg. qui autem 14. §. 1. supr. de constit. pecun. l. in omnibus negotiis 57. infr. de oblig. & action.* Atqui cùm quis aurum ostendit, quasi daturus pignori, & nihilominùs æs dedit, non videtur debitor consensisse in auro dando, sicut nec creditor in accipiendo ære, quin potiùs fatendum est, debitorem animum habuisse decipiendi creditoris, propter quam causam etiam de stellionatu teneri eum scribit Vlpianus in fine huius legis: nec præsens consensus est, cùm quis ostendit aurum quasi pignori daturus, nisi det in tempore præsenti, aliud enim est dare rem pignori, aliud verò pignori dare velle: sicuti diximus ad *l. vlt. supr. de condict. caus. dat.* aliud esse vendere, aliud verò pacisci de vendendo, denique aliud est pacisci, aliud decipi *l. qui cum tutoribus 9. §. 1. supr. de transact.* Ergo quamuis hodie post inductam à Prætore hypothecariam ex nudo pacto pignoris, nascatur iure honorario & obligatio & actio, non tamen consequens est, vt aurum pignori obligatum sit, non solùm quia traditum non est, (ea namque ratio concludit tantùm pignus propriè non esse secundum ea quæ proximè scripsimus) sed etiam quia non habuit debitor animum auri obligandi, qui pro auro æs subiecit & tradidit, sicut neque æs obligatum est, quia in accipiendo eo creditor non consensit. DEC. Neque pignus neque hypotheca specialiter contrahi potest, nisi certi corporis: genus enim nunquam obligatur, ne tum quidem cùm generaliter bona debitoris omnia pignori sunt obligata: resoluitur namque generalitas in suas singularitates *l. falsa 33. §. vlt. infr. de condic. & demonstr.* quia pignoris obligatio rem ipsam afficit quæ obligata est, & tribuit creditori ius non solùm ad rem sed in re *l. 1. l. pignoris 17. & pass. infr. de pignor. l. si creditor 7. §. vlt. infr. de distract. pignor.* affici autem genus non potest, vt neque tradi neque tangi cùm sit incorporale *leg. 1. §. vlt. supr. de rer. diuis.* & apud Iustinianum *tit. de reb. corpor. & incorp.* sufficit ergo vt sit consensum in corpore de quo obligando actum est, quemadmodum & in stipulatione dici solet *l. si id quod 22. infr. de verb. oblig.* Alioqui deciperetur creditor qui non fuerat sine pignore crediturus, si neque aurum ostensum, neque æs

quod

quod traditum fuit, obligatum esse diceremus. Etsi enim traditione pignus propriè constituitur, non tamen ita accipi debet, vt incipiat pignus à traditione. Inutilis siquidem traditio est, nisi præcesserit consensus de re obliganda: Quo consensu præcedente inutilis quoque traditio est ad pignoris obligationem constituendam, quæ iam satis nudo consensu constituta est. Venditionis alia ratio esse creditur ex *l. quid tamen 14. infr. de contr. empt.* Valet enim venditio etiam generis, quia non sicut per pignus, ita & per venditionem res afficitur, sed persona tantùm obligatur *l. rem alienam 28. eod. tit.* Quod tamen an verum sit, quoniam obstare videtur, quod scriptum est in *l. cùm ab eo 41. §. vlt. eod. tit.* dicendum erit latiùs ad *d. l. quid tamen.* Illud non improbo, quod ex hoc loco nostri notant, quoties ob vtilitatem alterutrius contrahentium, siue ex causa doli, siue ex alia, contractus nullus aut inutilis est, habendum tamen esse pro valido, si is velit, qui deceptus est, ne quod eius fauore constitutum est, in ipsius odium retorqueatur. Hoc enim fauor decepti postulat, & odium decipientis, vt hîc Bartolus notat ex *l. & eleganter 7. in princip. supr. de dolo leg. sub prætextu 19. C. de transact. l. si creditoribus 5. C. de seruo pignor. dat. manum. l. non eo minùs 14. C. de procurat. l. penult. C. ad SC. Trebell.* quamuis extra hunc casum non debeat esse in potestate vnius contrahentium, vt contractus valeat, aut plus minúsve comprehendat *l. si vina emerim 6. infr. de peric. & commod. rei vendit.*

a *Si quis tamen cùm æs pignori daret.* RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad sententiam præcedētem, nisi quòd cùm debitor adfirmauit æs, quod dabat pignori, aurum esse, tanto magis apparet non in hoc consensisse contrahentes, vt æs daretur pignori, sed vt aurum, ideóque tanquam deficiente consensu pignus non tenere videbatur, licèt secuta traditione, quia nec aurum, sed æs traditum fuit. Sed magis esse, Vlpianus ait, vt pignoris obligatio teneat, quia verum est consensum esse in corpore, non in qualitate & substantia materiæ. Quid enim aliud exigimus ad obligationem pignoris in eo corpore quod ostenditur constituendam, quàm vt consensum sit in corpore? Nec quod dolus debitoris hoc casu euidentior sit, ad rem facit: Tanto magis enim dicendum est, contractum tenere fauore decepti creditoris, si id malit, iuxta ea quæ proximè scripsimus.

b *Tenebitur tamen pigneratitia contraria actione, qui dedit.* RAT. DVB. Pignoratitia actio contraria non potest latiùs patere quàm directa, dicitur enim contraria ex comparatione directæ. Atqui non potest directa actio pignoratitia competere soluto debito, nisi ad restitutionem eius corporis, quod pignori datum est æneum, licèt conuenerit, vt daretur tanquam aureum. Pignoratitia enim cùm nomen sumat à pignore, non potest latiùs patere quàm pignus ipsum. Et absurdum esset debitorem dato ære in pignus, reposcere aurum quod non dedisset. Ergo neque contraria actione pignoratitia teneri potest debitor, qui dedit æs pro auro, vt præstet quanti creditoris interest aurum pignori datum fuisse. Et quamuis debitor in dolo fuerit qui falsò adfirmauit aurum esse, quod dedit pignori, cùm æs esset, videtur tamen ea res inducere debere actionem subsidiariam de dolo potiùs, quàm actionem contrariam pignoratitiam, ne dolus maneat impunitus. DEC. Actiones contrariæ sicuti inductæ sunt ex æquitate & bona fide, ita tam latè patent, quàm æquitas ipsa quæ illas inducit, nullis enim aliis finibus aut dilatantur aut coercentur quàm æquitatis, quæ circa ipsum negotium versatur, ex quo proficiscuntur. Itaque licèt directa actio non competat, contraria tamen non eo minùs danda est, si eius dandæ aliqua subsit æquitas, quæ semper subest, quoties indemnitati eius qui contrariam actionem exercere vult, consulendum est *leg. ei apud quem infr. deposit. l. in commodato 17. §. 1. & l. seq. §. vlt. supr. tit. prox.* Atqui cùm debitor pro auro dedit æs pignori, quod affirmauit aurum esse, non potest consultum esse indemnitati creditoris, nisi præstetur ei quanti ipsius interest, aurum pignori datum fuisse, quò magis ei cautum sit, non enim datur pignus, vt neq; fideiussor, nisi vt debitum magis sit in tuto *l. si mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. addici inf. de fideic. libert.* Ergo nihil causæ est, cur non hoc nomine danda sit creditori actio contraria, per quam fiat, vt plenissimam indemnitatem consequatur. Nam quod debitor in ea re dolum admiserit, non inducit necessitatem proponendæ actionis de dolo, cùm sufficere possit contraria pignoratitia, quæ sicut bonæ fidei est, ita de dolo actionem non minùs quàm exceptionem vi ipsa in se continet *leg. si quis affirmauit 9. supr. de dolo.* Nunquam enim Prætor dat actionem de dolo, quæ quoniam damnato infamiam irrogat, semper odiosa est, nisi alio quolibet auxilio, siue ordinario, siue extraordinario deficiente *l. 1. §. 1. & §. idem Pomponius & pass. eod. tit.*

c *Præter stellionatum quem fecit.* RAT. DVB. Quod in causis ciuilibus est actio de dolo, hoc in criminalibus est stellionatus persecutio *l. 3. §. 1. infr. de crimin. stellion.* Atqui in proposita specie, licèt dolus commissus sit, actio tamen de dolo non habet locum, quia contraria actio pignoratitia potest sufficere, vt proximè diximus. Ergo neque persecutio stellionatus hoc casu locum habere potest. DEC. Actio quælibet competens siue ordinaria siue extraordinaria excludit actionem de dolo, quæ non nisi subsidiaria est: sed non excludit accusationem & persecutionem stellionatus, quæ etsi nec ciuilis & priuata nec publica est, cùm stellionatus iudicium publicum non sit, tamen extraordinariam habet coercitionem *l. 1. l. 2. & d. l. 3. §. 1. de crimin. stellion.* quamuis cum *dict. leg. 2.* pugnare videatur, quod scriptum est in *leg. quid ergo 13. §. vlt. supr. de his qui notant. infam.* vbi scripsimus. Publicè autem interest extra ordinem puniri eos, qui contra legum ordinem & præscriptum deliquerunt *l. ita vulneratus 51. §. vlt. supr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de solut.* Ergo quod actio pignoratitia contraria competat creditori, non debet ei adimere accusationem & persecutionem stellionatus, quæ in eo fauorabilior est, quàm actio de dolo. Quamuis non negem fauorabilius esse creditori, vt habeat contra debitorem contrariam actionē, quàm vt stellionatus persecutionem: Quia de stellionatu agi non potest, nisi probato dolo, sine quo nec delictum vllum esse potest, dolum autem semper excludit ignorantia, & consequenter stellionatum. At non æquè contrariam actionem pignoratitiam, quæ nihil aliud exigit, nisi vt ex æquitate indemnitas creditori præstanda sit, nec tam ad puniendum debitoris dolum datur, quàm ad indemnem seruandum creditorem *l. tutor 16. §. primo infr. hoc titul. dict. leg. ei apud quem 5. infr. deposit.* Iungo *leg. si quis in pignore 36. infr. hoc titul.*

2. POMPONIVS libro 11. ad Sabinum.

SI debitor rem pignori datam vendidit & tradidit, túque ei nummos credidisti, quos ille soluit ei creditori, cui pignus dederat, tibique cum eo conuenit, vt ea res, quam iam vendiderat, pignori tibi esset: nihil te egisse constat: qui rem alienam pignori acceperis. ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere cœpisse. neque ad rem pertinuisse, quòd tua pecunia pignus sit liberatum.

Ad l. Si debitor 2.

RAT. DVB. Is, ex cuius pecunia creditor pignoratitius dimittitur, hoc ipso succedit in ius & locum prioris creditoris, dummodò conuenerit ipse de pignore, & vt pecunia ad priorem illum creditorem perueniret *l. 1. 2. & 3. C. de his qui in prior. credit. loc. succed.* Quemadmodum & is cuius pecunia peruenit ad creditorem chirographarium tantùm, sed habentem priuilegium inter chirographarios, succedit in priuilegium anterioris, non solùm si pecunia statim profecta sit ab inferiore creditore ad priuilegiarium, sed etiam si per mediam creditoris personam, si modò non post aliquod interuallum id factum sit *l. si ventri 24 §. vlt. infr. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 9. §. vlt. de priuileg credit.* Ergo si debitor rem pignori datam vendiderit & tradiderit, túque nummos ei credideris, quos ille soluerit creditori, cui pignus dederat, tibique cum eo conuenerit, vt ea res quam iam vendiderat, pignori tibi esset, dicendum est, te in locum creditoris successisse, cùm in tua persona duplex illa ratio cōcurrat, quòd & tua pecunia dimissus est prior creditor & speciali conuentione eadem res pignori data tibi est, quæ priori data fuerat. DEC. Aliena res pignori dari non potest, nisi accedente domini voluntate *l. aliena 20. hoc tit. leg. 1. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit. l. & quæ nondum 15. § quod dicitur & pass. infr. de pignor.* Aut sub conditione, si quandoque res illa fiat debitoris *l. si fundus 16. § alienа res eod. tit.* Atqui res debitoris ab eo pignorata creditori, deinde alij vendita & tradita, cœpit esse aliena, factáque emptoris per traditionem ex causa venditionis factam *§. vendita Instit. de rer. diuis. l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Ergo conuentio pignoris posteà secuta cum creditore ex cuius pecunia prior creditor dimissus est, nullum ius pignoris dare potuit nouo creditori in re facta iam aliena. Verum igitur est, quod Pomponius his scribit, posteriorem hunc creditorem tali conuentione nihil egisse, quia rem alienam pignori acceperit. Ea namque ratione emptorem cœpisse liberatum pignus habere, vt proinde creditor ea pactione emptori magis quàm sibi profuerit, licet non id inter ipsum & debitorem ageretur, vt emptori prodesset conuentio. Nec enim ad hunc casum pertinet quod dici solet, actus non operari vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & præced. supr. de reb. credit.* Fit namque hoc ex necessitate negotij, cùm non possit manere pignus obligatum soluto debito *leg. si rem 9. §. omnis pecunia & seq. infr.* Et quemadmodum plerunque accidit, vt extra id quod agitur, obligatio aliqua tacita nascatur *l. si qui 13 in fin. supr. tit. prox.* Ita & multo faciliùs admitti potest, vt ex eo actu, qui fit ad inducendam obligationem, nascatur liberatio. Quamquam verum est, liberationem hoc casu induci, non extra id quod agebatur, sed ex parte secundum id quod agebatur. Quid enim aliud agebat debitor, cùm pecuniam mutuam à posteriore creditore accipiebat, eámque priori soluebat, quàm vt pignus à priore creditore liberaret, idémque posteriori obligaret? Alterum verò facere potuit, id est pignus à priore creditore liberare, alterum non potuit, id est pignus illud à priore creditore liberatum posteriori obligare. Itaque non operatur actus hoc casu vltra intentionem agentis, sed minùs quàm fuerit in agentis intentione, quod vtique non est nouū, quoties potestas iuris cū voluntate hominis non concurrit, vt in *l. quoties 9. in princip. infr. de hered. instit. leg. multùm interest 8. C. si quis alter vel sib. leg. 4.* vbi Baldus notat *infr. de acquir. hered.* Minùs obstat si quis obiiciat pignus pignori dari posse, quo casu rem alienam pignori dari necesse est, cùm pignus rei propriæ non consistat *leg. vnic. C. si pignus pignor. dat. sit l. neque pignus 45. de regul. iur.* Etsi enim pignus respectu primi creditoris aliena res est, cùm tamen dat illud pignori, non tam rem alienam obligat, quàm ius pignoris quod habet in ea re, quódque suum est. Cæterùm pignus quod ei à primo debitore datum est, necesse est fuisse in dominio prioris debitoris eo tempore. Alioqui non posset tanquam pignus dari pignori ea res, quæ nullo pignoris vinculo teneretur, neque verò in hac lege ponimus datum fuisse pignus pignori à pignoratitio creditor, sed à debitore ipso, & quidem eo tempore quo neque dominij neque pignoris ius vllum ampliùs in ea re habebat. Fateor posse accidere, vt posterior creditor in prioris locum succedat hoc ipso, quod ex pecunia ipsius creditor prior dimissus est, siue prior ipse creditor posteriori soluerit, nulla etiam alia pactione interueniente, siue posterioris creditoris pecunia ad ipsum debitoré priùs peruenerit, sed ea lege vt ex illa pecunia prior creditor dimitteretur *d. l. 1. 2. & 3. C. de his qui in prior. credit. loc. succed.* Eius qui pignus à debitore emit, alia ratio est. Licet enim precium ad creditorem peruenerit, non ideò tamen succedit in pignus & ordinem creditoris, nisi conueniat ipse primùm de pignore *l. Aristo 3. infr quæ res pignor. oblig. poss.* In eóque melior est conditio creditoris quàm emptoris soluentis. Emptor enim siue debitori eidémq; venditori suo soluat, siue creditori venditoris, non aliam ob causam soluere intelligitur, quàm vt se liberet, non etiam vt aliquod sibi ius & actionem à creditore acquirat, quia debitor ipse est, eíque debet sufficere, quod soluendo acquirat sibi liberationem, non etiam actionem. At cùm posterior creditor soluit anteriori, cùm non sit ipse debitor, non alia mente potest videri id facere, quàm vt anterioris creditoris ius sibi acquirat. In chirographariis creditoribus, cùm ex posterioris pecunia prior priuilegiarius dimissus est, facilius est vt hoc ipso non priuilegiarius succedat in locum priuilegiarij *dict. leg. si ventri §. vltim. de reb. author. iudic. possid.* quia facilius est, vt priuilegium causæ, acquiratur quàm priuilegium temporis, & ordo priuilegij quàm pignoris.

3. IDEM

3. IDEM libro 18. ad Sabinum.

SI quasi recepturus à debitore tuo comminus pecuniam, reddidisti ei pignus, ísque per fenestram id misit, excepturo eo, quem de industria ad id posuerat. Labeo ait, furti te agere cum debitore posse, & ad exhibendum. & si agente te contraria pigneraticia, excipiat debitor de pignore sibi reddito: replicabitur de dolo & fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatũ id intelligitur.

Ad l. Si quasi 3.

RAT. DVB. Soluto debito sicut liberatur pignus, ita & nascitur actio pignoratitia *leg. si rem 9. §. omnis pecunia infr. hoc tit. leg. item liberatur 6. infr. quibus modis pign. vel hypoth soluit.* Atqui nihil interest, an soluta sit pecunia debita, an verò fides habita sit de solutione *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. infr. de action. empt. l. 5. §. sed si dedi penult. infr de tribut. action.* Porrò satis habet fidem de soluto debito creditor, qui quasi comminus & statim accepturus pecuniã debitam, reddit pignus creditori: Nam & pro facto haberi solet, quod in eo est, vt proximè fiat *l. penult. infr. de testam. milit.* Ergo licet posteà contigerit, vt pecunia nulla creditori soluta sit, non eo minùs tamen liberatum pignus intelligi debet: Et consequenter non est danda creditori actio furti aut ad exhibendum contra debitorem, licet ipse creditor vt pignus redderet, illud per fenestram miserit, excepturo eo quem debitor de industria ad id posuerat. Sed imputare sibi potiùs debet creditor, qui pecuniam sibi debitam habuerit pro soluta, priusquàm solueretur. Multo minùs dicendum est agente debitore pignoratitia actione dãdam creditori replicationem de dolo, cùm nihil possit videri dolo malo factum à debitore, qui non modò ex creditoris voluntate, sed etiam per ipsas creditoris manus pignus receperit. DEC. Dolus & mala fides abesse debet ab omni contractu *l. bonam fidem 4. C. de obligat. & act.* sed maximè à contracto bonæ fidei, cui nihil tam cõtrarium est, quàm dolus *l. si dolo 5. C. de rescind. vendit. l. 3. in fin. infr. pro socio.* Atqui contractus pignoris bonæ fidei est *§. actionum Instit de action. l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. action.* Ergo bonam fidem in eo adesse oportet, siue de contrahendo siue de dissoluendo pignore tractetur, & siue de tradendo eo, siue de reddendo. Atqui non potest videri debitor bona fide versatus in dissoluendo pignore, & recipienda re obligata, cùm receperit quasi pecuniam statim soluturus, quam tamen neque tum incontinenti, neque posteà ex interuallo soluerit. Non enim pignus creditor reddidisset, nisi se pecuniam statim accepturum sperasset. Proinde non tam redditum hoc casu pignus aut remissum, quàm per fraudem & fallaciam ablatum intelligitur, vt Pomponius hîc scribit. Cúmque non ex voluntate libera creditoris, sed ex proprio suo dolo pignus debitor receperit, consequens est, vt ex ea causa furti quoque actione teneatur. Deníque ad exhibendum, quæ actio furti actionem semper concomitatur quandiu idem fur & rei furtiuæ possessor est *leg. si pro fure 7. §. 1. supr. de condict. furt.* Nec enim nouum est, vt quis etiam rei suæ furtum faciat, si modò eam abstulerit, & contrectet inuito eo, qui iustam eius retinendæ causam habuisset *l. si is qui rem 59. l. si is qui rem pignori 66. in princ. infr. de furt. §. vnde constat Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Ergo non potest hoc casu recusare creditor, quin & furti & ad exhibendum actione teneatur, multo magis si agat pignoratitia, vt pignus quasi iam redditum persequatur, quod fortè ad creditorem redierit, doli replicationem pati debet, quia dolo facit qui & pignus habere vult, nondum soluto debito *d. l. si rem 9. §. vlt. infr.* & debitum haberi pro soluto, quod ipse nunquam soluerit. Non tam enim videtur fidem creditor habuisse de solutione pecuniæ, quàm solutionem sperasse promissam sibi à debitore, quod sanè ad pignoratitiam inducendam sufficere non potest, nam nec remissum debitum intelligitur ex sola pignoris redditione, adeóque nec pactum de non petendo inducitur ex pignoris cautione, quomodo ex cautionis & chirographi restitutione induceretur *leg. 2. & 3. supr. de pact.* Vt non malè Bartolus hîc, & hinc notet, eum fidem de precio soluto non habere, qui putat statim sibi solui, sed eum solum, qui spe futuræ aliquando solutionis habet pecuniam pro soluta, accepto in eam rem fideiussore aut expromissore, aut facta etiam vt fieri solet debiti nouatione *d. l. quod vendidi & d. l. vt res de contr. empt.* Iunge *leg. si quasi accepturi 7. C. de non numer. pecun.*

4. VPIANVS libro 41. ad Sabinum.

SI conuênit de distrahendo pignore, siue ab initio, siue postea: non tantùm venditio valet, verùm incipit emptor dominium rei habere: sed etsi non conuenerit de distrahendo pignore: hoc tamen iure vtimur, vt liceat distrahere: si modò non conuenit, ne liceat: vbi verò conuenit, ne distraheretur [a]: creditor, si distraxerit, furti obligatur: nisi ei ter fuerit denuntiatum [b], vt soluat, & cessauerit.

Ad l. Si conuênit 4.

RAT. DVB. Nemo plus iuris in alium transferre potest, quàm ipse habeat *l. nemo plus iuris 71. de regul. iur.* Neque traditio quælibet transfert dominium, sed ea tantùm quæ fit à domino, & quidem ex præcedente titulo habili ad transferendum dominium *l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. infr. de acquir.*

rer. domin. leg. clauibus 74. *de contr. empt.* Atqui creditor pignoratitius non est dominus pignoris, cùm neque pignus rei propriæ consistere possit *l. neque pignus* 45. *de regul. iur.* nec rursum titulus pignoris est habilis ad transferendum dominium, quia non id agit creditor, qui pignus accipit, vt eius dominium sibi acquirat, sed tantùm vt pro pecunia sibi debita cautum habeat, & debitum sit in tuto *l. si mandatu* 59. *§. vlt. infr. mandat. l.* 4. *§. addici* 8. *de fideic. libert.* Ergo si pignoratitius creditor pignus distrahat, siue ex conuentione cum debitore facta, siue citra conuentionem, non potest emptor incipere dominium habere eius rei, quam à non domino comparauit. Non enim pactis & conuentionibus, sed traditionibus tantùm, & quidem à vero domino factis rerum dominia transferuntur *leg. traditionibus* 20. *C. de pact.* Dec. Quemadmodum aliquando accidit vt is, qui dominus est, tradendo tamen dominium non transferat, vt cernere est in marito fundum dotalem distrahente contra legem Iuliam, & in prodigo vel minore aduersus legis aut Prætoris prohibitionem distrahente *Instit. quib. alien. licet vel non l. si ab eo* 12. *infr. de vsucap.* Ita è contrario interdum euenit, vt qui non est dominus, rei tamé alienæ dominium transferat in accipientem, si modò titulus habilis præcedat ex quo transferri dominium possit, puta venditionis. Id verò euenit maximè in specie huius legis, id est creditore pignus distrahente *leg. non est nouum* 46. *de acquir. rer. domin.* non solùm si ex voluntate debitoris eiusdémque domini id faciat, quod contingit, si conuentio præcesserit de distrahendo pignore, quo casu perinde habenda traditio est, acsi à domino ipso facta esset (nihil enim refert, an quis per se contrahat, & tradat, an per alium *leg. quia perinde* 41. *ad SC. Trebell. l.* 5. *§.* 1. *de admin. tutor. l. qua ratione* 9. *§. nihil autē interest l. si procurator* 35. *de acquir. rer. domin.*) sed etiam si nulla conuentio præcesserit, quia in omni pignoris datione id semper agitur, vt creditor pignus possit vendere, quoniam alioqui pignus esset inutile, quod vendi non posset *l. mulier* 11. *& tot. tit. C. de distract. pignor.* Cur enim datur pignus, nisi vt ex eius venditione possit creditor sibi satisfacere, & pecuniam sibi debitam explicare? *l. à diuo Pio* 15. *§. si pignora & pass. de re iudic.* Mirum igitur non est ex pignoris venditione per creditorem quoquomodo facta, id est siue ex conuentione, siue citra conuentionem transferri dominium in emptorem, quasi facta omni casu & venditione, & traditione ex domini voluntate saltem tacita §. 1. *Instit. quib. alien. licet vel non & d. l. non est nouum.* Sed hoc tamen ita accipiendum est, si creditor bona fide pignus distrahat. Intelligitur autem ita demùm distrahere bona fide, si & priùs denunciauerit debitori vt solueret *l. vlt. §. 1. C. de bon. author. iudic. possid.* & eo non soluente pignoris venditionem proscripserit, & publicè fecerit *l. si eo tempore* 6. *l. si hypothecas* 8. *C. de remiss. pignor. l.* 1. 2. 3. *&* 4. *C. si vendit. pignor. agat.* Sunt enim hæ solemnitates non tantùm iuris noui, vt malè putat Accursius, sed etiam veteris *l. creditor* 4. *l. quæ specialiter* 9. *C. de distract. pignor.* nimirum cùm creditor ex necessitate iuris distrahit, non ex pacto & conuentione vt dicemus ad *l. eleganter* 24. *§. penult. infr. hoc tit.* Facta verò pignoris venditione bona fide, vsque adeò transfertur dominium in emptorem, vt de proprietate vinci non possit *l. qui à creditore* 18. *C. de distract. pignor.* si modò traditio secuta sit, aut quod effectu idem est, si emptor inductus sit in vacuam rei obligatæ possessionem *leg. qui prædium* 13. *eod. titul.* Adeóque plus iuris habet, qui à creditore non domino emit, quàm qui à debitore eodémque domino, quod ei offerri debitum posterior creditor non potest, quomodo posset ei offerre qui à debitore ipso comparasset *l.* 1. *&* 2. *C. si antiq. credit. pign. vendid.* vnde est quòd creditor de euictione non tenetur, nisi hactenus, vt se præstet creditorem potiorem & bona fide venditorem *leg.* 1. *&* 2. *C. credit. euict. pignor. non deber.* siue aliena res pignori data proponatur, quam dominus euincat posteà, siue quæ alij creditori anteriori pignoris iure fuerit priùs obligata: duæ enim sunt hæ causæ ex quibus euictio sequi solet *l. si quis mancipium* 34. *§. vlt. & l. seq. infr. de euict.* Cùm autem dicimus eum qui à creditore emit, non posse vinci de proprietate, de eo creditore intelligimus, qui rem debitoris pignori acceperit, non de eo qui alienam, quia nec pignus rei alienæ tenet *leg.* 2. *supr.* Priùs autem est, vt iure teneat, quàm vt iure vendi possit: de ea siquidem venditione tractamus, quæ facta sit à creditore iure creditoris. Ergo quæ facta sit iure. Ad differentiam scilicet illius quæ fit officio & imperio iudicis, licet vrgente ipso creditore. Cuiusmodi sunt ferè omnes venditiones quæ hodie fiunt. Non tam enim à creditore, quàm à debitore ipso fieri intelliguntur, quia factum iudicis est factum partis *l.* 1. *&* 2. *C. si in caus. iudic. pign. capt. sit d. l.* 1. *C. si antiq. credit. pign. vendid.* Indéque fit quod hoc casu debitor, cuius res vendita est, & cui solutio proficit, de euictione tenetur, non creditor, qui rem vendi postulauit *l. si ob causam* 13. *C. de euict.* Huiusque rei argumentum fortissimum est, quod hodie cùm pignus authoritate iudiciali, & postulante creditore distrahitur, non solùm potest creditor illud emere, sed etiam officio iudicis cogitur, vt emat vice extranei emptoris *d. l.* 2. *C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Quod facere non posset, si venderet ipse iure creditoris. Nec enim potest idem esse emptor, & venditor, cùm necessario debeant esse distinctæ personæ venditoris & emptoris *l.* 1. *infr. de rer. permut.* Adeò vt si creditor qui pignus vendit iure creditoris, emat illud per suppositam alterius personam, nihil agat, eáque venditio nullius sit momenti *l. & qui sub imagine* 10. *Cod. de distract. pignor.* Ex quo apparet, quàm grauiter decipiantur nostri pragmatici, qui leges omnes & Rubricas Pandectarum, & Codicis de distractione pignorum loquentes, ad eas venditiones accommodant, quæ hodie sub hasta fiunt postulantibus creditoribus authoritate iudicis, cuius de ea re notio est. Quæ tamen non ad alium titulum pertinent, quàm ad supradictum, *si in caus. iudic. pign. capt. sit & ad d. l. à diuo Pio* 15. *de re iudic.* Omnia enim pignora venduntur hodie tanquàm iudicialia, quoniam hodie pignora omnia etiam conuentionalia iudicis authoritate capiuntur, vt distrahantur, nec priuata pignoris venditio & extraiudicialis ferè vlla fit, sed omnes fiunt publicè, & authoritate iudicis interueniente. Ideò fortassis, vt arbitror, quòd plerique creditorum inhient acquirendis & emendis debitorum bonis, quæ tamen sibi acquirere, & emere non possent, si ipsi venderent, nec si alterius emptoris personam supponerent *d. l. & qui sub imagine.* Separanda igitur est pignoris venditio conuentionalis à iudiciali, etiam cùm pignus conuentionale est (nihil enim vetat pignus esse conuentionale, & tamen distrahi iudicialiter) conuentionalis semper priuata est, iudicialis semper publica. Et huius distinctionis ignoratio mirum est, quàm multos in praxi errores circa pignorum materiam inuexerit.

rerit. Quos obseruauimus & refutauimus fusiùs in Chiliade de error. pragmat.

a *Vbi verò conuenit ne distraheretur.* RAT. DVB. Seruanda sunt pacta omnia, quæ nec contra leges sunt, nec contra bonos mores, neque contra Senatusconsulta *leg. iuris gentium 7. §. ait Prætor suprà de Pact. leg. pacta quæ contra 6. Cod. eodem* etiamsi sint præter leges. Aliud enim est fieri quid contra leges, aliud præter leges *leg. nec non 28. §. quoad eius supr. ex quib. caus. maior. leg. cùm sponsus 12. §. si res supr. de public. in rem action.* Et quamuis secundum leges sit conuentio de distrahendo pignore, non tamen contra leges est conuentio de non distrahendo. Ergo si conuenerit, vt pignus omnino non distrahatur, seruanda conuentio est, nec permittendum vt etiam trina denunciatione præmissa possit creditor pignus vendere aduersus conuentionem: nam & specialiter constitutum est, vt valeant pactiones omnes, quæ fiunt circa venditionem pignoris in *leg. vltim. §. 1. Cod. de iur. domin. impetr.* Quidni verò cùm liceat cuilibet iuri suo renunciare *leg. penult. Cod. de pact.* nec iura sua remittentibus, dandus sit vllus ad ea regressus *leg. quæritur 13. §. si venditor infr. de euict.* Et verò negari non potest, quin plus iuris habeat debitor in pignore, cuius est verè dominus, quàm creditor pignoratitius, qui non habet nisi ius in re. Plus enim longè est habere ius dominij, quàm vinculum pignoris, quod cum iure dominij nulla societate coniungitur *leg. iusto errore 44. §. non mutat. infr. de vsucap. leg. 1. §. cùm prædium infr. de pignor.* Atqui valet conuentio, ne liceat debitori pignus vendere, ita vt si contra pactionem venditum sit pignus à debitore, nulla sit venditio, vt pactioni stetur *leg. si creditor 7. §. vltim. infr. de distract. pignor.* quamuis regula iuris sit, neminem posse eam sibi legem dicere, ne alienare rem suam possit *leg. penult. supr. de pact.* cùm nihil sit tam naturale, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis, ratam haberi *leg. qua ratione 9. §. hæ quoque res infr. de acquirend. rer. domin. vulg. leg. in re mandata 21. Cod. mandat.* Cùm tamen creditori nil noceat alienatio contra pactionem facta à debitore, quippe quæ facta intelligitur cum sua causa & saluo iure pignoris *leg. qui prædium 13. Cod. de distract. pignor. leg. debitorem 15. Cod. de pignor. leg. vnic. Cod. rem alien. gerent. non interd. rerum suarum administr. leg. alienatio 67. de contr. empt.* Quanto magis ergo dicendum est, valere conuentionem, ne omnino liceat creditori pignus distrahere, nec si ter debitori denunciet, vt soluat, sibi namque imputet creditor, qui talem adhibuit conuentionem, vt ius suum læderet. Proinde dicendum est, hoc quoque casu creditorem qui contra fidem contractus pignus distraxit, non modò furti crimine & actione teneri: si pignus datum sit rei mobilis, & traditio facta sit, aut specialis obligandæ rei pactio præcesserit *leg. si is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt.* tanquam qui inuito debitore eodémque domino id fecerit, sed etiam distrahendo nihil prorsus egisse, nullámque venditionem esse, vt pactioni stetur *arg. dict. leg. si creditor 7. §. vltim. infr. de distract. pignor.* DEC. Non est pignus quod vtilitatem pignoris adferre creditori nullam potest. Tota verò pignoris vtilitas in eo consistit, vt cautum sit creditori pecuniæ debitæ nomine ad eam consequendam inuito etiam debitore, si cesset ille in solutione *leg. si mandatu 59. §. vltim. infr. mandat. leg. 4. §. addici 8. infr. de fideicommiss. libert.* Atqui non potest ex corpore obligato eligi pecunia *leg. cogi 16. §. inde quæritur infr. ad Senatusconsultum Trebell.* quoniam pecunia non ex re, sed ex negotiatione percipitur *leg. venditor 21. infr. de hered. vel action. vendit.* Ergo implicat contradictionem, vt pignoris datio valeat, & vt conuentio quoque valeat, ne vllomodo pignus distrahatur, èstque conuentio hæc directò contra naturam contractus, vt & illa de qua in *leg. cùm precario 12. infr. de precar. leg. vbi ita donatur 27. de mort. caus. donat.* Neque tamen idcirco est omnino inutilis conuentio, per quam scilicet fit, vt ad pignus ritè rectéque distrahendum tribus denunciationibus opus sit, quarum vna alioquin sufficeret, æquissimo sanè temperamento, vt neque conuentio de non vendendo pignore omnino reiiciatur, neque ei præcisè ac omnimodo stetur. Trina igitur denunciatione præmissa si creditor pignus distrahat, non solùm furti non obligatur, sed etiam valet venditio: Ita enim locus hic accipi debet, vt per trinam denunciationem non modò furti actio excludatur, sed etiam venditio pignoris confirmetur. Longéque alia ratio est debitoris pignus inuito creditore distrahentis. Non enim lædit ea venditio ius creditoris, quod vtique ex conuentione de non vendendo pignore prorsus læderetur. Nec quod iuri suo renunciare quilibet possit *dict. leg. penult. Cod. de pact. leg. si iudex circumuento 41. supr. de minor.* ad rem facit. Id enim ad ea pertinet, quæ priuatam contrahentium vtilitatem respiciunt, non ad ea quæ publicam. Inter quæ illud est, vt pignus & dari & distrahi possit, ne alioqui vel nulla vel longè incommodior sit miseris debitoribus ratio conquirendæ pecuniæ, cùm fideiussoris datio non semper sit in expedito *leg. 2. §. penult. supr. de iudic.* & plerunque plus cautionis sit in re, quàm in persona *leg. plus cautionis 25. de regul. iur.* Quotus enim quisque est creditor, qui pecuniam credere vellet sub pignore, quod distrahere nullomodo posset? Ea nimirum vtilitas est pignorum quam irrepsisse Vlpianus scribit in *leg. qui autem 14. §. 1. supr. de pecun. constitution. leg. vnic. Cod. si pignus pignor. dat. sit leg. si conuenerit 18. in princip. infr. hoc titul.* Denique venditio pignoris est ex iure publico; cui derogari priuata conuentione nunquam potest *leg. ius publicum 38. leg. inter debitorem 42. supr. de pact.* Quid ergo si pignus à debitore datum sit creditori in antichresim, id est ea lege, vt quandiu debitor pecuniam creditoris retinebit vicissim creditor fructus rei pignoratæ etiam suprà modum legitimum vsurarum, eóque commodo creditor contentus esse cogatur, nec vnquam vendere pignus possit? Quis dicat inutile esse pignus creditori, qui ex eo tam ingens lucrum percipiat? *leg. si pecuniam 33. infr. leg. si is qui 11. §. primo infr. de pignor. leg. si ea pactione 14. leg. si ea lege 17. Cod. de vsur.* Quòd si pignus hoc casu non est inutile, cur non valebit conuentio, ne vnquam distrahatur? Puto tamen nec hoc casu valere conuentionem præcisam & absolutam de non vendendo pignore, quia nunquam est cogendus cre-

ditor, vt perpetuò inhæreat pignori, si pecuniam suam habere malit, quàm antichresim retinere. Est enim pignoris causa semper temporalis, nunquam perpetua, ideóque non est titulus habilis ad transferendum dominium, quod ex causa perpetua tantùm transfertur, nunquam ex temporali *leg. 1. infr. de iur. dot.* Quod autem obiicitur ex *dict. leg. si creditor 7. §. vltim. infr. de distract. pignor.* quoniam difficilius est, explicandum erit ad eum locum. Interim videnda sunt, quæ de illius loci sententia & emendatione scripsimus in parte vltima Chiliadis nostræ *de error. pragmat. in error. 2.3.4. Decad. 87.*

b *Nisi ei ter fuerit denunciatum.* RAT. DVB. Qui iam est certus, non debet magis certiorari, vt scriptum est in regula iuris Pontificij & in *leg. 1. §. vltim. infr. de action. empt.* Atqui tam fit certus debitor per primam, & vnicam, atque per trinam denunciationem. Inutile igitur & superfluum est, tres denunciationes exigere, cùm vna sufficiat.

DEC. Denunciatio cùm fit ad finem certificationis tantùm, &, vt loquuntur, notificationis, vna sufficit, vt in specie *leg. Titia Seio 87. §. vsuras de leg. 2. leg. mora 32. infr. de vsur. leg. traiectitia 23. infr. de oblig. & action.* Sed cùm ad implendam solemnitatem aliquam à lege præscriptam, quæ tres denunciationes requirat, vt in casu proposito, tribus denunciationibus opus est, vt legis solemnitati satisfiat: quam nec sine causa introductam esse credendum est. Nihil enim lex facit vnquam frustra, vt nec natura. In proposita autem inducendæ solemnitatis trium denunciationum ratio euidens illa fuit, vt hoc saltem adhibito temperamento aliqua conuentionis ratio haberetur, quæ de non vendendo pignore interposita absolutè fuisset, atque ita tardius ad pignoris distractionem procederetur, tantóque longius temporis spatium misero debitori ad luendum pignus daretur. Trina igitur denunciatio hoc casu necessaria est, & quidem ita, vt non sufficiat creditori, vna eademque hora vel die denunciare debitori vt soluat, dicendo, Solue, solue, solue, vt ponit Accursius. Quoniam qui sic denunciaret, non tam denunciaret sæpius, quàm loqueretur sæpius, vt eleganter ait Bartolus ex *leg. Meuius 66. §. eum qui de legat. 2.* Sed interuallum aliquod intercedere necesse est, nec id vnius diei, ita vt pro tribus denunciationibus triduum possit sufficere, quomodo Accursius, & Bartolus existimant ex *dict. leg. inter accusatorem*, sed tanti temporis quantum conueniens videatur debitori ad explicandam pecuniam, arbitrio quidem iudicis constituendum pro qualitate personarum, & quantitate debiti, sed tamen quod regulariter non minùs esse debet, quàm decem dierum *leg. promissor 21. in princ. supr. de pecun. constit.* nisi malis modicum tempus intelligere, quod post condemnationem reis indultum est ex *leg. si debitori 21. supr. de iudic.* quod mihi probabilius videtur. Quod autem quærit Bartolus post Accursium, an post has denunciationes debeat currere biennium, non videtur mihi ad huius legis sententiam pertinere. Tunc enim de biennio tractandum est, cùm agitur de iure dominij impetrando, idque ex noua Iustiniani constitutione in *leg. vltim. Cod. de iur. domin. impetr.* Hæc autem lex est de pignore vendendo. Qui tractatus longè diuersus est, sicut & ille de pignore addicendo creditori, hoc est dando ei in solutum, vt in *l. à diuo Pio 15. §. si pignora infr. de re iudic.* Denique effectus dationis pignorum in eo maximè consistit, vt vel distrahantur, vel addicantur in solutum vel dominij iure impetrato possideantur, vt dicemus ad *l. eleganter 24. in princip. infr.*

5. POMPONIVS libro 19. ad Sabinum.

IDémque iuris est: siue omnino fuerint pacti, ne veneat: siue in summa, aut condicione, aut loco contra pactionem factum sit.

Ad l. Idémque iuris est 5.

RAT. DVB. Debent seruari pactiones, quæ inter debitorem & creditorem interpositæ sunt de distrahendo pignore, id est, quemadmodum distrahi pignus debeat, siue in tempore, siue in aliis facti circumstantiis *dict. leg. vltim. §. 1. Cod. de iur. domin. impetr.* puta circa summam, vel condicionem vel locum, de quibus in hac lege agitur. Ergo si conuenerit, vt non nisi certo loco, vel certo tempore, vel certa condicione, vel denique pro certa summa pignus vendere possit creditor, non est ei permittendum, vt alio loco, vel tempore, vel aliis legibus vendat, nec si denunciatio trina præcesserit.

DEC. Ad obligandũ actione furti creditorem, qui pignus contra pactionem vendidit, nihil interest, an conuenerit, vt pignus omnino non veneat (nisi hoc casu trina præcesserit denunciatio, vt proximè diximus ad legem præcedentem) an verò vt certo loco, & tempore veneat: omni enim casu quo fit venditio aduersus pactionem lege non permittente, furtum facit creditor, qui cõtra debitoris eiusdémque domini voluntatem contrectat rem obligatam. Sola enim conuentio siue expressa, siue tacita de vendendo pignore illa est, quæ facit ne debitor pignus distrahendo furtum faciat *l. si is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt.* Quid autem refert, an distrahat nulla præcedente conuentione, an verò contra initam conuentionem? Nisi quod longè intolerabilior est creditor, qui aduersus cõuentionẽ vendit, quàm qui citra, & præter conuentionem *l. nec non 28. §. quo ad eius supr. quib. ex caus. maior. l. cùm sponsus 12. §. si res sup. de public. in rem act.* Sed quod pertinet ad validitatem venditionis pignoris, multum interest, an conuenerit, ne omnino veneat, an verò vt certo loco & tẽpore & modo fieri vẽditio possit. Priore casu venditio pignoris interdum valet, interdum non valet. Valet si trina denũciatio præcesserit, non valet si aut nulla aut pauciores, quàm tres dẽnũciationes interuenerint, posteriore autem casu, nũquam potest valere vẽditio cõtra pactionẽ facta, nec si præcesserint tres plurésve denũciationes: Et ratio diuersitatis euidens illa est, quia hoc posteriore casu non tam impeditur absolutè venditio pignoris, quã eius faciendæ libertas restringitur, quæ tamen priore casu omnino impediretur, nisi triplicis denunciationis temperamentum pro remedio adhiberetur. Itaque posteriore casu aliqua potest esse vtilitas pignoris,

priore

priore verò nulla esset, nisi triplici denunciatione interueniente venditio pignoris permitteretur. Alia porrò causa nulla est, ob quam permitti debeat à conuentione, quæ de non vendendo pignore facta est, discedere quàm cùm ex necessitate, ita ius constituendum est, ne alioqui conuentio & datio pignoris prorsus inutilis efficiatur. Et ita locus hic accipiendus est, non quomodo ab Accursio & Bartolo explicatur.

6. IDEM libro 35. ad Sabinum.

QVamuis conuenerit, vt fundum pigneraticium tibi vendere liceret nihilomagis cogendus es vendere, licet soluendo non sit is, qui pignus dederit: quia tua causa id caueatur. sed Attilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit. quid enim, si multo minùs sit, quod debeatur: & hodie pluris venire possit pignus, quàm postea? melius autem est dici [a], eum, qui dederit, pignus posse vendere: & accepta pecunia soluere id, quod debeatur. ita tamen, vt creditor necessitatem habeat, ostendere rem pigneratam, si mobilis sit: priùs idonea cautela à debitore pro indemnitate ei præstanda. inuitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.

Ad l. Quamuis 6.

RAT. DVB. Conuentioni inter debitorem & creditorem factæ non minùs stare creditor tenetur, quàm debitor. Sunt enim mutuæ conuentiones, quæ fiunt in contractu vltro citròque obligatorio, & ex iis vterque contrahentium perinde obligatur, cùm generaliter verum sit, conuentiones in contractu præsertim bonæ fidei factas dare legem, & causam contractui *l. 1. §. si conuenit infr. deposit. l. si vt certo 5. §. nunc videndum 1. supr. tit. prox.* Ergo si in dando pignore conuenerit, vt creditori liceat illud vendere: quemadmodum creditor ex ea conuentione pignus vendere inuito debitore potest. Ita & cogendus est, etiamsi nolit, vt vendat, si fortè id expediat debitori, cuius interdum potest interesse, si fortè ipse soluendo non sit, nec enim tam facilè cogendus est, vt alias rationes quærat explicandæ pecuniæ, quas nec inuenire facilè potest is, qui soluendo non est. Deinde quid si multo minùs sit, quod debeatur, & hodie pluris venire possit pignus, quàm posteà? Cur eo commodo priuandus est miser debitor, cui non possis imputare cur non luat pignus, cùm ponamus non esse illum soluendo? Alioqui videbitur contractus claudicare, quod extra certos casus ferendum non est *leg. Iulianus 13. §. si quis à pupillo infra de action. empt. l. cum te 6. Cod. de pact. int. emptor. & vendit.* Nec quod creditoris causa fiat conuentio, vt liceat ei pignus vendere, ad rem facere videtur, vt constat ex *l. si vina emerim 6. infr. de peric. & commod. rei vendit.* vbi Pomponius scribit, si vina emerim exceptis acidis & mucidis, & mihi expediat acida quoque accipere, quamuis id mea causa exceptum sit, tamen acida & mucida non venisse: Nam quæ inuitus emptor accipere, inquit, non cogeretur, iniquum esse non permitti venditori, vel alij ea vendere.

DEC. In conuentionibus omnibus interpretandis semper sequimur id quod actum est *leg. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Cùm autem quæritur quid actum sit, illud potissimùm & maximè inspiciendum est, cuius gratia conuentio facta sit, & cui legem dictam esse contrahentes voluerint *leg. in ratione 30. §. tametsi infr. ad legem falcidiam leg. Lucius 40. in fin. de fideicomm. libert. l. ex lege 51. infr. locat.* Ne alioqui eueniat, vt quod vnius fauore constitutum est, in eius odium retorqueatur, quod absurdum & iniquum esset *leg. quod fauore 6. Cod. de legib. leg. nulla 25. supr. ill. tit. leg. pen. Cod. ad SC. Trebell.* Atqui conuentio, de qua in specie huius legis, vt liceat creditori pignus vendere, apertè apposita est in fauorem creditoris, qui vtique ea conuentione legem debitori dicere voluit, non sibi. Ergo fauore creditoris interpretanda conuentio est, vt possit pignus vendere, si velit, non etiam vt cogatur, tametsi nolit. Quid enim tam absurdum est, quàm quod arbitrio & potestati creditoris permissum est, id transferre ad iuris necessitatem? *argum. leg. non quicquid 40. supr. de iudic.* Hoc ita, si de conuentione contractui adiecta tractemus, quæ non tam contractus substantiam respiciat, quàm adminicula, & consequentia contractus, vt in proposito. Nam si quæratur, quid in contractum veniat, id est, an plus minùsve, vt in specie, *dict. leg. si vina*, non debet esse in arbitrio; & potestate alterutrius contrahentium, etiam cuius fauore conuentum aliquid & exceptum sit, vt id veniat in contractum, quod velit venire, & quod non veniret tamen, si nollet. Quod enim à venditione aut pignore exceptum est, quamuis fauore emptoris aut creditoris, non potest creditoris, aut emptoris voluntas facere, vt vnquam pro vendito vel pro pignorato habeatur, ne alioqui contractus claudicet; quod absurdum esset, vt diximus ex *dict. leg. Iulianus 13. §. si quis à pupillo de action. empt.* Benè igitur putabat Attilicinus, quem Pomponius hîc refert, non esse cogendum creditorem pignus vendere, licèt soluendo nō sit debitor, quia creditoris nō debitoris causa id caueatur, vt & in *l. à Diuo Pio 15. §. quod si rei infr. de re iudic.* sed tamen addendam exceptionem, nisi ex causa. Quid enim, inquit, si multo minus sit quod debeatur, & hodie pluris venire pignus possit, quàm posteà? Hoc nimis

tum casu non dubitabat Attilicinus, quin cogendus sit creditor quoque pignus vendere.

Rat. dub. Nemo cogitur vti iure suo si nolit, nec ea conuentione, quæ ipsius tantùm fauore adposita sit, licèt aduersarij quoque intersit, vt proximè dictum est *ex d. leg. in ratione* 30. §. *tametsi infr. ad leg. falcid. dict. leg. Lucius* 40. *in fin. de fideicommiss. libert.* Atqui conuentio hæc vt creditori pignus vendere liceat, non nisi creditoris fauore adiicitur. Ergo nullo casu cogendus est creditor vendere. Quemadmodum enim iure suo vtitur, si vendat, ita & si non vendat *leg. si iudex circumuento* 41. *supr. de minor.* Præsertim cùm venditio sit facti *leg. consilio* 7. §. *vltim. infr. de curat. furios.* Nemo autem præcisè cogi possit ad factum *leg. si quis ab alio* 13. §. *vltim. de re iudic.* neque ad venditionem rei suæ propriæ *leg. nec emere* 16. *Cod. de iur. delib.* Quanto minùs ad venditionem rei alienæ, & ad explicandam pecuniam, quæ debitori ipsi magis quàm creditori sit profutura *leg. si ob causam* 13. *Codice de euict.* Nam neque cum creditore sic tractandum est, quasi sit ipse procurator debitoris *leg. si pignori* 29. *supr. famil. ercifcund. leg. postulante* 44. §. *vltim. ad senatusconsult. Trebellian.* Precium enim rei venditæ non tam ex re ipsa, quàm ex negotiatione percipitur *leg. venditor.* 21. *infr. de hered. vel action. vendit.* Non est igitur cogendus creditor vt vendat, & ita debitoris nomine negotietur.

Dec. Non est debitori denegandũ id, quod sine ipsius creditoris dispendio futurum est *leg. in creditore* 38. *in fin. de euict.* & ex quo debitor commodum aliquod, creditor verò nullum damnum, aut incommodum sentire possit. Atqui nullum est incommodum creditoris, etiamsi cogatur pignus vendere, cùm pignus pluris est, quàm quod debetur, & pluris hodie potest venire quàm posteà, si modò debitor inueniat emptorem. Quomodo in proposita specie ponendum est inuenisse. Alioqui quomodo sciri posset, an pluris hodie vendi res possit, quàm posteà? Neque verò vlla in eo sit iniuria creditori, qui solutionem ab ipso emptore accepturus est, nec priùs pignoris sui ius dimissurus *dict. leg. à diuo Pio* 15. §. *quòd si res pignorata infr. de re iudic.* Cur non ergo cogendus sit ex hac causa vendere? Nam nec nouum est, vt quis ex causa etiam rem suam vendere cogatur *leg. Iulianus* 13. §. *idem Celsus* 17. *infr. de action. empt.*

a *Melius autem est dici.* Totus hic versiculus ad §. vsque proximum Triboniani esse semper mihi visus est, non admittentis Attilicini sententiam, quasi satis inhumanum sit, vt ille postea loquitur, creditorem inuitum cogi pignus vendere: quasi magnũ aliquod in eo sit incommodum, aut damnum creditoris, cùm debitor ipse emptorem inuenit. Quid ergo est, quod melius dici posse Tribonianus existimat; cum, inquit, qui dederit pignus, posse vendere, ex accepta pecunia soluere, id quod debeatur. Ac quoniam non potest debitor pignus vendere, quin sibi à crditore exhibeatur, subiicit Tribonianus, *ita tamen vt creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam si mobilis sit*, & rursum, quia non potest debitor pignus vendendo precium eius accipere, nisi rem tradat *leg. Iulianus* 13. §. *offerri de actio. empt.* nec rursus rem tradere, si non prius eam possideat, nec denique eam possidere quin creditori possessio sua auferatur, addit idem Tribonianus *prius idonea cautela à debitore pro indemnitate ei præstanda.* Quæ verba etiamsi aliud nihil esset, Triboniani manum satis meo iudicio per se proderent. Sed eiusdem Triboniani ingenium fit manifestius ex eo, quòd omnia, quæ in hoc versiculo scribuntur, pugnant euidenter cum iuris ratione. Quid enim absurdius est, quàm auferri creditori possessionem pignoris, vt possit illud debitor vendere, & pro retentionis iure, quod habet creditor, cautionem de indemnitate ipsi præstare; aut, vt loqui Tribonianus solet *idoneam cautelam?* Cur enim pignus creditor acceperat, nisi quod sciret plus cautionis fore in re quàm in persona? *d. leg. plus cautionis* 25. *de regul. iur.* §. *furti autem vers. vnde constat Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Quod si in executione quoque iudicati non patitur prætor obligationes ex obligationibus fieri *leg.* 4. §. *ait Prætor infr. de re iudic.* ne parta ex causa iudicati persecutio ad initium alterius petitionis redigatur, vt scriptum est in *l. minor* 40. *in princip. supr. de minor.* quanto minus ferre debebit, vt ius retentionis, quod per pignoris possessionem habet creditor, inuito ei auferatur, & in nouam actionem personalem commutetur? Idonea enim cautela est, siue fideiussor siue pignus offeratur, vt notat Accursius ex *l. si mandatu* 59. §. *vlt. infr. mandat.* Opponitur enim idonea cautio nudæ & simplici, quæ sola repromissione contenta est *l.* 3. *C. de verb. signific.* Tum verò quid si creditor à debitore idoneam illam cautelam præstare volente stipulari nolit? Quis, obsecro, eum coget vt stipuletur? An non perinde facti est stipulari, atque vendere? An fortè dicemus inuito ei actionem personalem acquiri citra stipulationem? Aut cur eum stipulari cogamus, potiùs quàm vendere? Sed & cùm tradere, non minùs quàm vendere sit facti *d. l. consilio* 7. §. *vlt. de curat. furios.* qua fronte, aut qua arte cogamus creditorem eundémque possessorem pignoris ad traditionem, ad quam nec tenetur emptori venditor, si malit præstare id quod emptoris interest *l.* 1. *infr. de action. empt. l. si traditio* 4. *C. eod.* nec possessor rei alienæ, vt eam rem domino restituat, nec si vendicatione conuentus sit *l. eius rei* 46. *& seq. supr. de rei vindic. l.* 1. *l. tutor.* 8. *supr. de in lit. iurand.* An non multo durius est, creditorem cogi antequàm solutionem debiti acceperit à creditore, pignus ei tradere? Et tamen pignoris traditionem à crediore, fieri necesse est, vt pignoris venditio sequi possit. Quomodo enim faciet debitor emptorem dominum sine traditione; Et quomodo tradet pignus emptori, nisi traditum sibi priùs à creditore? quem ponimus ex natura proprij pignoris factum esse rei obligatæ possessorem? Alioqui nemo dubitat, quin possit debitor etiam ignorante, adeóque inuito creditore nulla quoque cogente necessitate, pignus vendere saluo creditori iure suo pignoris *d. l. debitorem* 15. *C. de pignor. d. l. qui prædium* 13. *C. de distract. pignor.* sed debet id intelligi de eo, qui possessor pignoris est, quique tradendo transferre dominium potest, ac proinde de pignore minus propriè sumpto pro hypotheca. Ex quo apparet longè probabiliorem & expeditiorem esse Attilicini sententiam illam, vt creditor ex causa pignus vendere, ac eiusmodi venditionis faciendæ incommodũ subire cogatur

gatur, quàm sit ista Triboniani, quæ per tam longas ambages & circuitus, potestatem facit debitori, vt pignus inuito creditore vendat, longéque grauiore non tantùm incommodo, sed etiam damno adficiat creditorem, quod certè multo inhumanius est. Sed & Triboniani inscitiam illud valde prodit, quod sic loquitur, Græcismo satis ei familiari, *ita tamen vt creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam ostendere,* namque dixit pro *exhibere* quod est ridiculum. Etsi enim rem ostendit quisquis exhibet, quia exhibere propriè est extra secretum habere, non tamen exhibet quisquis ostendit: Plus siquidem est exhibere, quàm ostendere. Exhibere est, non tantùm videndæ tangendæque rei facultatem præbere, sed etiam in publicum eam producere, vt aduersarius, siue rei vindicatione, siue interdicto, experiri de iure suo possit *leg. 2. supr. ad exhib. leg. 3. §. ait Prætor infr. de homin. liber. exhibend.* Quod autem addit *si res mobilis sit* rectè quidem dicitur, quia res immobiles non exhibentur, cùm seipsas satis exhibeant *leg. 2. §. sed vbi Codice quando & quibus quart.* pars debeatur *lib. 10. titul. 34.* Sed tamen debuit Tribonianus de immobilibus quoque aliquid addere. Nam & immobilis res pignorata, vt à debitore vendi possit, eiusque dominium transferri in emptorem, qui vtique non nisi planè stultus precium aliter soluturus est, necessariò perinde ac mobilis tradenda est à creditore, cui proinde necessitas tradendi æquè imponenda est, quod ipsum tamen cùm citra vim, & impressionem fieri non possit, nullis certè machinis tentari iure potest, nisi manum militarem adhibeas, cuius auxilium idem Tribonianus æquè imperitè ac inuita Iurisprudentia implorare ausus est in *leg. qui restituere 63.* vbi scripsimus *supr. de rei vindic.* Hinc verò intelligimus, non sibi temperasse Tribonianum, quin multa in hoc titulo ex suo ingenio immutauerit, & corruperit, quod fiet certius, & probabilius ex iis quæ ad alias plerasque huius tituli leges obseruaturi sumus.

1 ¶ Si creditor pluris fundum pigneratum vendiderit, & id fœneret, vsuras eius pecuniæ præstare debet ei, qui dederit pignus, sed & si ipse vsus sit ea pecunia [a], vsuras præstare oportet. quod si eam depositam habuerit [b], vsuras non debet.

Ad § 1. Si creditor.

RAT. DVB. Per liberam personam quæ iuri nostro subiecta non est, nihil acquiri nobis potest *leg. solutum 11. §. per liberam infr.* Atqui creditoris persona libera est, neque subiecta iuri & potestati debitoris. Ergo si creditor fundum pignoratum pluris vendiderit, & id quod plus fuit in precio fundi quàm in debito fœnerauerit, non ideo tamen vsuras præstare debet ei, qui pignus dedit: Præsertim, cùm non debitoris nomine, sed suo pecuniam fœnerasse proponatur: nec rursus pecuniæ debitæ fœnus citra stipulationem debeatur *leg. 3. Codice de vsur. leg. Titius 24. infr. de præscript. verb.* Nam nec si creditor vsuras illas debitori stipulati voluisset, tamen potuisset *leg. stipulatio ista 38. §. alteri infr. de verb. oblig.* Et speciale ius est pupilli, vt ex stipulatione tutoris qui aliquid ex re ipsius pupilli stipulatus est, vtilis actio acquiratur *leg. 2. infr. quando ex fact. tutor.* DEC. Non debet creditor ex re pignorata lucrum aliquod facere, vt nec tutor ex tutela *leg. qui negotiationem 58. in fine principij infr. de administ. tutor.* nec procurator aliùsve mandatarius ex mandato *leg. qui proprio 46. §. procurator supr. de procurator. leg. idémque 10. §. si procurator infr. mandat. leg. si pignore 54. §. primo de furt.* datur enim pignus creditori, vt de debito suo cautum habeat, non vt inde lucri occasionem captet. Adeò vt quos fructus ex pignore percipit, licèt suos faciat, quia percipit eos ex debitoris eiusdemque domini voluntate *leg. si seruus 61. §. locaui infr. de furt.* in sortem tamen imputare cogatur *leg. 1. & pass. Cod. hoc titul.* nisi cùm antichresis contracta est, quo casu non tam lucratur fructus, quàm compensat cum vsuris pecuniæ sibi debitæ *leg. si is qui 11. §. si antichresis infr. de pignor. leg. cùm debitor 8. in quibus caus. pignor. vel hypothec. tacit. contra.* Atqui vendito pluris pignore, quàm sit, id quod debeatur, si creditor id quod plus est, fœnerauerit, nec fœnus reddat ei, qui pignus dedit, proculdubio lucrum sentiet ex pignore, cùm debitoris sit pecunia ex qua fœnus redactum est. Ergo quemadmodum contraria actio pignoratitia debitori competit aduersus creditorem, vt quod ex pignoris venditione plus percepit, quàm debebatur, restituat debitori *Paulus libr. 2. sentent. titul. 13. §. primo leg. qui occidit 30. §. primo supr. ad leg. Aquil. leg. si inter 21. §. vltim. infr. de pignor. leg. creditoris 15. de furt. leg. vltim. Codice de distract. pignor.* ita & vt fœnus quod ex pecunia debitoris percepit, eadem actione contraria pignoratitia restituat debitori, teneri eum necesse est. Itaque habet hoc casu debitor fœnus à creditore perceptum, non quasi acquisitum sibi ex stipulatione creditoris, sed quia quod ex re debitoris sine causa habet creditor, id eum debitori reddere bonum, & æquum est *leg. si & me & Titium 32. supr. de reb. credit.* Vnde fit, vt etiamsi nullum fœnus creditor perceperit, nihilominùs tamen vsuras debeat, si ea pecunia ipse vsus sit, vt sequitur in textu. Id enim est quod ait Pomponius:

a *Sed & si ipse vsus sit ea pecunia.* RAT. DVB. Pecunia sterilis res est, nec aliam pecuniam gignit, vt scribit Aristoteles in Ethicis, quia non natura, sed iure, & negotiatione vsura percipitur *leg. si nauis 62. supr. de rei vindic.* Ergo etiamsi creditor qui pignus pluris vendidit, vsus sit ea pecunia, quæ ampliùs fuit in precio quàm in debito, nihilomagis vsuras eius pecuniæ præstare debet, quas non percepit, ne alioqui in damnum incidat, dum id agimus ne ex pignore lucrum sentiat. DEC. Lucrum est, si quis aliena pecunia vtatur, vt suum negotium gerat, adeóque species quædam furti esse creditur, si ea pecunia vtatur ignorante vel inuito domino *leg. si pignore 54. §. primo infr. de furt.* Ergo est ex bona fide,

vt pro illo lucro creditor præstet vsuras debitori, non quas percepit, sed quas percipere debitor potuisset, si eam pecuniam alij vtendam dedisset: idque contraria actione pignoratitia, quę cùm bonę fidei sit, perinde ac directa ęquè omnes bonę fidei præstationes admittit. Itaque ad rem non pertinet, si quis obiiciat, vsuras non deberi citra vinculum stipulationis *l.3.C.de vsur.l.Titius 24.infr. de præscript. verb.* Id enim ad pecuniæ creditæ vsuras spectat, non ad eas quæ bonæ fidei iudicio præstantur, nec tam quòd in obligatione sint, quàm officio iudicis *l.4.C.deposit. l.qui per collusionem 49.§.1.de action.empt.l.quæro 54.infr. locat.* nam in bonæ fidei iudiciis, quod ad vsuras attinet, tantundem potest officium arbitri quantum stipulatio *leg. Lucius 24. infr. depos. leg. si pupilli 6.§. vltim. & leg. seq. supr. de negot. gest.* nec rursus mouere debet, quòd etiam ex bonæ fidei iudiciis vsuræ non nisi à die moræ præstantur *l. mora 32.§. in bonæ fidei leg. vsura 34.& seq.l.& in contraria 37.infr. de vsur.leg. Titia Seio 87.§.vsuras de legat.2.l.in minorum 3.C. in quib.caus. non est necess.in integr.restit.* Etsi enim regulare est, vt vsuræ non tam propter lucrū non petentium, quàm ob moram non soluentium infligantur *l.cùm quidam 17.§. si pupillo de vsur.* plerunque tamen accidit, vt mora contrahatur re ipsa, & citra interpellationem, siue ob fauorem & priuilegium minoris ætatis vt in *d.l.in minorum, & d.§.vsuras*, siue quòd in vicem & compensationem fructuum debeantur vt in *l. euictis 18.§.1.de vsur.l. Iulianus 13.§. veniunt 20.infr. de action. empt.l.curabit 5.C.eod.* siue denique quòd aliena pecunia quis vsus sit, ex qua lucrum sperare citra furtum non potuisset *l.die 25.§.1.l. quintus 28.infr.deposit.l.3.& 4.C.eod.* Nā & boni consulere debet is qui aliena pecunia vsus est, quòd furti actione non conueniatur, qua vtique conueniri etiam posset *d.l.3.* vbi est textus omnium apertissimus, & accommodatissimus, nec minùs ad speciem huius §. pertinens, quàm ad pecuniam depositam.

b *Quòd si eam depositam habuerit.* Rat. dub. Depositio & obsignatio pecuniæ non potest habere vim solutionis, nisi præcedente obligatione, quam creditor sine causa accipere recusauerit *l. acceptam 19.C.de vsur.leg.nec creditores 10.leg. vlt. C.hoc tit.* Ergo non eo minùs debebit creditor vsuras superflui precij, quòd eam pecuniam obsignatam in causam depositi habuerit, quamuis ea vsus non sit, si modò eam debitori suo, qui hac parte creditor est, non obtulerit vt in *l.2.C.de vsur.* Dec. Vsuræ non debentur citra stipulationem, ne quidem in bonæ fidei iudiciis, nisi ex die moræ quæ contracta sit, vel per interpellationem, vel reipsa, vt proximè diximus. Atqui cùm creditor pignus pluris vendidit, nec precium superfluum debitori restituit, non idcirco moram contrahere videtur, si neque interpellatus sit, vt pecuniam redderet, nec ea pecunia vsus sit. Non autem potest videri vsus esse, si eam pecuniam penes se obsignatam, & depositam habuerit, licet obligatio nulla præcesserit. Obsignatio igitur hoc casu sola sufficit, id est nulla etiam oblatione præcedente, quia tunc oblationem præcedere necesse est, cùm id agitur, vt obsignatio vim solutionis obtineat vt in *d.l.acceptam leg. obsignatione 9.C. de solut.* In proposito autem obsignationem factam ponimus, non ad inducendam liberationem, sed ad impediendum duntaxat ne debitum ex non vsurario fiat vsurarium: quod multo facilius est, quàm vt ex vsurario fiat non vsurarium. Purganda enim hoc casu mora est, quæ porrò per obsignationem non purgatur, sed per oblationem *leg. si seruum 91.§. sequitur infr.de verb. oblig.l. qui decem 72. in princip. & §.1. infr. de solut.* Quemadmodum & minus est purgari moram, quàm induci liberationem. Nihil enim prohibet debitorem extra moram esse, & manere nihilominùs debitorem: Mora siquidem sequitur debitum, non concomitatur. Itaque & oblationem præcedere, & obsignationem subsequi necesse est, vt debiti liberatio inducatur. Quòd si iam mora contracta sit, siue per interpellationem, siue re ipsa, & idcirco purgari eam opporteat, vt in specie *d.l.2.C.de vsur.* quia emptor post traditam sibi possessionem rei venditæ fructus ex ea perceperat, tunc oblatio necessaria est, nec tantùm oblatio, sed etiam obsignatio in specie *d.l.2.d.l.euictis 18.§.1. de vsur. leg. 2.C. de pact.int. empt.& vendit.* ne alioqui perpetuo moram emptor contrahat, quandiu in ea causa est, vt & rei venditæ fructus percipiat, & venditionis precium penes se retineat *d.l.Iulianus §.veniunt iunct.l.ex empto 11.§.qui autem l.bona fides 50.eod.tit.*

7. Pavlvs libro 2. Sententiarum.

Si autem tardiùs superfluum restituat creditor id, quod apud eum depositum est: ex mora etiam vsuras debitori hoc nomine præstare cogendus est.

Ad l.Si autem tardiùs 7.

Rat. dub. Obsignatio & depositio pecuniæ debitæ impedit, ne vsuræ eius pecuniæ deberi possint, vt proximè scripsimus ex *leg. euictis 18.§.1.* in illis verbis *precij quod in causa depositi non fuit infr. de vsur.* Ergo quamuis pecunia deposita tardiùs soluta sit, cùm tamen deposita semper maneat, eius vsuræ quasi ex mora deberi non possunt. Dec. In bonæ fidei iudiciis debentur vsuræ ex mora, siue regulari, siue irregulari, vt diximus ad *leg. præcedentem ex l.3. C. in quib.caus.non est necess.in integr. restit. leg. mora 32.§. in bonæ fidei infr.de vsur.leg. Titia Seio 87.§.vsuras de legat.2.* nec minùs in contrariis iudiciis, quia sunt bonæ fidei, quàm in directis *l.& in contraria 37.de vsur.* Atqui actio pignoratitia bonæ fidei est tam cōtraria quàm directa. Ergo etiam in contraria veniunt vsuræ ex mora: quæ porrò contrahitur per interpellationem cōgruo loco & tempore factam *d.l.mora in princip.leg. qui Romæ 122. in princip.l.si pupillus 127. infr.de verb.oblig.* Ergo quemadmodum si deposita sit & obsignata simpliciter pecunia, quam creditor ex pignoris precio redegit supra eam quantitatem, quæ debebatur, nullas vsuras eius pecuniæ debet, quasi nulla contracta mora re ipsa cùm pecunia obsignata vsus non sit. Ita dicendum est, si obsignationem mora aliqua creditoris subsecuta sit, quod euenit si interpellatio creditor, congruo loco & tempore cessauerit in superfluo illo precij restituendo, non impediri moram per eiusmodi obsignationem. Nam quemadmodum purgatur mora iam contracta per subsequentem oblationem, ita & inducitur mora per subsecutam interpellationem, quia semper nocet posterior mora *l.si seruū 91.§. sequitur infr. de verb.oblig.* leg. qui

l. qui decem 72. in princip. & §.1. de solut. Et præcedens obsignatio, quemadmodum non prodesset ad contractam moram purgandam, si nulla oblatio præcessisset *leg. 2. Cod. de vsur.* Ita neque prodesse potest ad impediendam moram, quæ contrahatur per subsequentem interpellationem, nisi addatur oblatio quæ interpellationis vim & effectum impediat. Facilius siquidem est, vt obsignatio & depositio pecuniæ impediat moram, quæ alioqui reipsa induceretur ex sola præsumptione iuris, & de iure, quòd creditor ea pecunia vsus esset, quàm vt impediat moram contrahendam per expressam interpellationem. Expressa namque interpellatio non nisi per expressam oblationem posteriorem elidi potest. Aliud iuris est in ea obsignatione, quæ post oblationem congruo loco & tempore factam ritè secuta sit, de qua in *l. acceptam 19. C. de vsur.* Nam cùm ea obsignatio vim solutionis habeat *leg. obsignatione 9. Cod. de solut.* non potest is qui iam liberatus est, ampliùs in mora constitui, cùm mora quælibet supponat obligationem præexistentem *leg. nulla 88. de reg. iur. dict. leg. si pupillus 127. de verb. oblig.* dummodò depositio duret in eodem statu depositionis, alioqui nec deposita pecunia videretur, sicuti nec videtur in rem versum, quod non durat versum *leg. si pro patre 10. §. versum infr. de in rem vers. iunct. leg. cuiclis 18. §. 1. infr. de vsur.*

8. POMPONIVS libro 35. ad Sabinum.

SI necessarias impensas fecerim in seruum, aut in fundum, quem pignoris causa acceperam, non tantùm retentionem, sed etiam contrariam pigneratitiam actionem habebo: finge enim medicis, cùm ægrotaret seruus, dedisse me pecuniam, & eum decessisse. item insulam fulsisse, vel refecisse, & postea deustam esse, nec habere, quod possem retinere.

Ad l. Si necessarias 8.

RAT. DVB. Facilius est, vt detur retentio quàm actio *leg. 1. infr. de pignor.* nec videtur quicquam interesse creditoris, qui habet retentionem, vt etiam debeat habere actionem: cùm plus cautionis sit in re, quàm in persona *leg. plus cautionis 25. de regul. iur.* nec debeat desiderare id quod minus est, qui iam habet quod plus est *leg. 1. supr. de Public. in rem action.* Et verò sicuti non sunt multiplicandæ actiones sine necessitate *dict. leg. 1. leg. in naue Sauffeij 31. infr. Locat.* ita neque inducendæ *§. 1. Instit. de action.* Atqui pro impensis necessariis, hoc est quæ si factæ non essent, res peritura vel deterior futura fuisset *leg. impensæ 79. de verb. signific. leg. impensæ 14. de impens. in reb. dotal. fact.* habet creditor retentionem pignoris, vt antequàm ei satisfactum sit, pignus restituere non cogatur, ne alioqui debitor ex ipsius iactura locupletetur, quod esset contra naturam & bonam fidem *leg. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. leg. iure naturæ 206. de regul. iur.* Ergo nil necesse est, vt eo nomine demus ipsi contrariam pignoratitiam actionem. DEC. Interest eorum omnium qui habent retentionem, vt eo nomine habeant, si fieri possit, etiam actionem, non solùm ne si fortè per errorem aut per imprudentiam omittant retentionem, omni alio auxilio destituantur, per quod indemnitati suæ possint consulere *leg. si in area 33. supr. de cond. indeb. leg. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid. leg. heres 21. infr. ad SC. Trebell.* Sed etiam quia fieri facilè potest, vt nihil sit quod retineri possit: Quo tamẽ casu æquum non est, manere in damno creditorem qui in pignus impendit, & quidem eo animo, vt aliunde sibi obligaret, quod sufficit, vt contra ipsum possit, & debeat habere actionem *dict. leg. in hoc iudicium §. 1. iunct. leg. si quis cum 29. cod. tit. commun. diuid.* Actio enim requirit præcedentem aliquam obligationem, quam retentio nullam requirit. Quæ ratio facit vt multo facilius sit habere retentionem quàm actionem vllam siue directam, siue contrariam. Sed finge factam esse impensam à creditore ad curandum seruum ægrotum oppigneratum, qui posteà decesserit, aut ad fulciendam insulam quæ postmodum sine culpa vlla creditoris combusta sit. Nihil certè est, quod his casibus retinere creditor possit. Frustrà ergo de retentione quæratur, & necessariò ad actionem pignoratitiam contrariam recurrendum est, per quam indemnitati creditoris cõsulatur: vt quod per viam retentionis haberi non potest, habeatur per viam actionis. Similis ratio est, nec valde dissimilis species in *leg. in rebus 18. §. vlt. supr. tit. prox.* vbi licet tractetur de compensatione, compensatio tamen ipsa retentio est, tametsi non omnis retentio perinde sit compensatio. Nec distinguemus an magna summa sit, an modica, quam creditor in pignoris conseruationem impendit. Tum enim distinctioni huic locus est, cùm de eo contractu agitur, qui factus sit in gratiam solius accipientis, vt puta de commodato, vt benè docet Accursius ex *dict. leg. in rebus 18. §. possunt & seq.* Sed & cibaria quæ creditor seruo pignorato præstitit, repetet, quæ commodatarius non repeteret *§. sed & id quod d. l. in rebus*, quia scilicet commodatarius habet vsum rei commodatæ, creditor autem non habet vsum rei pignoratæ, & ita Bartolus hîc, cessante, inquit, ratione posita in *l. vlt. §. vlt. infr. hoc tit.*

1 Si pignori plura mancipia data sint, & quædam certis pretiis ita vendiderit creditor, vt euictionem eorum præstaret, & creditum suum habeat: reliqua mancipia potest retinere, donec ei caueatur, quòd euictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum.

Ad §. 1. Si pignori.

RAT. DVB. Neque retentio, neque contraria actio pignoratitia competit creditori, nisi pro indemnitate consequenda, cùm quid & abest propter causam

pignoris, vt proximè diximus. Atqui cùm creditor, qui plura mácipia pignori acceperat, quædam ex iis certo precio ita vendidit, vt euictionem eorum præstaret, atque ita ex eo precio creditum suum integrum consecutus est, nihil ei abest, quandiu euictio secuta non fuit, cùm fieri possit, vt nec vnquam sequatur *l. habere licere 57. infr. de euict.* Vnde est quod nec stipulatio de euictione tam facilè committitur, licèt per sententiam res iam euicta sit, vt scriptum est in *d. l. habere.* Ergo non est permittendum creditori, vt eo prætextu reliqua mancipia retineat donec ei caueatur de indemnitate eius, quod pro euictione promiserit. Præsertim cùm ei possit imputari cur de euictione se obligauerit, cùm ex iuris ratione creditor, qui iure creditoris pignus distrahit, ad id non teneatur *tot. tit. C. credit. euict. pignor.* non debere. Nec enim aut facilitas, aut ignorantia creditoris debitori damnosa esse debet *l. non debet 71. l. factum 155. de regul. iur.* DEC. Abesse creditori intelligitur etiam id in quo creditor obligatus est *l. si quis mandatu 28. in fin. de negot. gest.* Atqui ponimus eum obligatum esse emptori pignoris de euictione, & quidem nullo dolo malo vel culpa interueniente, sed quia diligens quilibet alius paterfamilias ita contracturus fuerat, siue quòd aliter emptorem inuenturus non fuerit, aut quòd certè non tanti venditurus: Quibus casibus commodum huius conuentionis etiam ad debitorem pertinet, qui tanto citiùs ac faciliùs debito liberatur, vt in *l. si pignore 22. §. vlt. & l. seq. infr.* vt taceam, quòd etiamsi debitor ipse venderet siue creditori ipsi, quod vtique facere potest, tanquam dominus *leg. rescriptum 12. in princip. infr. de distract. pignor.* siue alij, magistratu fortasse id in causa iudicati exequente debitoris nomine, perinde debitor de euictione teneretur *l. si ob causam 13. C. de euict.* Non ergo recusare potest debitor, quominus cætera mancipia nondum vendita creditor retineat, quousque cautum ei sit de indemnitate ipsi præstanda pro euictione quam promiserit. Non enim damnum duntaxat, sed etiam periculum omne creditoris amouendum est, vt Paulus loquitur, licèt in alia specie in *l. cùm mulier 55. infr. solut. matrim. Iunct. l. heredes 25. §. idem iuris est supr. Famil. ercisc.* Denique in summa debiti computantur omnia, quæ absunt creditori siue propter pignus, quid præstiterit, siue se obligauerit *leg. in summa debiti 6. Cod. de pignor.* Ergo quemadmodum non potest debitor agere pignoratitia, vt pignus auferat creditori, quousque debitum totum soluerit *leg. si rem prox. §. omnis pecunia infr. leg. quandiu 6. Cod. de distract. pignor.* ita neque recusare, quominùs creditor totum pignus retineat, quandiu aliquid ex causa pignoris ei abest.

2 ¶ Si vnus ex heredibus debitoris portionem suam soluerit, tamen tota res pignori data venire poterit: quemadmodum si ipse debitor portionem soluisset.

Ad §. 2. Si vnus ex heredibus.

RAT. DVB. Inter plures vnius debitoris heredes, obligatio defuncti diuiditur per legē duodecim tabularum pro hereditariis portionibus *leg. 1. C. si cert. petat. leg. vlt. C. de heredit. action.* Ergo vno ex heredibus soluente debiti partem suam hereditariam, fatendum est, pro ea parte liberatum esse pignus, & consequenter pignoratitiam competere. Nec enim potest obligatio pignoris, cùm sit accessoria, subsistere sine personali, quæ principalis est, & quæ sit saltem futura *l. 5. infr. de pignor. l. cum principalis 178. de regul. iur.* Pignoratitia porrò competit statim atque solutum est, & liberatum pignus, vt constat ex toto hoc titulo. DEC. Ex personis heredum immutari non potest condicio obligationis, neque diuidua fieri obligatio, quæ in persona defuncti indiuidua fuit *l. 2. §. ex his infr. de verb. oblig.* Atqui obligatio pignoris indiuidua est in persona ipsius debitoris *leg. rem hereditariam 65. infr. de euict.* ita vt nihil prosit debitori ad liberandum pro parte vinculum pignoris, quòd partem debiti soluerit *l. quandiu 6. C. de distract. pignor.* Ergo nec vnus ex heredibus debitoris soluendo eam debiti partem, quæ personali actione peti ab eo potuit, res obligatas in solidum distrahendi facultatem creditori adimit *l. vnus ex multis 16. eod. tit. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* Non quasi personalis obligatio per solutionem partis pro parte sublata non sit, sed quia hypotheca semel contracta vtiliter, & obligatio qualiber pignoris, habet tacitam suam condicionem, si debitum solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum: qua condicione cessante tenet *leg. prox. § omnis pecunia infr. l. grege 13. §. etiam de pignor. leg. debitor 59. ad SC. Trebell. l. penult. §. 1. infr. de except. rei iudic.* Idem iuris est in pluribus heredibus creditoris *leg. solutum 11. §. si creditori infr. hoc tit.* condicio enim omnis indiuidua est *l. cui fundus 56. D. de condic. & demonstr.* Itaque quamuis non possit obligatio pignoris subsistere, vt contrahatur sine principali, contracta tamen durat etiam post sublatam principalem obligationem *l. 1. & 2. C. de luit. pignor. l. heredes 25. §. idem obseruatur supr. Famil. ercisc. l. in executione 85. §. penult. infr. de verbor. oblig.* Cur autem indiuidua sit causa pignoris, ratio ex eo petenda est, quòd non alia de causa pignus datur, quàm vt cautum sit debitori non pro parte debiti, sed pro toto debito. Inde namque fit, vt integrum debitum solutum esse necesse sit, vt pignus aliqua ex parte liberetur: nec enim quicquam vetat pluris esse pignus, quàm debitum, imò nō est prudens creditor, si pro pignore rem accipiat, quæ non multo pluris sit, quàm quod debetur, vt si vsurarum accessione vel qua alia occasione, debiti quantitas augeatur, adhuc possit creditori esse consultum. Pignus enim simpliciter acceptum tenetur etiam ad vsuras, tanquam acceptum in omnem causam *l. 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non posse l. quæro 54. infr. locat.* Eadem ratio facit, quod hîc notat Bartolus, vt si ex pluribus emphyteutæ heredibus vnus pensionem non soluerit, cæteri verò omnes soluerint, non eo minùs tota res cadat in commissum, quia æquè ius domini directi indiuiduum est, licèt non pignoris ius sit (nec enim res sua domino potest esse obligata *l. neque pignus 45. de regul. iur.*) sed dominij, quod & potentius & fauorabilius est *l. communi 7. in princip.* vbi diximus *supr. commun. diuid.* Denique lex duodecim tabularum diuidit quidem personalem obligationem inter heredes pro hereditariis portionibus, vt initio diximus, sed non diuidit obligationē pignoris *d. l. 1. & 2. C. si ex plurib. hered. debit. vel credit.* quia nec potest, vt Paulus loquitur in *d. l. heredes §. an ea stipulatio supr. Famil. ercisc.* Eas namque obligationes solas diuidit lex duodecim tabularum, quæ diuidi possunt, & diuiduæ sunt, non indiuiduas.

3 ¶ Si annua

3 Si annua, bima, trima, die triginta stipulatus, acceperim pignus: pactúsque sim, vt nisi sua quaq; die pecunia soluta esset, vendere eam mihi rē liceret: placet, antequàm omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere: quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur. nec verum est, sua quaque die non solutam pecuniam, antequàm omnes dies venirent. sed omnibus pensionibus præteritis, etiam si vna portio soluta non sit, pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit, *Si qua pecunia sua die soluta non erit*, statim competit ei pacti conuentio.

Ad § 3. *Si annua.*

RAT. DVB. Cùm quis annua, bima, trima die triginta dari stipulatus est, diuiditur solutio per tres pensiones *l. sed Celsus 6. §. 1. infr. de contr. empt. l. Seia 12. de vsur.* Ergo & si conuenerit, vt nisi sua quaque die pecunia soluta sit, vendere pignus liceat creditori, poterit creditor etiam priusquàm omnium pensionum dies venerit, pignus vendere, vt secunda conuentio ex priore interpretationem recipiat, nec eueniat, vt vna diuidua sit, altera indiuidua. Verum enim est, sua quaque die non esse solutam pecuniam, cùm prima pensio sua die soluta non est. DEC. Multum interest quibus verbis concepta sit conuentio de vendendo pignore. Nam si quidem ita scriptum sit, vt si qua pecunia sua die soluta non erit, liceat creditori pignus vendere, id sanè obtinet quod modò diximus, quia singulæ pensiones separatim demonstratæ intelliguntur, & sufficit vel in prima soluenda cessatum esse, vt conuentioni de vendendo pignore locus fiat tanquam existente condicione. At si pactus sim, vt nisi sua quaque die pecunia solnatur, liceat creditori pignus vendere, omnes pensiones huiusmodi conuentione demonstrantur, quia nec verum est, sua quaque die nō esse solutam pecuniam, priusquàm dies omnes venerint *arg. l. quicquid adstringendæ 99. §. 1. infr. de verb. oblig.* Ergo nec permittendum est creditori, vt antequàm pensionum omnium dies venerint, pignus vendat; Alioqui si aduersus conuentionem vendat, non solùm nihil agit, nec transfert dominium, sed etiam furti se obligat *l. quamuis 6. §. vlt. supr.* Nam cùm sic oratio & condicio aliqua concipitur, vt significatio sumatur ex vniuerso, si quid in oratione falsum sit vel minimum, totam orationem falsam efficit *l. si is qui ducenta 13. §. vtrum ita infr. de reb. dub.* Planè pensionibus omnibus præteritis, si vna portio soluta non sit, etiamsi aliæ omnes solutæ proponantur, potest creditor pignus vendere, quia verum est, sua quaque die non esse solutam pecuniam, cùm non omnes solutæ sunt, & indefinita hoc casu, vt aliàs ferè semper æquipollet vniuersali *l. si pluribus 44. de legat. 2.* [eadem scilicet subsistente ratione omnium sub indefinita comprehensorum, vt hîc Castr. notat] sicuti pluralitas resoluitur plerumque in suas singularitates *l. falsa 33. §. vlt. de condic. & demonstr. l. si seruus 9. §. 1. supr. si quis caution.* Notat etiam Bartolus ex hoc §. vniuersalem negatiuam non posse dici falsam, priusquàm in quolibet particulari suo sit impossibilis, item orationem distributiuam verificari in quolibet distributorum. Nec malè, nam dictio *quisque* distributiua est vniuersalis, non vt dictio *quisquis* distributiua particularis *l. qui liberis 8. §. 1. de vulg. & pupill. substit.* Et quod dicimus hoc articulo *quisque* omnes significari *l. hoc articulo 29. de hered. instit.* verum quidem est in sensu distributiuo, sed non in collectiuo: neque verò in prima specie huius §. ait Pomponius orationem esse vniuersalem collectiuè, sed distributiuè, vt proinde nil necesse sit dicere cum Bartolo Pomponium hîc loqui, non secundum propriam significationem verborum, sed iuxta rudem, vt ille loquitur, & grassum verborum significatum ex mente contrahentium. Apertè enim nititur Pomponius propria verborum, quibus condicio vendendi pignoris concepta est, significatione, à qua, si recedere sine causa Iureconsulto liceret, nihil in iure nostro certū esse aut dici posset *l. non aliter 69. de leg. 3. l. ille aut ille 25. §. 1. eod. l. Labeo 7. infr. de suppel. legat.* Fortior illa obiectio est, quā adfert Bartolus ex eo, quod sicuti oratio ista non est vera *omnibus diebus & terminis solutum esse* quando in aliquo cessatum est, ita neque illa vera esse potest *omnibus terminis non esse solutum*, si in aliquo sit satisfactum. Cur ergo permittit creditori Pomponius hoc casu pignus vendere, cùm pactio & condicio vendendi pignoris defecisse videatur? Respondet Bartolus, secundum propriam significationem verborum posse hanc obiectionem procedere: sed in proposita specie, vt & in cæteris stipulationibus omnibus pœnalibus, aliter verba intelligi debere ex mente contrahentium, quæ illa fuit, vt omnibus terminis debitum solueretur, & consequenter, vt si in aliquo terminorum cessatum esset, pignus vendi posset. Mihi verò magis placet, vt dicamus, ea potiùs ratione moueri Pomponium, quod ad impediendam pignoris venditionem nihil prosit debitori partem debiti soluisse, si non totum soluerit, vt diximus ad *§. præcedentem.* Itaque quod distinguit Pomponius, quomodo verba condicionis concepta sint, non ita accipiendū est, quasi aliquo casu possit impediri vēditio pignoris, ex eo quod in aliquo termino fuerit pro parte satisfactum. Sed vt intelligamus aliquo casu contingere posse, vt quamuis nulla adhuc ex parte solutum sit, debitum nondum tamen perueniri possit ad venditionem pignoris, quandiu tempora conuentionis largiuntur, vt satisfieri conuentioni, & totum debitum intra tempus præstitutum solui possit: denique differri venditio pignoris interdum potest, non solùm si pars debiti suo tempore soluta sit, sed etiamsi nihil dummodo verba conuentionis non repugnent, nec totum tempus iam elapsum sit, intra quod solui totum debitum adhuc possit: sed præcisè impediri venditio pignoris non potest per partis solutionem, licèt vel minimum ex sorte aut vsuris desit *l. quandiu 6. C. de distract. pignor. l. 1. & 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss.* Scilicet si totum tempus præterierit, intra quod totum debitum solui debuit, aut si conuentionis verba nihil nisi vnius aut alterius termini lapsum exigant, in quo cessatum sit, & ita intelligi Pomponius hîc debet. Par-

ticularis enim oratio etiam in vno verificatur: Nec rursus prohibendus est, debitor soluere in vltimo termino, quod in prioribus duobus soluere poterat, & debuerat: ne alioqui nulla ei supersit ratio moræ purgandæ ad impediendam venditionem pignoris, cuius faciendæ nec alia causa est, quàm vt ex precio satis facere sibi creditor possit. Toties enim purgatio moræ impeditur, quoties interest eius qui moram passus fuit *l. & si post tres 8. supr. si quis caution. l. si ita quis 135. §. Seia in fin. de verbor. oblig.* Atqui non solùm non interest creditoris moram non purgari, quæ per cessatam in prioribus terminis solutionem contracta fuit, sed è contrario ipsius interest purgari, vt tanto citiùs & expeditiùs debitum suum per solutionem consequatur, quod alioqui multo tardiùs, & incommodiùs per venditionem pignoris consequeretur. Differtur ergo pignoris vẽditio in id vsq; tempus, quo terminus vltimus elapsus sit, non quasi condicio pactionis de vendẽdo pignore, non priùs extiterit, sed quia non debet nocere debitori, quod extiterit, cùm etiam post impletam condicionem vtiliùs & commodiùs futurum sit creditori solutionem accipere, quàm ex conuentione pignus vendere. Itaque nõ est quod quis hoc casu obiiciat, frustrà expectari euentum condicionis, cuius nihil operatur euentus ex *l. aliquando 13. §. vlt. infr. ad SC. Velleian. l. si quis ita 33. de hered. instit.* Nam qui in hac specie euentus expectatur, prodesse potest, & verò omnimodo profuturus est, & debitori ad purgandã moram, & creditori ad consequendam solutionem: qua secuta nihil iam erit, quod de vendendo pignore tractari vel possit, vel debeat.

4 ¶ De vendendo pignore in rem pactio concipienda est, vt omnes contineantur. Sed, & si creditoris duntaxat persona fuerit comprehensa: etiam heres eius iure vendet, si nihil in contrarium actum est.

Ad §. 4. De vendendo.

RAT. DVB. Non alius potest pignus vendere, quàm creditor pignoratitiùs herésve ipsius *leg. 4. sup. & tot. tit. de distract. pignor. infr. & Cod.* Atqui etiam cùm in personam creditoris conceptum est pactum de vendendo pignore, nihilominùs heres eius potest vendere, nisi in contrarium expressim actum sit, ne possit, vt subiicitur in hoc §. Ergo frustrà est quærere, an pactum de vendendo pignore in personam conceptum sit, an in rem, cum vtroque casu prodesse debeat creditori, eius quæ heredi. DEC. Est hæc vna ex pactorum diuisionibus, vt alia sint in rem, alia in personam *leg. iuris gentium 7. §. pactorum supr. de pact.* Quæ in personam sunt, adeò cohærent personæ, vt eam egredi non possint, ne quidem fauore heredis aut patris, quæ verò in rem, prosunt omnibus, quorum potest interesse *leg. & heredi 21. in princip. & §. vlt. & l. seq. l. idem in duobus 25. §. 1. leg. tale pactum 40. in princip. eod.* Nec ad rem pertinet, quod quisquis sibi paciscitur, in dubio etiam heredi suo pacisci intelligitur *leg. si pactum 9. infr. de probat.* siue quòd heredis, & defuncti vna eademque persona esse videatur *leg. heredem 59. de regul. iur. Nouell. 48. in princip. de iureiur. à morient. præstit.* siue quòd heredis quoq; persona pro adiecta habeatur: id enim fit, quia in dubio pactũ cẽsetur esse in rem, non in personam, vt nimirum non tantùm creditori prosit, sed & creditoris heredi, alioqui licèt pignoris vinculum rem ipsam obligatam afficit, non personam solam obligantis, *leg. pignoris 17. infr. de pignor. l. pignoris 18. C. eod.* Non ideo tamen consequens esset, vt pactum ipsum de vendendo pignore omnimodo, in rem videri deberet nõ in personam: quia posset esse personale, si id actum esset, quod tamen in dubio præsumendum non est, vt diximus. Est enim odiosa interpretatio, & quodammodo maligna, quæ facit vt ius alicui ex pacto ipsius quæsitum cum paciscentis persona intercidat *d. l. si pactum 9. de probat.* sicut & ne onus alicui iniunctum ad eius quoque heredes pertineat *leg. annua 20. §. 1. de ann. legat. leg. alimenta 16. in princip. infr. de alim. legat.* Nec quod in pacto certa persona demonstrata sit, ad rem facit. Id enim plerumque fit, vt appareat, cum quo pactum initum sit, non vt personale pactum fiat *d. leg. iuris gentium 7. §. pactorum d. leg. tale pactum 40. in princip. supr. de pact.* Itaque si cum creditore pactum sit de vendendo pignore, ita vt solius creditoris persona demonstrata sit, poterit fieri vt adhuc pactum in rem sit, non merè personale. Hactenus nimirum vt creditoris heres quoque possit vendere, at non etiam alius quilibet singularis successor, nempe quia creditoris hæres perinde creditor est, cùm ex lege duodecim tabularum actiones omnes hereditariæ & actiuæ & passiuæ transeant in heredem *leg. 1. C. si cert. petat. leg. vlt. C. de hered. act. leg. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* At cæteri successores creditoris singulares, non æquè sunt creditores, quia personalis obligatio siue actiua siue passiua numquam transit in singularem successorem *leg. vlt. §. 1. infr. de contr. empt. leg. 1. §. si heres ad SC. Trebell.* Proinde videtur pactum hoc esse mixtum ex reali & personali. Est enim reale quod pertinet ad heredem creditoris, quoniam pacti verba non repugnant quod sufficit *l. talem institutionem 51. §. 1. in fin. de hered. instit.* Personale verò quod ad cæteros, quòd si in rem conceptum expressim esset, vtrique singularibus etiam successoribus prodesset. Heredem porrò hic cùm dicimus, non eum solum intelligimus, qui verè ac iure ciuili heres sit, sed omnes iuris successores siue honorarij sint, siue ciuiles. Cuiusmodi sunt bonorum possessor, is cui restituta est ex Trebelliano hereditas & cui libertatis causa bona addicuntur, etsi qui alij sunt, qui cùm verè nõn sint heredes, tamen heredum loco habentur. In priuilegiis eadem quæ in pactis distinctio adhibetur, an scilicet personalia sint, an realia, id est an personæ, an rei & causæ cohæreant, vt personalia ad alium non transeant, ne quidem ad heredem, realia verò transeant *l. quia tale 14. infr. solut. matrim. leg. ex pluribus 42. in fin. de admin. tutor. leg. vnic. C. de rei vxor. act. leg. 1. C. de priuileg. dot. Iunct. l. assiduis 12. C. qui potior. in pign. hab.*

5 ¶ Cùm pignus ex pactione venire potest: non solùm ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cætera quoque, veluti vsuras, & quæ in id impensa sunt.

Ad §. vlt. Cùm pignus.

RAT. DVB. Non solent attendi quæ fiunt per consequentias *l.1.l.quod dicitur 7.infr. de author.tutor.* Inspiciendum enim est in conuentionibus omnibus quid principaliter actum sit, non quid per consequentiam euenire possit. Atqui cùm fit pactum de vendendo pignore, id maximè ac potissimùm agitur, vt ex ea venditione sortis quantitas redigatur, quæ scilicet purè & absolutè debetur, non autem vt eadem vsurarum quæ sortis ratio constituatur. Nec enim vsuræ simpliciter & absolutè debentur, sed per accidens & secundum quid sub condicione illa *si sors soluta non erit leg. Seia 12.& pass. infr. de vsur.* Maximè verò si vsuræ non sint in obligatione & stipulatione vt in *leg. centum Capuæ 8.supr. de eo quod cert. loc. leg. 3. Cod. de vsur.* sed officio tantùm iudicis præstentur vt in *leg. 4. Cod. deposit. l. qui per collusionem 49.§.1. de action. empt. leg. quæro 54. infr. locat.* Denique omni casu vsuræ sunt accessiones. Ergo si sors pro qua pignus datum fuerat, soluta sit, non debet pignus vendi pro vsuris. *arg. leg. solutum 11. §.si in sortem infr.* DEC. Pignus dari solet, vt cautum sit creditori, non tantùm pro sorte, sed etiam pro vsuris, quia nec aliter indemnis seruari creditor potest, quàm si & sortem & vsuras sibi debitas siue ex stipulatione, siue ex mora debitæ sint, consequatur. Ergo non minùs pro vsuris etiam naturaliter tantùm debitis quàm pro sorte debita pignus vendere creditor potest: nimirum cum pignus ex pactione venditur. Qui enim paciscitur, vt liceat sibi pignus vendere, de omni sua vtilitate pacisci intelligitur, nec proinde distinguendum est, an vsuræ ex stipulatione, an officio iudicis debeantur, sed tantùm an in eas quoque pignus obligatum fuerit necne *d.§.si in sortem vers. siue autem.* In dubio tamen dicendum est, pignus in omnem causam datum videri, id est non minùs in vsuras quàm in sortem *leg. 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss.* quemadmodum dicimus fideiussorem simpliciter acceptum in omnem causam acceptum intelligi *l. quæro 54.* vbi dicemus *inf. locat.* Planè si in sortem duntaxat pignus obligatum sit, nulla ratio est, vt propter vsuras id vendere liceat creditori: nam eo soluto propter quod pignus obligatum fuerat, siue in sortem duntaxat, siue in vsuras tantum, habet locum pignoratitia *d. §. si in sortem.* Porrò quo casu pignoratitia locum habet, certum est venditionem pignoris habere locum nō posse, quia pignoris vinculum tenere necesse est, vt res obligata vendi possit. Quid? Nonne etiam ob chirographariam pecuniā pignus retineri potest? *Tot. tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss.* Vtique retineri scilicet cōtra debitorem ipsum, sed non vendi, siue de distrahendo pignore conuenerit siue non. Ita enim titulus ille intelligendus videtur, de quo tamen latiùs alibi scribemus: Et notandus est tanquam singularis hic casus, in quo pignoris retentio sic datur, vt tamen venditio non permittatur: non tantùm autem pro vsuris, quæ principali debito accesserunt, pignus vendi potest, sed etiam pro iis omnibus; quæ in causam cōseruandi pignoris impensa sunt. Nam & pro iis impēsis pignus datum videri debet, pro quibus etiam retentio pignoris competit, non minùs quàm contraria actio pignoratitia, vt initio huius legis vidimus. Quamuis tēpore dati pignoris nihildum eo nomine deberetur. Nec enim nouum est, vt etiam futuræ obligationi pignus accedat, sicut & fideiussor *l. 5. infr. de pignor. l. 6. §.1. de fideiuss.* Iunge quæ dicemus ad *d.§. si in sortem.*

9. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SI rem alienam mihi debitor pignori dederit, aut malitiosè in pignore versatus sit[a]: dicendum est, locum habere contrarium iudicium.

Ad l. Si rem alienam 9.

RAT. DVB. Actio pignoratitia, siue directa, siue contraria, locum habere non potest, nisi constituto & interueniente aliquo pignore, à quo & nomen sumpsit. Vnde & dicitur à Papiniano iudicium, quod de pignore dato proponitur in *l. penult. infr. hoc tit.* Atquin alienæ rei pignus non subsistit, nisi vel ex voluntate domini datum sit, vel per dolum & dissimulationem domini *leg. aliena res 20. infr. tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit leg. mulier 11. C. de distr. act. pignor.* Ergo pignoratitia contraria locum habere hoc casu non potest, non magis quàm directa. In eóque alia causa est pignoris, alia venditionis, res enim aliena vendi potest, licèt eam dominus auferre posteà, & vindicare quandoque possit *l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* At res aliena pignori dari vtiliter non potest extra eos casus, quos diximus. DEC. Alia ratio constituenda est actionis hypothecariæ, alia verò pignoratitiæ personalis, siue directa illa sit, siue contraria. Nam & si vtraque actio præsupponit pignoris aut hypothecæ constitutionem, attamen hypothecaria exigit omnino, vt pignus rectè ac vtiliter constitutum sit, quia in rem actio est, quæ proinde supponit affectam esse rem vinculo pignoris, quæ porrò affici non potest, nisi pignoris constitutio efficaciter teneat. Pignoratitia verò personalis actio est, ad quam inducendam sufficit præcessisse conuentionem pignoris, licèt ab eo factam qui ius rei obligandæ nullum habuerit. Quod enim dicimus, rem alienam pignori dari non posse, non eò pertinet, vt qui rem alienam ignoranti sciens dedit, non obligetur (quidni enim obligari debeat ex suo mendacio & dolo, cùm ignorantem creditorem deceperit? *l. rem alienam 41. infr. hoc tit.*) sed vt creditor tale pignus per hypothecariam persequi non possit. Cæterùm si debitor, qui etiam sciens rem alienam pro suo debito pignori dedit, posteà creditori suo debitum soluerit, nulla dubitandi causa est, quin perinde pignoratitiam actionem directam habere debeat ad rei in pignus datæ repetitionem, atque si rem suam propriam pignori dedisset: ne alioqui plus iuris habeat creditor ex inutili constitutione pignoris, quàm habiturus fuerat, si vtilis præcessisset. Quod certè absurdum & ridiculum esset *arg. l. in bello 12. §. si quis seruum infr. de capt. & postlim.* Quidni ergo habebit etiam creditor contrariam, si de dolo debitoris velit conqueri, quod rem alienam ignoranti sciens pignori dederit? Nam quod ad obligandas personas debitoris & creditoris, nihil aliud requirimus, nisi vt inter eos conuenerit de pignore, non etiam illud exigimus,

vt res pignori data iure obligata sit. Neque in eo differentia vlla est inter pignus & venditionem rei alienæ: nam quemadmodum qui rem alienam vendit, & se obligat de euictione, & emptorem ad solutionem precij *dict. l. rem alienam l. si quis alienam 46. de action. empt.* Ita & qui rem alienam dedit pignori, obligat accipientem creditorem, vt soluto quandocunque debito eam rem actione pignoratitia illi ipsi qui dedit, restituere teneatur §. *is quoque infr.* (nec enim actio pignoratitia vllam habet implicitam dominij quæstionem, cùm sit merè personalis) & seipsum vicissim obligat, vt ob dolum suum & mendacium actione contraria pignoratitia conueniri possit. Quomodo, & si malitiosè versatus esset circa pignus, vt sequitur in textu, aut etiam si quid in illam rem pignori datam impendisset. Qua enim fronte recusaret debitor earum impensarum restitutionem, quam recusare non posset, si propriam rem pignori dedisset? An ideo fortè melioris condicionis esse debet, quòd rem alienam sciens tanquam suam dederit pignori?

a *Aut malitiosè in pignore versatus sit.* Exempla duo adfert Accursius. Primum ex Azone, si debitor rem quidem suam obligauerit, & pignori dederit, sed quam sciebat obligari non posse, fortè ob expressam prohibitionem testatoris vt in *l. pater 38. §. fundum à filio de legat. 3. leg. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Alterum ex Ioanne, si quis sciens obligauerit seruum furem, qui posteà creditori furtum fecerit vt in *l. si seruus 31. infr. hoc tit.* Vtrumque exemplum rectum est, sed tamen alij plerique casus sunt, & quotidie occurrunt, in quibus euenit, vt in pignore dando malitiosè versetur debitor, vt proinde teneri debeat actiõe pignoratitia in id omne quod interest creditoris. Si tamen idem creditor etiam fideiussorem acceperit, non ideò fideiussorem habebit obligatum, quippe qui non pro pignore, sed pro pecunia debita fideiusserit, vt eleganter Paulus noster respondit in *l. si in pignore 54. infr. de fideiuss.*

1 ¶ Non tantùm autem ob pecuniam, sed & ob aliam causam pignus dari potest: veluti si quis pignus alicui dederit, vt pro se fideiubeat.

Ad §. 1. Non tantùm.

RAT. DVB. Pignus non alia de causa datur, quàm vt si pecunia debita non soluetur, possit creditor pignus distrahere, atque ita indemnitati suæ consulere, vt diximus ad *l. 4. supr.* Atqui ex pignoris venditione nihil nisi pecunia redigi potest. Venditio enim non fit sine precio, quod porrò in pecunia numerata consistere necesse est *l. 1. infr. de contr. empt. l. 1. de rer. permut. §. precium Instit. de empt. & vendit.* Ergo non nisi pro pecunia debita pignus dari potest. DEC. Omni obligationi accedere pignus potest, sicut & fideiussor *leg. res hypotheca 5. infr. de pignor. l. 1. de fideiussor.* id est non tantùm siue ciuilis siue honoraria, siue denique naturalis duntaxat obligatio sit, & siue præsens, siue futura, sed etiam cuiuscunque rei obligatio proponatur. Debitor enim est, quisquis ex quacunque causa aliquid debet, sicut & creditor ille cui ex quacunque causa debetur *l. creditores 10. & seqq. l. condicionales 54. & seq. de verb. signific.* Et obligationem diffinimus iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, non tantùm pecuniæ, sed generaliter alicuius rei soluendæ causa *Instit. de oblig.* Nemo autem nescit rei nomen latiùs patêre, quàm pecuniæ *l. rei appellatio 5. de verb. signific.* quamuis pecuniæ appellatio sit etiam generalis, vt omnia omnino, quæ in cuiusque patrimonio esse possunt, comprehendat *l. pecuniæ 178. eod.* Et hoc sensu accipi certè debet, quod scriptum est in *leg. debitor 108. eod. tit.* debitorem intelligi eum à quo inuito exigi pecunia potest: At Vlpianus in hoc §. cùm de pecunia loquitur, de pecunia numerata intelligit, quæ opponitur cæteris rebus omnibus quæ sunt extra pecuniam numeratam *dict. l. pecuniæ.* Denique ex qua causa potest quis esse alterius creditor, etiam pignoratitius esse potest *d. l. res hypotheca.* Proinde si quis fideiussorem quærat, nec facilè inueniat, nisi dato pignore, etiam ex hac causa pignus dare poterit. Iusta enim & honesta hæc causa est dandi pignoris, vt inuitetur ad fideiubendum is qui alioquin fideiussurus non esset, cùm necessitas dandi fideiussoris aliqua subest vt in *l. 2. §. vlt. supr. de iudic. & tot. tit. qui satisd. cogant.* Nec enim liberatur dando pignus, qui satisdare cogitur *l. 1.* vbi diximus *ill. tit.* Planè honestam causam esse oportet ob quam pignus detur, non turpem, vt benè hîc notat Accursius ex *l. 1. & 2. C. de condict. ob turp. caus.* Hoc enim fit ex primo illo iuris principio, quo iubemur honestè viuere *l. iustitia 10. §. 1. supr. de iustit. & iur.* ex quo & cætera proficiscũtur omnia, quæ ratione publicæ honestatis fieri vel iubentur vel prohibentur, vt docuimus in Iurisprudentiæ papinianeæ scientia ad §. *penult. eod. ill. titul. de iustit. & iur.*

2 ¶ Propriè pignus dicimus, quod ad creditorem transit. hypothecam, cùm non transit, nec possessio ad creditorem.

Ad §. 2. Propriè pignus.

RAT. DVB. Rem simpliciter cùm dicimus, rei proprietatem & dominium significamus, non nudam possessionem. Vnde est quod Vlpianus scribit in *l. 3. §. vlt. infr. vti possid.* aliud esse rei precium, aliud possessionis, & separatam esse causam proprietatis & possessionis in *l. 1. §. huius autem edicti eod. tit. l. naturaliter 12. §. nihil commune & l. pen. in princip. de acquir. poss.* Atqui pignus etiamsi sit rei mobilis, & quæ pugno contineatur, quam magis propriè pignus appellamus *l. plebs est 238. §. pignus de verb. signific.* nunquam transfert dominium, nec si traditio secuta sit, quia non omnis traditio, quamuis à domino facta transfert dominium, sed ea tantùm quæ fit ex iusta causa, id est iure ciuili cognita & adprobata, & habili ad dominium transferendum *leg. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin. l. 3. supr. si vsusfr. pet.* Ergo verum non est, quod hîc Vlpianus scribit, propriè pignus dici, quod transit ad creditorem: semper enim manet proprietas debitoris, & sola possessio pignoris transit ad creditorem *l. cùm & sortu 35. §. 1. infr. hoc*

infr. hoc titul. Dec. In vnaquaque re duo potissimùm consideranda sunt: Proprietas & possessio. Itaque etiam res transire in alium dicitur, cùm possessio sola transit, licèt proprietas non transeat. Et verò cùm res corporales eæ dicantur, quæ tangi, videri, aut alio corporis sensu percipi possunt *leg. 1. §. quædam supr. de rerb. diuis.* & apud Iustinianum *tit. de reb. corpor. & incorpor.* apparet possessionem illam solam esse, quæ tangi potest, quia in corpore consistit non proprietatem quæ tota iuris est, nec nisi intellectu percipi potest, & à possessione secerni. Ergo cùm Vlpianus hîc scribit, pignus propriè esse, quod transit ad creditorem, sic necessariò accipi debet, vt quantum ad possessionem solam transeat, non quantum ad proprietatem, vt constat non solùm ex *d. l. cùm & sortu §. 1.* sed etiam ex eo, quod idem Vlpianus noster hîc subiicit, hypothecam esse propriè non pignus, cùm nec possessio ad creditorem transit. Nulla tamen inter pignus & hypothecam differentia est, quod pertinet ad actionem hypothecariam *l. res hypotheca 5. § penult. infr. de pignor. § item Seruiana Instit. de action. l. 1. supr* vbi diximus, & cætera quæ ad huius §. interpretationem adferri possent, explicauimus.

3. ¶ Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, vt nascatur pigneratitia actio. satisfactum autem accipimus [a], quemadmodum voluit creditor, licèt nō sit solutū. siue enim aliis pignorib. sibi caueri voluit [b], vt ab hoc recedat, siue fideiussoribus [c], siue reo dato [d], siue pretio aliquo [e], vel nuda conuentione [f], nascitur pigneraticia actio. Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor à pignore: videri ei satisfactum, si is, vt ipse voluit, sibi cauit: licèt in hoc deceptus sit [g].

Ad §. 3. Omnis pecunia.

Rat. Dvb. Sicuti pecunia numerata per se diuisibilis est numero, ita & pecuniæ obligatio & solutio *l. 2. in princ. l. stipulationes nō diuiduntur 72. de verb. oblig.* Et quamuis creditor, cui certa summa debetur, non sit cogendus per partes accipere solutionem, quia solutio per partes habet magna incommoda ex parte creditoris *leg. 3. in princip. supr. famil. ercisc.* si tamen creditor accipiat vltro partis solutionem, constat liberationem pro ea parte debitori contingere *l. stipulatus sum 9. §. 1. infr. de solut.* sibi enim debet imputare qui vltro accepit, cùm non cogeretur: atqui sublata personali obligatione, pro qua pignus datum fuerat, pignoratitia actio nascitur, quia cùm pignoris obligatio sit accessoria, vt sæpius diximus, non potest manere pignus obligatum pro quantitate iam soluta, nec tantùm si solutio vera sit & naturalis, sed & si ficta & imaginaria, puta per nouationem *l. nouatione 18. infr. de nouat.* Ergo quemadmodum si tota pecunia debita exsoluta sit, nascitur in totum actio pignoratia pro toto pignore repetendo, vt scriptum est in hoc §. Ita & parte duntaxat soluta, dicendum est pro ea parte nasci pignoratitiam, vt eadem sit ratio partis ad partem, quæ totius ad totum *vulg. l. quæ de tota 76. supr. de rei vendic.* Dec. Pignoris causa indiuidua est, cùm pignus contrahitur *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* ita vt creditori competat hypothecaria in solidum aduersus res obligatas, etiāsi maior pars debitæ pecuniæ soluta sit, si modò aliquid desit ex debito siue sortis siue vsurarū *l. quandiu 6. & pass. Cod. de distract. pignor. l. 1. & 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss.* Ergo & in dissoluendo pignore eadem iuris ratio facere debet, vt causam pignoris indiuisam esse oporteat, & quemadmodum totam pecuniam exsolutam esse oportet, vt inhibeatur creditori hypothecaria, ita & vt nascatur debitori pignoratitia: & quamuis solutione partis debiti tollatur pro ea parte personalis obligatio, & consequenter pro summa soluta tollatur vinculum pignoris, attamen pro ea parte, quæ remanet debita pignus totum & in solidum durat, quia indiuiduum est: sicut & condicio tacita quæ tam hypothecariæ quàm pignoratiæ actioni inest indiuidua est, vt sunt cæteræ omnes condiciones *l. cui fundus 56. infr. de condic. & demonstr.*

a *Satisfactum autem accipimus.* Rat. dvb. Non potest liberari pignus, nec proinde nasci pignoratitia, nisi principalis obligatio soluta sit, vt proximè diximus. Atqui non potest contingere liberatio, nisi soluto eo ipso quod debetur non etiam si aliud pro alio *l. cum à quo 16. & seq. Cod. de solut.* Ergo nec potest videri satisfactū creditori, cui pecunia debebatur, si aliud ei solutū sit, quàm pecunia, maximè verò cùm satisfactio pro solutione sit *l. satisfactio 52. infr. de solut.* Vt proinde nō aliud venire debeat in satisfactionē, quàm quod veniret in solutionē. Dec. Etiā solui aliud pro alio potest volenti creditori *l. 2. §. mutui datio sup. de reb. credit.* Quid enim agit prætor, cùm dictat actionē creditori, nisi vt ei satisfiat? Ergo si creditori satisfecerit debitor aliter quàm per solutionē eius ipsius quātitatis quę debebatur, dūmodo satisfactū sit eo modo, quo creditor voluit, dicendum est, perinde nasci pignoratitiam, ac si solutum esset illud ipsum quod debebatur. Id enim est, quod dicimus satisfactionem pro solutione esse non quidē oblatā, sed factā *d. l. satisfactio. iunct. l. 1. §. inde quæritur inf. de oper. noui nunciat.* Satisfacere enim velle, nihil prodest, sed satisfecisse prodest, vt subiicitur in *l. seq.* & apertiùs in *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Is enim qui satisfecit, semper habet quod obiiciat petitori *l. si pupillus 45. in fin de admin. tutor.* Oblationem siquidem satisfactionis iustè recusare potest creditor, qui aliud pro alio accipere nec vult, nec cogitur, sed facta postquàm fuit sera & inutilis recusatio est, neque potest videri facta iniuria ei qui semel voluit, licèt hodiè nolit *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* neque rursus potest obligatio iure extincta ex nuda creditoris voluntate & pœnitentia reuiuiscere *vulg. l. qui res 98. §. aream infr. de solut. l. ob eam causam 9. infr. de præscr. verb.*

b *Siue aliis pignoribus sibi caueri voluit.* Rat. dvb. Non patitur prætor in executione iudicati obligationes fieri ex obligationibus *l. 4. §. aut*

prætor *infr. de re iudic.* Ergo neque ad inducendam actionem pignoratitiam permittendum fuit pignora ex pignoribus fieri, & pro vno pignore aliud pignus dari, ne ita facilè res abeat in infinitum.

Dec. Alia ratio est satisfactionis, quæ offertur in executione contractus, vt hæc, de qua agimus, alia illius, quæ in executione iudicati, de qua *in d. §. ait prætor.* Quæ prioris generis est, nullum adfert creditori, nec reipublicæ incommodum: solius enim creditoris interest, vt quomodo velit, ei satisfiat. Quæ verò posterioris est generis, & creditori & reipublicæ plerunque non modò inutilis, sed etiam damnosa est: creditori quidem, quoniā si pro pecunia sibi ex iudicato debita obligationem acciperet, partam sibi iam ex causa iudicati persecutionem ad initium alterius petitionis redigeret, quod non leue incommodum est, vt etiam hoc solo prætextu minor restitui in integrum possit *l. minor annis 40. in princip. supr. de minor.* reipublicæ verò, quia si obligationes ex obligationibus fierent, necesse esset fieri etiam de lite lites, vt scriptum est in *d. §. ait prætor*, quod à publica vtilitate valde alienum est, quæ lites execratur *l. 4. §. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* & nefas esse crediti litem alteram consurgere ex primæ litis materia *leg. 13. Cod. de fructib. & lit. expens.* Ergo aliud pignus pro alio dari nihil prohibet. Quamuis enim hoc casu principalis obligatio duret, quæ alia ad hunc versiculum dubitandi ratio est, ipsum tamen vinculum pignoris sublatum esse sufficit, vt pro illa re, quæ antea pignori obligata fuerat, & hodie liberata est, actionem pignoratitiam inducamus. Qui enim agit pignoratitia, non hoc intendit se liberatum esse, sed liberatam esse rem, quam obligauerat à vinculo pignoris, quo antea tenebatur, siue sublata sit personalis obligatio, siue adhuc duret *d. l. item liberatur in princip. l. 2. C. de luit. pign.*

c *Siue fideiussoribus.* Rat. Dub. In satisdatione quæ nihil nisi fideiussoris dationem significat, *l. 1. supr. qui satisd. cogant.* non vtimur Atilicini sententia, qui putabat: si satisdetur alicui certæ pecuniæ nomine, recedere illum à pignoribus debere *d. leg. itē liberatur 6. in fin. infr. quib. mod. pign. vel hyp. soluit.* ergo ex sola datione fideiussoris quantumlibet idonei non potest nasci actio pignoratitia. Dec. Multum refert, an fideiussor pro pignore offeratur inuito creditori, an volenti: si inuito, non ideò pignus liberatur: sed si volenti & expressim consentienti, vt per fideiussoris dationem à pignore recedatur (hoc enim omnino exigitur, nec fideiussorem volenti creditori datum esse sufficeret) aliud est, quia sufficit satisfactum esse creditori eo modo quo voluit, vt scriptum est in hoc §. Liberatur ergo hoc casu pignus, non quia satisdatum sit creditori, sed quia satisfactum ei fuerit. Latiùs enim patet nomen & potestas satisfactionis, quàm satisdationis, vt ex hoc §. apparet. Satisfieri quoquomodo potest dum creditor consentiat, sed satisdari non potest nisi datis fideiussoribus *d. leg. 1. qui satisd. cogant.*

d *Siue reo dato.* Expromissorem intelligit, cuius obligatio differt in eo à fideiussoria, quod semper principalis nunquam accessoria est. Obligat enim se expromissor pro non obligato, siue is obligatus aliquādo fuerit, deinde per nouationem liberatus, siue nunquam obligatus fuerit. *leg. & eleganter 7. §. seruus supr. de dolo leg. aliquando 13. in princip. infr. ad SC. Velleian. leg. vt res 53. infr. de contr. empt.*

Rat. Dub. etiam expromissore per debitorem dato verum est conuenisse de pignore, nec tamen solutam esse pecuniam: ergo nec hypothecaria, nec pignoratitia locum habere hoc casu potest, vt argumentatur Caius in *d. l. aliquando §. 1.* Dec. Cùm expromissor datur ab eo qui iam obligatus fuit, expromissio facit nouationem, nouatio autem liberat pignus, nisi conuenerit, vt pignus repetatur *leg. solutum 11. §. 1. infr. hoc tit. leg. nouatione 18. de nouat.* Atqui tractamus de expromissore dato ab eo qui iam erat obligatus: Alioqui pignoris, quod dedisset, obligatio non teneret. Ergo per expromissionem non minùs quàm per aliam quamlibet nouationis speciem pignus liberatur, & consequenter pignoratitia perinde atque per solutionem inducitur. Nam quod ad obligationem perimendam attinet, tantùm potest nouatio, quantum solutio, nisi quod solutio naturalis modus est tollendæ obligationis, nouatio autē ciuilis & fictitiꝰ *l. pen. inf. de solut. & apud Iustin. Tit. quib. mod. oblig. tollit. l. 1. & pass. infr. de nouat.*

e *Siue precio aliquo.* Rat. Dub. Cùm pignus reddit creditor accepto à debitore precio, non ideò videri potest accepisse, quod sibi debebatur: aliud enim est debitum pro quo pignus datum est, aliud verò precium pignoris pro debito dari *l. si in pignore 54. infr. de fideiuss. l. soluitur 5. §. si conuenerit infr. quib. mod. pign. vel hyp. soluit.* Ergo non potest ea res inducere pignoratitiam actionem, quia precij loco non solutionis nomine accepta est *d. §. si conuenerit.* Dec. Cōtractus pignoris bonæ fidei est. Ex bona autem fide non est, vt creditor, & pignus retineat, & pignoris precium, sicuti de venditore & emptore scriptum est in *l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. infr. de action. empt.* Ergo si creditor accipiat à debitore precium pignoris, licèt non ideo pecuniam sibi debitam accipere videatur, idcircóque personalis obligatio, cui pignus accessit, non perimatur, vinculum tamen ipsum pignoris necessariò solutum & sublatum intelligitur. Hoc verò sufficit ad pignoratitiam inducendam. Ergo & hoc casu pignoratitia nascetur debitori ad pignus repetendum, quia hoc quoque casu verum est, voluisse creditorem à pignore recedere, eique satisfactum esse quantum ad pignoris causam attinet, eo modo quo creditor voluit. Aliud est in specie *d. §. si conuenerit.*

f *Vel nuda conuentione.* Rat. Dub. Nihil tam naturale est, quàm dissolui vnumquodque eo modo quo colligatum est *vulg. l. nihil tam naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. de solut.* Atqui pignus non tantùm nuda voluntate, sed etiam traditione contrahitur *l. 1. supr.* Ergo nec nuda voluntate dissolui potest, saltem eo casu quo per traditionem contractum sit: & verò constat certos esse ac legitimos quosdā modos, vt contrahendæ, ita & dissoluendæ cuiuslibet obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & action.* inter quos modos nuda voluntas non est, vt neq; ad amittendum dominium, quod non nisi certis quoque modis & acquiritur, & amittitur *l. si quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poss.* Nā & liberatio ab obligatione quędam veluti alienatio est, cùm is qui liberat debitorem, eum alienare videatur *§. at ex contrario Instit. quib. alien.* licèt vel non sicuti ex alia parte, species acquisitionis est ab ipsa obligatione liberari *leg. species 11. de acceptil. leg. si pupilli 66. in fin. de solut.* Dec. Pignus non tantùm traditione, sed etiam nuda voluntate debitoris constituitur, nec magis traditio pignoris rem obligatam afficit, quàm nuda conuentio de pignore *dict. leg. 1. supr.* Ergo quemadmodum si nulla traditione

ditione interueniente pignoris vinculum sola conuentione contractum esset, æquè nuda voluntate dissolui posset ex regula *dict. leg. nihil tam naturale.* Ita & cùm traditio interueniat, perinde dicendum est, eâdem nihilominùs facilitate pignus dissolui posse, cùm ad eius obligationem constituendam nihil adiiciat traditio, sed tantùm prosit ad hoc vt in creditorem possessio transferatur §. *propriè* vbi diximus *supr.* Et quemadmodum nuda voluntas debitoris pignus constituit etiam absente & ignorante creditore, vt cernere est in pignore testamentario *leg. non est mirum 26. infr. hoc titul. leg. Lucius 12. de alim. & cibar. legat.* Ita & nuda quælibet voluntas debitoris sufficere debet ad pignus dissoluendum *leg. soluitur 5. & seqq. & pass. quibus modis pign. vel hypothec. tollit.* Et hæc vera germanaque huius iuris ratio est, non quam vulgò nostri adferunt, quòd obligatio pignoris accessoria tantùm sit, & modici momenti: si tamen alicui contractui creditor consenserit, vt ex ea causa pignus remisisse videatur, sciendum est, non aliter sublatum intelligi vinculum pignoris quàm si contractus ille effectum habuerit *leg. sicut 8. §. si voluntate & l. voluntate 10. eod. tit.*

g *Licèt in hoc deceptus sit.* RAT. DVB. Dolus malus abesse debet ab omnibus contractibus, præsertim ab iis qui bonæ fidei sunt *leg. bonam fidem 4. Cod. de oblig. & action.* ita vt sola æquitate iudiciorum bonæ fidei dolus, si ex alterutra parte admissus sit, vindicetur *leg. sed si ideo 21. solut. matrim. leg. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.* Atqui contractus pignoris bonæ fidei est, vt proximè diximus. Ergo & dolus ab eo abesse debet *leg. 3. supr.* nec ferendum est, vt pignus remissum intelligatur à creditore, qui deceptus fuit. DEC. Vnicuique sua nimia facilitas & credulitas imputanda est *leg. 1. § dolum supr. de eo per quem fact. erit.* nec enim hîc, tam ab alio, quàm à seipso decipitur, cautiusque negotiari debuit, vt in *leg. 2. Cod. de furt. & seru. corrupt.* neque verò existimandum est, deceptionis nomine dolum semper significari, vt constat ex *leg. in causa 16. §. idem Pomponius supr. de minor. leg. item si precio 22. §. vltim. infr. locat.* Atqui is qui pro pignore, aut aliud pignus accipit minoris precij, aut fideiussorem minus idoneum, aut etiam nuda voluntate discessit à pignore, cùm falsò crederet, nullum sibi ex eo damni periculum imminere, cùm se locupletiorem debitorem habere putaret, non eo minùs censendus est creditor à pignore in perpetuum discessisse, vt pignoratitia actio inde nascatur. Non enim debuit creditor tam facilis esse ad satisfactionem pro solutione admittendam. Dolus itaque hoc casu est, non tam in persona, quem vulgò dolum ex proposito appellant, quàm in re ipsa vt in *dict. §. idem Pomponius & dict. §. vltim. leg. si quis cùm aliter 36. de verbor. obligat.* ideoque & in contractum bonæ fidei cadere potest, nec magis actione de dolo, quàm æquitate ipsius iudicij bonæ fidei vindicari debet, denique pignoris remissio, neque alienatio, neque donatio est *l. 1. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. solut. l. etsi pignus 18. infr. quæ in fraud. credit.* Vnde est, quod etiam constante matrimonio mulier iura hypothecarum dotalium remittere potest *dict. leg. etsi pignus leg. etiam constante 11. leg. iubemus 21. C. ad SC. Vellean.* Ex his apparet, quod Accursius & Bartolus hîc benè notant, pignoratitiam actionem nasci quidem ex contractu pignoris mediatè, sed tamen immediatè non tam nasci ex contractu, quàm ex solutione & satisfactione: solutionem enim & satisfactionem præcedere necesse est, vt pignoratitia nasci possit, etsi Bartolus non insubtiliter distinguit, an quæramus vnde nascatur hæc actio, an verò quando nascatur, vt nascatur quidem ex contractu dudum anteà inito, & celebrato, tanquam ex materia antiqua, vt ipse loquitur, sed tamen non nisi à tempore solutionis, aut potiùs satisfactionis. Adfert exempla similia Accursius in mutuo reconciliato per consumptionem. Nascitur enim condictio illa certi ex contractu mutui, sed ex die consumptionis tantùm *leg. nam & si fur 13. & l. præced. supr. de reb. credit. l. si quis pro eo 56. § si nummos infr. de fideiuss.* Item in actione tutelæ quæ nascitur ex susceptione tutelæ, nec tamen nisi à die malæ administrationis *leg. si tutor 13. & seq. infr. de tutel. & Ration. distr.* item in actione de dote, quæ non nascitur, nisi soluto matrimonio aut superueniente mariti inopia, non tamen ex diremptione matrimonij *l. 1. C. de repud. l. sed si alia 5. infr. de bon. damnat. l. si constante 24. inf. solut. matr. l. vbi adhuc 29. C. de iur. dot.* Nec verum est, quod quidam crediderunt, quos Accursius refert, in supradictis casibus, nasci quidem statim actionem, sed non statim exerceri posse *arg. leg. serui & filij 17. inf. de furt.* Non enim potest nasci actio, priusquàm casus euenerit, qui actioni causam præbet. Hinc verò quærit Accursius: An ergo actioni pignoratitiæ præscribi possit, antè quàm nata sit? & rectè respondet non posse ex *l. 1. in fin. C. de annal. except.* Prius enim est ordine naturæ, temporis, & intellectus, vt nata sit actio, quàm vt extingui possit *l. 4. de instit. & iur. l. si partem 19. in princip. supr. quem. seruit. amitt.* Priuatio siquidem præsupponit habitum *l. decem 116. de verb. oblig.* Sed tamen addit Accursius, & Bartolus probat, iuri offerendi & soluendi præscribi posse *arg. l. plures apochis 19. C. de fid. instrum. l. cùm notissimi 8. § eodem iure C. de præscr. 30. vel 40. annor. l. si finita 15. § posteaquàm autem inf. de damn. infect.* Pro qua sententia facit, quod habet iuris regula, eum qui potest facere, vt possit, iam videri posse *l. qui potest facere 174. de regul. iur.* Qua tamen ratione posset quis etiam tentare, pignoratitiæ quoque actioni præscribi posse, cùm sit in potestate debitoris facere, vt possit agere pignoratitia, soluendo scilicet debitum, aut aliter satisfaciendo, atque ita implendo condicionem, ex cuius implemento pignoratitia nascitur: Verùm sicuti priorem Accursij propositionem veram esse arbitror, quia non sufficit nasci posse actionem ad hoc, vt præscribi possit, sed natam eam esse omnimodo necesse est, non minùs quàm vt possit exerceri *§ vlt. huius legis.* Ita posteriorem non probo, quia ius offerendi & soluẽdi ex quo nascitur pignoratitia, non tam iuris est, quàm meræ voluntatis & facultatis, perinde atque vt alij cuilibet condicioni sibi adscriptæ quis pareat. Quæ autem meræ voluntatis & facultatis sunt, præscribi nunquam possunt *vulg. l. viam publicam 2. infr. de via public.* Iura enim illa sunt quæ spatio triginta, vel ad summum quadraginta annorum perimi posteriores Imperatores voluerunt in *l. 3. & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* In eoque ius hoc offerendi quod debitori cõpetit, aduersus creditorẽ ad inducendã pignoratitiam actionem, differt maximè ab eo de quo in *d. l. cùm notissimi 8. § eodem iure Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* id est quod creditori posteriori competit aduersus anteriorem ad confirmandum ius sui pignoris. Consistit enim illud in iure non in facultate, & idcircò præscribi iure potest. Concludamus igitur neque pignoratitiam actionem priusquàm nata sit, neque

ius offerendi ad eam inducendam, competens vllo temporis spatio præscribi posse. Alioquin fieret, vt creditor alienam rem sibi datam pignori sciens vsucaperet ac sibi acquireret, si non directò, saltem per indirectum, quod esset contra iuris rationem: Titulus enim pro suo, vt in omnibus vsucapionibus concurrat necesse est, nunquam autem Titulus pro alieno *l. pignori 14. infr. de vsucap. l. 1. pro suo.*

4 ¶ Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pigneraticia experiri.

Ad §. 4. Is quoque.

RAT. DVB. Is qui alienam rem pro suo debito pignori dat, nullum pignus contrahit, nisi det ex voluntate domini, aut expressim consentientis, aut subdolè dissimulantis *leg. aliena 20. infr. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Ergo fieri non potest, vt soluto debito pignoratitiam habeat, cùm pignoratitia non possit esse sine pignore. DEC. Conuentio de pignore, quamuis rei alienæ, sufficit ad inducẽdam pignoratitiam actionem, tam directam ex parte debitoris aduersus creditorẽ soluto debito, vt in hoc §. quàm contrariam ex parte creditoris aduersus debitorem, vt in principio huius legis diximus. Aliud enim est rem ipsam affici & obligari, quod per cõuentionem pignoris rei alienæ fieri non potest, aliud verò personas ipsas obligari, quæ de pignore conuenerunt, quod æquè fit data pignori re aliena atque propria: quomodo etiam in venditione alienæ rei contingit *l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* vt scripsimus ad initium huius legis. Aliud iuris est in hypothecaria, quæ non potest nasci ex sola conuentione pignoris, nisi res ipsa obligetur, & afficiatur, quoniam actio illa in rem est, non vt pignoratitia in personam, an autem data pignori re aliena, eaque vendita, debitor liberetur, alia quæstio est, de qua in *leg. rescriptum 12. §. 1. infr. de distract. pignor.* vbi si Deus volet, dicemus.

5 ¶ Qui ante solutionem egit pigneraticia, licèt non rectè agit: tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam, & quod sua interest, consequi.

Ad §. vlt. Qui ante.

RAT. DVB. Non potest sequi condemnatio ex actione malè instituta, non magis quàm ex actione nulla. Quid enim refert an vitiosè quid fiat, an nullomodo *l. quoties 6. supr. qui satisd. cogant. l. 2. inf. de auth. tutor.* sicuti nec sine actione agere quisquam potest *leg. si pupilli 6. §. vlt. de negot. gest.* Atqui malè instituit actionem is, qui agit pignoratitia antequàm debitum soluerit, aut aliter eo nomine satisfecerit, cùm pignoratitia non nisi ex solutione aut satisfactione nascatur *§. omnis pecunia supr.* Imò verò non tam malè agit, quàm sine actione, cùm eam actionem instituat, quæ nondum nata est, neque competit vt & in *leg. vnic. in fin. supr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* Fieri ergo non potest vt ex eiusmodi actione nullomodo competente, tamque malè instituta, sequi possit condemnatio. Nam & hodie post sublatas actionum impetrationes & formulas à Theodosio, actionem tamen quę instituitur, necesse est competere *l. 1. & 2. C. de formul. & impetr. act. sublat.* nec quod ex postfacto, & pendente iam lite ius aliquod actori superueniat, facere debet, vt possit vincere, quia sicuti contractus ita & actionis cuiusque initium spectandum est *l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l. non tantùm 12. de SC. Maced.* Non enim potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidit, ideoque alia interpellatione opus est *l. non potest videri 22. supr. de iudic.* nempe cùm actio personalis est. Nam in actionibus in rem aliud iuris esse constat, siue specialis in rem actio sit, siue generalis, adeoque si in rem actio scripta sit *l. quæsitum 30. infr. de pecul.* Quamquam & hoc casu ex parte actoris requirimus, vt dominium ei acquisitum pendente lite, sit acquisitum ex causa de præterito, vt puta si extiterit condicio legati, quomodo Bartolus bene disputat contra Azonem. DEC. Multum interest, an ius superueniat pendente lite ex causa de præterito, quæ iam deducta sit in iudicium, an ex causa de futuro: Priore casu potest sequi condemnatio ex actione præmaturiùs instituta *leg. si mandauero tibi 17. infr. mandat. l. si Titium 9. infr. de verb. oblig.* Posteriore verò non potest *d. l. non potest.* vbi vide quæ scripsimus *supr. de iudic. l. si ponas 23. §. vlt. l. si non mortis 25. in fin. supr. de inoffic. testam.* Atqui cùm debitor dat pignus creditori, ius sibi statim acquirit, vt quandocunque soluto debito pignoratitia actio nasci possit contra creditorem. Ergo si egerit debitor pignoratitia ante solutionem, licèt malè egerit, ac præmaturè ante natam actionem, si tamen posteà pecuniam offerat in iudicio, perinde haberi debet, ac si benè riteque egisset, vt & rem pignoratam, & quod sua interest ex natura actionum bonæ fidei consequatur, quia ius illud causam habet de præterito, non de futuro. Sufficit enim per creditorem stetisse, quominus pecunia ei soluatur, vt nascatur pignoratitia *leg. aliena res 20. §. si per creditorem infr.* Ita vt non sit necessaria obsignatio, nec magis si extra iudicium, quàm si in iudicio fiat obligatio: quicquid dicat Bartolus. Tunc enim obsignatio necessaria est, cùm fit oblatio ad inducendam liberationẽ tollendamque obligationem, non etiam cùm ad moram solùm impediendam *l. si per te non stat 9. l. acceptam 19. C. de vsur.* Quod tamen hîc Vlpianus scribit de oblata in iudicio pecunia, noli cum pragmaticis nostris intelligere de nuda oblatione verbali, cuius in iure nostro effectus nullus esse vnquã potest, sed de vera & reali quam recusare creditor probè non possit, & quæ etiam citra obsignationẽ vim habeat solutionis. Quomodo & cùm prudentes nostri de eo loquũtur, qui paratus sit soluere, aut satisfacere, aut fideiussorẽ dare, de eo semper intelligũt, qui in manu habeat pecuniã, aut præsentem fideiussorem, aut quid aliud quod pro satisfactione esse possit vt in *leg. si reus 73. sup. de procurat. leg. si debitori 21. supr. de iudic. leg. item liberatur 6. §. qui paratus infr. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* Noli rursum intelligere de oblatione, quæ facta sit ante litem contestatam, quomodo intelligit Bartolus ad *leg. item illa 18. in princip. supr. de pecun. constit.* Ponit enim Vlpianus factam esse oblationem in iudi-

In iudicio pignoratitiæ actionis, ac proinde post litem contestatam, nec enim dabat prætor iudicem, nisi lite apud se contestata *l.2. Cod. de pedan. iudic.* Quod à Bartolo cæterisque vulgaribus interpretibus ignoratum esse, mirum non est, quibus iudiciorum vetus mos & ritus fuit omnino incognitus. Idem Bartolus notat condemnandum esse hoc casu debitorem ad expensas litis ob malè institutam actionem, exinde verò condemnandum esse creditorem tanquam ab eo tempore malè ac temerè litigantem, cùm in pœnam temerè litigantium condemnatio expensarum infligatur *l. cum quem temerè 79. supr. de iudic. l. qui solidum 78. in princip. & §.1. de legat. 2. l. si quis inficiatus 13. deposit.* moribus tamen nostris expensarum compensatio potiùs fieret ob mutuam victoriam.

10. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

QVòd si non soluere, sed alia ratione satisfacere paratus est, fortè si expromissorem dare vult: nihil ei prodest.

Ad l. Quòd si non soluere 10.

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hanc legem, quæ ad §. *omnis pecunia versic. satisfactum autem accipimus l. prox. supr.* Nam cum satisfactio pro solutione sit *l. satisfactio 52. infr. de solut.* videbatur non minùs per satisfactionem quàm per solutionem nasci pignoratitia. Sed aliud iuris est, quia cùm aliud pro alio solui inuito creditori non possit *l.2. §. mutui datio supr. de reb. credit.* satisfacere velle nihil prodest, quamuis satisfecisse prosit *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. statuliber rationem 5. in fin. infr. de statulib. leg. promissor 21. in fin. supr. de pecun. constit.* Omnis enim solutio satisfactio est, sed non satisfactio quælibet solutio: quamuis vtroque nomine actum perfectum significemus non solam & nudam oblationem, & soluendi aut satisfaciendi voluntatem. Denique is qui quoquomodo satisfecit liberatur, quia semper habet quod obiiciat petitori *leg. si pupillus 45. in fin. de adminisſt. tutor.*

11. Vlpianus libro 28. ad Edictum.

SOlutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito: vel si fideiussor conuentus fuerit. Nouata autem debiti obligatio, pignus perimit: nisi conuenit, vt pignus repetatur.

Ad l. Solutum 11.

RAT. DVB. Nouata debiti obligatione pignus perimitur *leg. nouatione facta 18. infr. de nouat.* nisi conuenerit expressim vt repetatur, vt Vlpianus hîc subiicit. Nam cùm pignoris obligatio accessoria sit, certum est, non posse illam subsistere sine principali, ex regula *leg. cùm principalis 178. de regul. iur.* Porrò principalem obligationem cui pignus accesserat, per nouationem extingui nemo dubitat. Quid enim aliud est nouatio quam prioris obligationis peremptio, & in sequentem transfusio? *leg. 1. infr. de nouat.* Atqui per litis contestationem fit nouatio, adeoque delegatio *leg. delegare 11. §. 1. eod.* Ergo si lis contestata si cum debitore de ipso debito, dicendum est, nouatione peremptam esse obligationem, & consequenter natam esse pignoratitiam actionem, non minùs quàm solutione: Cùm nouatio solutionis potestatem & effectum obtineat, perinde ac satisfactio, quæ similiter pignoratitiam inducit *leg. prox. supr. §. prætereà Instit. quib. mod. tollit. oblig.* DEC. Alia ratio est nouationis voluntariæ, alia necessariæ, cuiusmodi illa est, quæ fit per contestationem *l. aliam 29. infr. de nouat.* nouatio voluntaria extinguit obligationem omnem, & principalem & accessoriam, vt fideiussorum, & pignorum, sistitque cursum vsurarum *d. l. nouatione leg. emptor 27. eod. tit. l. vnic. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss.* Debet enim sibi imputare qui vltrò nouauit obligationem, cùm non cogeretur, at nouatio necessaria non similiter, quia ex eo quod iuris aut facti necessitate fit, nulla coniectura voluntatis aut remissionis sumi potest *l. seruum quoque 33. §. vlt. supr. de procurat.* neque verò contestando facit quis condicionem suam deteriorem *leg. non solet 86. & seq. de regul. iur.* Inde est, quod dicimus lite contestata vsuras currere *l. lite contestata 35. infr. de vsur.* id est non desinere deberi, si anteà debebantur, neque earum cursum sisti, vt explicauimus in *error. 2. decad. 1. de error. pragmat.* Eadem ratio facit vt etiamsi creditor iudicatum id est condemnatum fecerit debitorem, nihilominus hypotheca maneat obligata *leg. vnic. C. etiã ob chirogr. pecun. pign. retin. poss. l. grege 13. §. etiãsi infr. de pignor.* quamuis æquè fiat nouatio per condemnationem *l. si fundus 16. §. si pluris eod. l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* quia nouatio illa æquè necessaria, non voluntaria est.

1 ¶ Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero: pigneratitia actione tenebor, & nulla solutione facta. Idémque & si acceptò lata sit pecunia[a], vel conditio defecerit, ob quam pignus contractum est[b], vel si pactum, cui standum est[c], de pecunia non petenda factum est.

Ad §. 1. Si quasi daturus.

RAT. DVB. Actioni pignoratitiæ locus fit, cùm obligatio pignoris sublata & finita est *leg. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* Atqui non potest finiri pignoris obligatio, quæ nec initium accepit *leg. Titio vsusfructus 96. de condic. & demonstr.* Porrò cùm quis quasi daturus pecuniam, pignus accepit, nec posteà pecuniam dedit, nulla dici potest contracta pignoris obligatio, quippe quæ sine principali

subsistere nequit, cùm sit accessoria. Principalis autem nulla est, cùm nulla fuit secuta numeratio, ex qua nimirum principalis obligatio nasci potuit, & debuit, nulla interueniente stipulatione *l. cùm enim 7. infr. de nouat.* Ergo nō potest videri hoc casu finita pignoris obligatio, quæ nec initium vllum habuit, & consequenter non potest locum habere pignoratitia. Dec. Pignoratitiam actionem inducit sola conuentio, & datio pignoris, quoties illud præterea concurrit, vt retinendi pignoris causa nulla subsit, vt diximus ad *leg. si rem 9. in princip. & ad §. is quoque supr.* Atqui ponimus & conuenisse de pignore, & traditam fuisse rem pignori, quasi pro futuro debito, quod tamen posteà secutum non sit. Ergo si pecunia nulla data sit, nec proinde contracta aliqua obligatio principalis, perinde nascitur pignoratitia, atque si pecunia ei numerata fuisset, qui pignus dedit, posteà verò ab eo soluta. Quid enim refert, an pignus obligatum nunquam fuerit, an hodie non sit: id est an personalis obligatio finita sit, an verò imperfecta, nec initium vnquam habuerit? *leg. nihil refert 4. supr. de condict. sine caus.* Nec nouum est, vt nulla facta solutione pignoratitia nascatur, tum quoque cùm pecunia numerata fuit, nec reddita, vt in specie *l. eleganter 24. §. vlt. infr.* Sic vbi finitum est pignus, inquit Accursius, datur pignoratitia *l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* Sic interdum vbi finitum est mandatum, datur mandati actio *l. inter causas 26. in princip. l. si præcedente 58. in princip. infr. mandat.* Sic denique etiam post finitam emptionem durat aliquando ex empto actio *leg. ex empto 11. §. is qui vina de action. empt.*

a *Idémque & si accepto lata sit pecunia.* Rat. dvb. Nihil tam naturale est, quàm vnumquodque dissolui eo modo, quo colligatum est *vulg. leg. nihil tam naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. infr. de solut.* Atqui pignoris obligatio aut re contrahitur, aut nuda conuentione *l. 1. supr.* Acceptilatio autem non fit nisi verbis, cùm fiat per stipulationem *l. 1. & pass. infr. de acceptilat.* Ergo per acceptilationem pignoris obligatio dissolui non potest. Per acceptilationem, inquam, pecuniæ debitæ. Nam cùm per stipulationem tantùm fiat acceptilatio, vt diximus, certum est in stipulationem non venire, nisi quantum, & quatenus verbis stipulationis comprehensum est *l. quicquid adstringendæ 99. de verb. oblig.* Aliud autem est pecunia debita, aliud verò pignus pro pecunia datum. Proinde cùm ponamus pecuniam duntaxat accepto latam esse, nihil causæ est, cur pignoris obligatio quæ longè diuersa est, finita esse videatur. Quod tamen ad pignoratitiam inducendam necesse est. Dec. Acceptilatio vim solutionis habet, quoniam imaginaria solutio est *§. 1. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Atqui solutio pecuniæ debitæ parit pignoratitiam actionem *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* Ergo & acceptilatio pecuniæ debitæ eundem effectum habere debet: præsertim cùm per acceptilationem fiat semper nouatio, priore scilicet stipulatione interposita animo nouandi, vt obligatio prima, quæ aliter fortasse quàm verbis contracta fuerat, verbis dissolui possit *l. & vno 18. & l. seq. §. 1. infr. de acceptilat.* Atqui iam diximus nouatione facta legitimè & hypothecas liberari & pignora ex *l. nouatione 18. de nouat.* Consequens igitur omnino est, vt accepto lata pecunia quæ debebatur, pignus finiatur, ac proinde vt nascatur pignoratitia.

b *Vel condicio defecit ob quam pignus contractum est.* Rat. dvb. Pecunia sub condicione promissa, si posteà condicio deficiat, perinde habenda est, acsi promissio nulla præcessisset *l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Atqui si nulla pecuniæ facta fuisset promissio, neque pignus dari potuisset, neque nasci proinde pignoratitia vnquam posset. Ergo neque cùm datum pignus est, pro pecunia promissa sub condicione, quæ posteà defecerit. Dec. Etiam pro futura obligatione pignus dari potest *l. 5. infr. de pignor. sicut & fideiussor l. 6. §. 1. infr. de fideiuss.* Atqui ex condicionali promissione ac stipulatione sperari potest futura obligatio in casum scilicet euenientis condicionis *l. cedere diem 213. de verb. signific.* Adeò vt etiam pendente condicione, condicionalis creditor dicatur creditor, transmittatque spem stipulationis & euenturæ condicionis in heredem, ad differentiam eius cui ex testamento aliquid sub condicione debetur *leg. is cui 42. de oblig. & action. §. ex condicionali Instit. de verb. oblig.* Ergo etiam pro debito condicionali pignus dari potest, ac proinde ab eo tempore incipit nasci ius competituræ quandocunque pignoratitiæ, quoties in eum statum res deducetur, vt omnis spes futuræ obligationis extinguatur: nihil enim est, quod soluere debeat is, qui pignus dedit, cùm nihil debet: deficiente autem condicione, neque debet, neque debere quicquam potest is, qui pignus ante dederat, quasi aliquo casu sub condicione debiturus. Perinde igitur nasci debet ex condicionis defectu pignoratitia, atque si pecunia fuisset aliquando purè debita, ac deinde soluta. Vt defectus condicionis pro solutione sit, quandoquidem faciendæ vnquam solutionis, & necessitatem & metum extinguit.

c *Vel si pactum cui standum est.* Rat. dvb. Pactum nudum de non petendo non tollit actionem, neque obligationem ipso iure, sed tantùm per exceptionem *l. si tibi 17. §. de pignore l. si vnus 27. §. pactus ne peteret supr. de pact.* Atqui non potest nasci pignoratitia actio, nisi sublata & extincta personali obligatione cui pignus accesserat *leg. si rem 9. §. omnis pecunia supr. hoc titul.* & apparet ex supradictis exemplis. Ergo etiamsi pactum de non petenda pecunia factum sit, cui stari oporteat, non tamen statim consequens videtur, vt pignoratitia actio locum habeat. Dec. Nihil interest quod ad rei effectum pertinet, an actio aliqua sublata sit ipso iure, an tolli possit ope exceptionis *l. nihil interest 112. de regul. iur.* adeò vt neque creditor dici debeat is qui actionem aliquam habet, si ea possit exceptione perpetua summoueri *l. creditores 10. l. creditor 55. iunct. l. debitor 106. de verb. signific.* Ergo & qui perpetuam exceptionem habet, qualis illa est, quæ competit ex pacto de non petendo, quoties in rem est, & sine temporis vlla præfinitione, non in personam aut temporale *l. soluitur 5. infr. qui potior. in pignor. hab.* perinde pignoratitiam habere debet, acsi iure ipso liberatus esset. Effectum enim rei Prætor inspicit, tanquam æquitatis custos & magister, non meram iuris subtilitatem, maximè verò in actione pignoratitia, quæ tota prætoria, & ex æquitate est *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.*

2 ¶ Si in sortem duntaxat, vel in vsuras obstrictum est pignus: eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pigneraticia. Siue autem vsuræ in stipulatum

pulatum deductæ sunt, siue non: si tamen pignus & in eas obligatum fuit [a]: quandiu quid ex his debetur, pigneraticia cessabit. Alia causa est earum, quas quis suprà licitum modum [b] promisit. nam hæ penitus illicitæ sunt.

Ad §. 2. Si in sortem.

RAT. DVB. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus pro alio debito datum retineri potest, & quidem per doli mali exceptionem, vt scriptum est in *l. vnic. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss.* quia dolo malo facit debitor, nec audiendus est, qui solam pecuniam illam offert cuius nomine pignus dederat, nisi pro illa etiam satisfaciat, quam simpliciter id est sine pignore mutuam accepit, vt in eadem lege scriptum est. Ergo etiamsi in sortem duntaxat non etiam in vsuras pignus datum sit, dicendum tamen est, etiam pro vsuris chirographariis retineri illud posse. Et consequenter etiam soluta sorte propter quam datum fuerat pignus, pignoratitiam tamen locum non habere, propter quam causam, & ne hic locus cum supradicta Gordiani cōstitutione pugnaret, existimauit aliquando vir doctissimus Iacobus Cuiacius, hunc §. corruptum esse in illis verbis *vel in vsuras.* Et pro *vel* legendū esse *nec*: sic enim docuit *libr. 5. obseruat. cap. 28. & libr. 15. cap. 22.* quamuis ab ea sententia & emendatione tandem recesserit *libr. 19. obser. cap. 27.* DEC. Pignus quamuis sine traditione contrahi possit, non tamen sine consensu & voluntate debitoris *l. 1. supr.* Ergo nec in aliam causam teneri potest, quàm pro qua conuēnit vt pignori res esset. Et consequenter si in sortem duntaxat pignus datum proponatur, nulla ratio est, vt soluta sorte, pro vsuris licèt eiusdem sortis, retineri adhuc possit, siue præcedentis siue subsequentis temporis vsuræ sint, quæ debentur: Ac similiter si pro vsuris duntaxat sortis, quamuis adhuc debitæ pignus datum fuerit, solutis vsuris retineri pignus pro sorte non poterit, quod ad exclusionem sortis pro vsuris duntaxat datum fuit, ac proinde soluto eo pro quo pignus obligatum fuit, necesse est nasci pignoratitiam actionem, vt scriptum est in hoc §. *iunct. l. per retentionem 4. l. si vsuras 21. & seq. C. de vsur.* Nec ad hunc casum pertinere constitutionem Gordiani credendum est in *d. l. vnic.* quæ vult etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse, sed ad illum duntaxat quo pignus datum sit simpliciter, non in certam aliquam causam nominatim, siue sortis siue vsurarum, cum dictione taxatiua. Tunc enim verissimum est, quod ex hoc §. plerique notant pignoris constitutionem, pro certo duntaxat debito factam, suos fines nunquam excedere. Sed si pignus simpliciter, ac sine taxatione vlla datum sit, tum verò maior dubitatio est, an in vsuras quoque cedat. Probabiliùs tamen arbitror si iam tum vsurarium fuit debitum, cùm pignus daretur, etiam in vsuras pignus cedere, tam quæ iam erant debitæ, quàm quæ deberi posteà cœperunt, nec minùs si vel officio iudicis mercenario vel naturaliter tantùm quàm si etiam ciuiliter debebantur, licèt nostri putent requiri hoc casu specialem pro vsuris obligationem. Sicque intelligo, quod scriptum est in *l. si necessarias 8. §. vltim. supr. hoc titul. & in l. creditor 12. §. aliàs l. si prior §. sciendum & l. Lucius 18. infr. qui potior. in pignor. hab.* Credibile namque est, in omnem causam datum pignus fuisse, quod simpliciter datum est *l. 2. C. debit. vendit. pignor. impped. non poss.* in eoque diuersam esse causam pignoris, & fideiussoris. Fideiussor enim acceptus simpliciter non in omnem causam acceptus intelligitur, nisi nominatim ita conuenerit *l. quaero 54. infr. Locat. l. fideiussores magistratuum 68. §. 1. infr. de fideiuss. iunct. l. vlt. eod.* Nempe quia fideiussoris obligatio augetur, si in omnem causam id est etiam vsurarum acceptus esse dicatur, cùm tamen non nisi sortis mentio facta sit in fideiussione. Absurdum enim esset fideiussorem qui ex stipulatione tantùm obligari potest, in plus obligari quàm verbis ipsis stipulationis obligari se velle significauerit *l. 5. §. satis acceptio & l. quicquid 99. de verb. oblig. l. blanditus 12. C. de fideiuss. & d. l. fideiussores §. 1. & d. l. vlt. de fideiuss.* cùm fideiussio sit stricti iuris. At nihil additur obligationi eius qui pignus dat, etiamsi dicamus videri eum in causam quoque vsurarum dedisse, quoniam qui pro maiori quantitate pecuniæ pignus dat, non ideo magis aut in plus se obligat, sed efficaciorem duntaxat exigendæ pecuniæ facultatem præbet creditori, & contractus hic bonæ fidei est, qui proinde ampliorem ex bona fide recipit interpretationem. At si cùm pro debito nondum vsurario pignus datum esset, conuenerit posteà & ex interuallo de vsuris præstandis, nec adiectum sit quicquam de pignore, nulla ratio est, vt pro iis quoque vsuris pignus datum intelligatur, quæ scilicet tempore dati pignoris in eo erant, vt neque deberentur, neque deberi sperarentur *d. l. 4. C. de vsur.* Hoc enim adiiciendum est, ne quis fortè putet nos existimare, pignus etiam pro vsurario debito datum, ad vsuras tamen, quę post dationem pignoris accesserunt, porrigi non debere: quod certè falsum est, quia sufficit causam & originem obligationis earum præcessisse *dict. §. sciendum & d. l. Lucius.* Nec distinguendum est, an pacto nudo promissæ sint vsuræ, an per stipulationem, id est an naturaliter tantùm fuerint debitæ, an etiam ciuiliter. Huic enim distinctioni tum demum locus est, cùm de petendis vsuris agitur, non cùm de retinendis *d. l. 4. C. de vsur.* Tantundem enim prodest naturalis obligatio ad retentionem, quantum ciuilis *leg. 3. §. vlt. supr. quod quisq. iur. l. naturales 10. de oblig. & action. l. fideiussor 16. §. naturales infr. de fideiuss.* Neque sententiæ nostræ obstat supradicta Gordiani constitutio, quæ pignus retineri posse ait etiam ob chirographariam pecuniam. Intelligi enim debet de sorte chirographaria, non de sortis pignoratitiæ, nec tamen ab initio, vsurariæ vsuris chirographariis posteriore conuentione promissis, denique de duabus sortibus vna pignoratitia, alia chirographaria, non de sorte pignoratitia, & vsuris chirographariis, vt Cuiacius loquitur *dict. cap. 27. libr. 19. obseruat.* quod & verba ipsa constitutionis demonstrant. Quamquam non probo, quod idem Cuiacius addit, nouam esse constitutionem illam, ideoque non facilè vltra fines suos extendendam. Illa siquidem verba *iure enim contendis* ostendunt satis nihil noui iuris ea constitutione induci, sed vetus tantùm conseruari. Etsi autem verum est quod diximus, pignus pro sorte datum simpliciter, ac sine taxatione etiam pro vsuris datum intelligi, non tamen statim fit consequens, vt etiam pro vsuris pignus vendi possit, nisi vendatur ex pacto vt in *d. l. si necessarias §. vlt.* Aliud enim est retineri

posse pignus, aliud vendi, vt ad *d. §. vlt. docuimus.* Alioqui dicendum esset, etiam pro vsuris naturaliter tantùm debitis pignus vendi posse, perinde atque retineri *d.l.4.C. de vsur.* quod tamen verum non esse ex eo apparet, quod vsuræ naturaliter tantùm debitæ peti nullomodo possunt, nec proinde exigi quomodo possunt illæ quæ ciuiliter & ex stipulatione debentur *d.l.4.& l.3.eod.* Exigerentur autem si pro iis quoque vendi pignus posset, sicut exigi pecunias dicimus, quæ in iudicati executione ex pignorum venditione percipiuntur *l. à Diuo Pio 15. §. si pignora & seqq. infr. de re iudic.* At cùm ex pacto pignus venditur, id certè actum intelligi debet, vt non minùs pro vsuris quoquomodo debitis vendi possit, quàm pro cæteris omnibus quæ in pignus impensa sunt *d.l. si necessarias §. vlt.* Ne alioqui creditor paciscendo, vt pignus vendere sibi liceat, retentionis ius hoc ipso sibi ademisse videatur, si non magis ex precio venditi pignoris vsuras natuliter tantùm sibi debitas retinere possit, quàm ex ipso pignore quod vendidit, & ex venditionis causa tradidit. Planè quod ad vsuras etiam ciuiliter debitas pertinet, dubitari minùs potest, quin pro iis & retineri pignus, & vendi possit, etiamsi pactio nulla de pignore vendendo intercesserit, quia cùm possint peti, etiam per actionem ex stipulatione, multo magis per venditionem pignoris exigi possunt. Estque hæc differentia inter vsuras ex stipulatione debitas, & eas quæ ex pacto nudo, vt quæ sequuntur in hoc §. apertè demonstrant. Id enim duntaxat monet Vlpianus in hoc §. nullam esse differentiam, vtrum vsuræ ex stipulatione, an ex pacto nudo debeantur, quantum ad hoc, vt vtroque casu si in eas tantùm & cum hac taxatione pignus datum sit solutis vsuris, possit pignus repeti per actionem pignoratitiam, quamuis nondum soluta sorte: Vt intelligamus extra hunc casum & in aliis quibusdam differentiam esse, vt melioris condicionis sint, quæ ciuiliter quàm quæ naturaliter duntaxat debentur, non vt pro naturaliter tantùm debitis requiratur specialior obligatio pignoris, vt nostri existimant: sed vt pro iis vendi pignus non possit, pro vsuris autem ciuiliter debitis possit: nec Accursius, nec Bartolus, nec Cuiacius, neque Cuiacij reprehensores hinc extricare se potuerunt.

a *Si tamen pignus & in eas obligatum fuerit.* Intellige siue expressè siue tacitè, sufficit enim pignus simpliciter datum esse pro debito iam vsurario, vt non tantùm pro sorte, sed etiam pro vsuris, siue naturaliter duntaxat, siue ciuiliter quoque debitis datum esse intelligatur, solusque casus ille excipiendus est, vt diximus, quo in sortem tantùm vel in vsuras tantùm pignus obligatum sit: Cæterùm siue in sortem & vsuras, siue in vsuras duntaxat pignus obligatum fuerit, quandiu aliquid ex vsuris debetur, pignoratitia cessat, quia verum est, nondum esse solutam omnem pecuniam pro qua pignus datum fuit *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* Ponendum igitur est vsuras istas aliquomodo debitas fuisse, id est aut ex pacto nudo, aut ex stipulatione, aut saltem ex mora, vt in bonæ fidei iudiciis, quomodo & Accursius noster hîc benè notat *l. mora 32. §. in bonæ fidei infr. de vsur.* Itemque in caussis minorum, & in legatis ac fideicommissis *l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. l. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2.*

b *Alia causa est earum quas quis supra licitum modum.* RAT. DVB. Vsuræ promissæ quamuis supra legitimum modum & licitum tamen promissæ sunt, siue per stipulationem, siue per nudum pactum promissæ proponantur. Ergo cùm non eò minùs naturaliter tantùm sint debitæ, (naturalis enim obligatio ex pacto etiam nudo nascitur *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.*) etiam propter eas pignus retineri poterit. DEC. Non omnia pacta tuetur Prætor, vt ex iis det exceptionem, & retentionē, sed ea tantùm quæ nec contra leges sunt, nec contra bonos mores *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor supr. de pact. l. pacta quæ contra 6. C. de pact.* & quæ ideo iusta dicuntur à Papiniano in *d. § naturalis.* Sicuti neque omnes stipulationes aut ius ciuile aut Prætor ratas habet, sed similiter eas tantùm quæ nec legibus nec bonis moribus aduersantur *leg. stipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig. l. 1. leg. ex eo 4. & pass. C. de inutil. stipulat.* Atqui contra leges sunt pacta & stipulationes vsurarum illicitarum. Ergo propter eas retentio nullo casu dari potest, quia penitus illicitæ sunt: & quod vsurarum nomine supra legitimum modum etiam per stipulationem promissum est, pro non adiecto, & non promisso haberi debet *l. pecuniæ 9. l. placuit 28. infr. de vsur.* Tantùmque abest, vt vel peti, vel retineri possint, vt etiamsi solutæ fuerint, condicantur tamen tanquam indebitæ *leg. si non sortem 26. §. 1. supr. de condict. indeb.* vbi diximus.

3 ¶ Si creditori plures heredes extiterint, & vni ex his pars eius soluatur: non debent cæteri heredes creditoris iniuria adfici: sed possunt totum fundum vendere, oblato debitori eo, quod coheredi eorum soluit. quæ sententia non est sine ratione.

Ad §. 3. Si creditori.

RAT. DVB. & DECID. ad hunc §. eadem est quæ ad *§. si vnus ex heredibus l. si necessarias 8. supr.* Nam obligatio personalis siue actiua siue passiua diuiditur ipso iure per legem duodecim tabularum inter plures heredes debitoris vel creditoris *l. 1. C. si cert. pet. leg. vlt. C. de heredit. action.* Sublata verò personali obligatione pro parte hereditaria illius ex coheredibus, qui soluit, aut cui solutum est, pignoris quoque obligatio tanquam accessoria pro eadem parte ex extincta videbatur. Sed contra est, quia pignoris obligatio, non sicuti personalis diuidua est, sed indiuidua *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* ideoque nec per legem duodecim tabularum diuiditur *leg. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. vel credit.* nec magis ex parte creditoris, quàm ex parte debitoris, vt hîc locus omnium apertissimè probat, est enim de pluribus heredibus creditoris quorum vni debitor partem ipsius hereditariam soluerit. Textus verò *d. §. si vnus*, de pluribus heredibus debitoris, quorum vnus partem suam debiti soluerat creditori. Ergo quemadmodum, si vnus ex heredibus debitoris portionem suam soluerit, attamen tota res pignori data vendi adhuc potest, perinde acsi debitor ipse partem debiti soluisset *d. § si vnus.* Ita & dicendum est, si creditori plures heredes extiterint, & vni ex eis pars eius soluatur, posse nihilominus cæteros coheredes totum

totum fundum vendere, ne alioqui afficiantur iniuria si totum pignus distrahere prohibeantur, ob solutionem coheredi factam, sed hoc tamen adhibito temperamento, vt debitori antè offerre debeant, id quod ipse coheredi soluerit, ne alioqui debitor in damno maneat, si posteaquàm partem debiti soluerit vni ex heredibus creditoris, adhuc tamen totum debitum aliis offerre cogatur, vt impediat totius pignoris distractionem: nec enim expectandum esset, vt coheredi, cui partem debiti primùm soluisset, solutum condiceret tanquam indebitum. Nam indebitum quicquam accepisse videri non potest, qui partem tantùm suam debiti hereditarij verè sibi debitam accepit: Ita res omni ex parte ad suam æquitatem bellissimè reducitur: & partis debiti solutio quæ pignus liberare pro parte nullomodo potuit, neque debitori qui soluit, neque coheredibus eius cui solutum fuit, damnosa est.

4 ¶ Solutam autem pecuniam accipiendum, non solùm si ipsi, cui obligata res est, sed & si alij sit soluta voluntate eius: vel ei, cui heres exstitit, vel procuratori eius, vel seruo pecuniis exigendis præposito. Vnde si domum conduxeris [a], & eius partem mihi locaueris, egóque locatori tuo pensionem soluero: pigneraticia aduersus te potero experiri [b], nam Iulianus scribit, solui ei posse. & si partem tibi, partem ei soluero: tantundem erit dicendum. planè in eam duntaxat summam inuecta in ea & illata tenebuntur, in quam cœnaculum conduxi: non enim credibile est, hoc conuenisse, vt ad vniuersam pensionem insulæ friuola mea teneantur. videtur autem tacitè & cum domino ædium hoc conuenisse: vt non pactio cœnacularij proficiat domino, sed sua propria.

Ad §. 4. Solutam.

RAT. DVB. Omnis actio pignoratitia tacitam habet condicionem, si pecunia soluta sit creditori *l. item 9. §. omnis pecunia supr.* Atqui condiciones omnes implendæ sunt in forma specifica, quantùm fieri potest *leg. qui heredi 44. l. Mauius 55. l. cui fundus infr. de condic. & demonstr.* Ergo vt habeat debitor pignoratitiam, necesse est solutam esse pecuniam ipsi creditori, nec sufficit, quòd ex eius voluntate alij soluta sit, vel ei cui heres ipse extitit, vel procuratori eius vel seruo exigendis pecuniis præposito. DEC. Nihil refert quid ex æquipollentibus fiat *leg. vlt. §. 1. infr. mandat.* tum quoque cùm de implenda condicione tractatur *leg. mulier 22. infr. ad SC. Trebell. l. si statuliber 6. §. si filiusfamilias infr. de statulib.* Atqui solutio facta alij quàm ipsi creditori dummodo ex creditoris voluntate, æquipollet solutioni factæ ipsi creditori *leg. restituta 37. leg. quia perinde 42. ad SC. Trebell.* Item illa quæ facta est vero procuratori *leg. vero procuratori 12. l. hoc iure 86. infr. de solut.* Item quæ facta est ei, cui creditor heres extitit, licèt acceptæ solutionis tempore nullum ille à creditore mandatum haberet. Heres enim factum defuncti præstare debet *l. ex qua persona 149. de regul. iur. l. cùm à matre 14. C. de rei vindic. tot. tit. C. de heredit. action.* & adeundo hereditatem illius, qui non suo sed ipsius creditoris nomine solutionem accepit, (hoc enim omnimodo requiritur *leg. si pupilli 6. §. sed si ego supr. de negot. gest.*) hoc ipso ratam videtur habere solutionem: Nisi adierit cum beneficio legis & inuentarij, inquit Bartolus, & hereditas non sit soluendo *leg. vlt. §. & si præfatam C. de iur. delib.* Item quæ facta est seruo exigendis pecuniis præposito *l. si quis seruo 18. de solut.* aut quod magis est, negotiis omnibus creditoris *leg. qui hominem 34. §. si Titius eod. tit.* Ergo his quoque omnibus casibus perinde nascitur pignoratitia, acsi creditori ipsi pecuniam debitor soluisset. Quod enim per alium quis facit, per seipsum facere intelligitur, quoties tale quid est, quod mandari, & per alium expediri possit *l. si quis id quod 7. §. vlt. supr. de iurisdict. l. ita autem 5. §. quod si quis tutelam infr. de admin. tutor.* Idque ad publicam etiam vtilitatem, priuatamque debitoris & creditoris pertinet, vt etiam per alium possit, quis & soluere & solutionem accipere, ita enim fit, vt commodiùs & expeditiùs fiat solutio acquirendæ liberationis gratia, quæ semper fauorabilis est *leg. Arianus 41. infr. de oblig. & action.* Idem est si creditori creditoris solutum sit, vt in exemplo quod statim subiicitur

a *Vnde si domum conduxeris.* Proponitur in hoc versic. alius nouus casus, in quo potest debitori competere pignoratitia, etiamsi neque creditori soluerit, neque alij ex ipsius voluntate expressa, puta si soluerit creditori creditoris sui: Finge te domum Sempronianam conduxisse à Titio conuenta pensione aureorum decem, me verò eiusdem domus partem à te subconduxisse pro quinque aureis: postea eam pensionem quinque aureorum soluisse me Titio. Pignoratitia aduersus te potero experiri, vt ea omnia quæ in partem illam domus inuecta & illata à me sunt, possim recipere, perinde acsi ea quinque non Titio, sed tibi ipsi soluissem.

RAT. DVB. Non nascitur pignoratitia, nisi debitor qui pignus dedit, vel soluerit vel aliter satisfecerit ipsi creditori, aut alij ex eius voluntate, vt in exemplis de quibus initio huius §. Atqui in proposita specie quod soluitur creditori creditoris, non soluitur ipsi creditori, qui scilicet quamuis debitor sit sui creditoris, non tamen facit debitorem eum cuius ipse solus creditor est, nisi interueniat delegatio. Ergo nec pignoratitiam habere potest conductor posterior ob solutam pensionem locatori sui locatoris, nec enim creditor creditoris est creditor inferioris debitoris. Estque hic casus longè diuersus à superioribus: hîc enim quod solutum est locatori posterioris locatoris, solutum est ei, qui non solùm voluntatem expressam veri creditoris non habuit, sed neque veri creditoris nomine solutionem accepit, sed suo proprio, cùm esset ipse creditor posterioris locatoris. Constat autem non aliter posse liberationem contingere, quàm si solutio facta sit vero creditori, aut ex eius voluntate *leg. qui hominem 34. §. si Titium & seqq. infr. de solut. leg. creditoris 8. C. de condict. indeb. l. inuito 12. C. de solut.*

DEC. Nihil refert an solutio facta sit ex creditoris volunrate expressa, an ex tacita. Soler enim plerunque eadem esse ius taciti quæ expressi *vulg. l. cùm quid 3. supr. de reb. credit. l. is qui 13. in fin. supr. tit. prox. l. penult. infr. de euict.* Atqui cùm posterior conductor pensionem à se debitam soluit primo locatori, credendus est eam soluere ex voluntate sui locatoris, eiusdemque posterioris locatoris, nempe quia per eam solutionem posterior locator liberatur à primo locatore, eodemque suo creditore pro rata solutæ pensionis, licèt posterior conductor non prioris nomine soluerit, sed suo, quia nec adeò nomine suo soluere potuit, quin etiam locaroris sui nomine solueret *leg. soluendo 39. supr. de negot. gest. leg. solutione 21. infr. de solut.* Cùm igitur per eam solutionem prior conductor à suo credirore liberatus sit, atque ita factus locupletior *leg. si pupilli 66. in fin. eod. tit. l. species 11. de acceptilat.* facit certè dolo malo si ratam nolit habere solutionem creditori suo factam, licèt mandato nullo interueniente *l. si opera 6. infr. de doli mal. except.* Idemque iuris est, si ei soluerim, qui creditor erat eius, cui non alia de causa tenebar quàm quod ipse alij teneretur, vt addit Barrolus ex *l. si liber homo 36. supr. de negot. gest.* Dices, non ergo fieri liberationem hanc ipso iure, sed tantùm opposita doli exceptione *d. l. si opera*, & cõsequenter non nasci posse ex huiusmodi solutione pignoratitiam. Sed non est bona cõsecutio. Sufficit enim ad inducendam pignoratitiam, vt personalis obligatio quæ ipso iure sublara non est, elidi possit per exceptionem: Vt in eo vidimus, qui per exceptionem tantùm pacti de non petendo liberatus est, de quo in §. 1. *huius legis*, vbi diximus. Illud verò in proposito casu amplius est, quod etiam posterioris conductoris bona primo locatori pro pensione sunt obligata, vt Vlpianus hîc docet, cùm subiicit. *Planè in eam duntaxat summam inuecta mea & illata tenebuntur, in quam cœnaculum conduxi.* Vt proinde non possit absolutè dici locatoris mei locatorem, meum creditorem non esse, qui inuecta & illata mea obligara sibi habeat, quæ nec nisi soluta pensione liberare ab eo possim, adeoque qui ad solutionem cogi posset vtili actione *leg. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poss. l. si conuenerit 18. infr. hoc tit.* Proinde cùm vnica solutio mihi proficiat ad vtramque liberationem, vt in *l. in numerationibus 44. de solut.* omnino consequens est, vt non minùs contra te quàm contra locatorem tuum nasci debeat mihi pignoratitia, cùm nec illata & inuecta mea alio iure tibi obligata sint, quàm quia pensionem tibi debeo, pro qua æquum est, tacitè obligata intelligi domino ædium omnia quæcunque in eius ædes inuecta sunt, cùm eam pensionem tu quoque ipsi debeas pro qua essent, æquè obligata inuecta per te & illata omnia, si tua essent. Nec enim recusare debeo, quominùs eodem iure tenear, quo tu teneretis tuo locatori, licèt cum eo non contraxerim, quandoquidem in tuum quodammodo locum volui me substitutum, conducendo abs te partem domus, quam tu primùm ab eo totam conduxeras. Facit igitur bonorum meorum obligatio, quæ locatori tuo taciti pignoris iure tenebantur, vt ei soluendo liberauerim me ipso iure à te, bona verò mea non tantùm à te, sed etiam à tuo locatore: iniquum enim est impunè non soluere eum quem Prætor vt soluat, possit cogere *l. quod autem 6. §. apud Labeonem infr. quæ in fraud. credit.* Quòd si inuecta & illara mea locatori tuo non essent obligata, equidem perinde liberarer à te, sed non ipso iure, at per doli exceptionem duntaxat, vt concludunt omnes ex *d. l. si opera*, sed tamen non eo minùs pignoratitiam haberem, quia æquè locatori tuo possem soluere, & solutionem ei factam per quam tu liberatus esses, & locupletior factus ratam habere cogereris: imò verò, quod magis est, etiamsi inuito te, locatori tuo soluissem, tui liberandi gratia, liberarem re ipso iure *d. l. soluendo & d. l. solutione*, quamuis eo casu non perinde abs te ipso iure liberarer, adeoque nec per doli exceptionem *l. si pro te præsente 40. infr. mandat. d. l. inuito 12. C. de solut.* quia imputare mihi deberem, quod contra voluntatem & prohibitionem tuam soluissem *l. vlt. C. de negot. gest.* Quæ ratio euidenter cessat, cùm ideò solui etiam te inuito, vt bona mea creditori tuo tacitè obligata liberarem, nec enim debet esse in tua potestate, vt vel me, vel bona mea contra voluntatem meam ob contradictionem tuam in obligatione retineas, vt subtiliter Castrensis post Bartolum dispurar ex *l. vtrum 27. supr. de pecun. constit.* Illud tamen mirum videri potest, quo iure aut qua tandem ratione inuecta & illata mea primo locarori teneantur, cùm nullomodo ei sim obligatus, sed soli tibi cùm quo solo contraxi, & pignoris obligatio, quæ accessoria tantùm est, subsistere sine principali non possit. Sed facilis responsio est, etiam pro alieno debito pignus dari posse non minùs quàm fideiussorem, & sufficere, quòd locatori tuo debeas, vt pro tuo debito bona mea sint ei obligata. Vnde illa etiam quæstio apud Vlpianum nascitur, an pro ea duntaxat pensione quam debeo tibi, obligata sint creditori, & locatori tuo, inuecta & illata mea, an verò pro tota pensione quam tu ipsi debeas. Ponimus enim te à Titio domum totam conduxisse, me verò abs te eiusdem domus non nisi partem tantùm. Sed respondet Vlpianus non esse credibile hoc conuenisse, vt ad vniuersam pensionem insulæ friuola mea id est mobilia inuecta & illata tenerentur, sed tantùm ad eam vsque summam in quam cœnaculum, & partem ædium conduxi, ne scilicèt aliter posito iure pignoris obligatio, quæ non nisi accessoria est, vltra eam summam, quæ principaliter debita est, extendatur. Sicut enim qui soluit simpliciter, id soluere potiùs intelligitur, quod suo nomine debet quàm quod alieno *l. 4. infr. de solut.* Ita & qui pignus dat siue expressè siue tacitè, pro sua potiùs quàm pro aliena obligatione id dare credendus est: Cùm pignoris datio, quamuis solutio non sit, satisfactio tamen quædam sit *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* Dubitandi tamen ratio non inelegans ex eo sumi potest, quod Vlpianus subiicit, videri hoc inter me & locatorem tuum eundemque dominum ædium conuenisse, vt friuola mea taciti pignoris iure ipsi tenerentur. Nam si hoc fit ex tacita quadam pactione, quæ inter me & primum locatorem interuenisse creditur, cur non dicimus in vniuersam pensionem, quæ ipsi debetur, obligata censeri inuecta mea & illata? Alioqui non nisi ex parte cautum ei erit, si pro parte tantùm illa pensionis, quæ à me tibi debetur, non pro tota illa quam debes obligata esse dicãtur. Sed ratio decidendi ex eo sumenda est, quòd contractus pignoris qui bonæ fidei est, hanc non patitur interpretationem, vt ego partem duntaxat ædium possideam, nec proinde nisi partem pensionis debeam, & tamen pro tota pensione bona mea mobilia in cœnaculum inducta & illata priori locatori sint obligata. Quamquam enim id fieri expressa conuentione posset, eo scilicet iure, quo etiam pro alieno debito bona sua quis obligare potest, in dubio tamen non est verisimile

id ta-

id tacitè actum esse inter me, & primum locatorem, quod nec expressim facilè fuerim conuenturus, vt etiam pro tuo debito bona mea primo locatori tenerentur, quæ satis est pro meo esse obligata. At hîc rursum illa replicatio occurrit, quod sicuti personalis obligatio & actio acquiri primo locatori ex conuentione inter me & te facta non potuit: ita neque ius pignoris in bonis meis inuectis & illatis, alioqui per liberam personam acquireretur, quæ non esset in potestate primi locatoris, contra iuris regulam de qua in §. *prox. infr.* Sed ad hanc quoque obiectionem tacitè respondet Vlpianus iis verbis, *videtur autem tacitè & cum domino ædium hoc conuenisse, vt non pactio cœnacularij proficiat domino, sed sua propria.* Quibus verbis ostendit, quamuis inter me ac primum locatorem contractus nullus intercesserit, videri tamen me cum eo ita conuenisse, me quidem inferendo mea in eam partem ædium, quam à conductore priore conduxi, ipsum verò primum locatorem patiendo ea inferri. Cur enim passus esset, nisi vt ea obligata haberet? Est itaque hæc tacita quædam conuentio, quæ ex facto conductoris, & patientia locatoris inducitur, vt quemadmodum etiamsi nulla inter primum locatorem, & primum conductorem conuentio de inuectis & illatis obligandis interuenisset, non eo minùs tamen tacitæ cuiusdam pactionis iure illata per primum conductorem tacito iure pignoris obligata censerentur, ita & inter me posteriorem conductorem & primum locatorem, eadem tacita pactio interuenisse credatur, si ego in partem illam ædium, quas conduxi, triuola mea intulero, quamuis nihil inter nos de pignore conuenerit. Nam neque illud requiritur, vt primus locator, idemque dominus ædium expressim conuenerit de pignore. Quid verò domini interest, an primi conductoris bona in domum locatoris primi illata sint, an posterioris conductoris? Et rursum quid refert secundi conductoris, an quæ per eum inuecta & illata sunt, priori locatori obligentur tacitè, an posteriori: Dum ne pro maiore summa quam pro ea quæ primo conductori debetur, non quæ primo locatori. Ex quo intelligimus, cur bona secundi conductoris faciliùs quàm ipsius persona obligentur primo locatori, nempe quia personalis obligatio difficiliùs nascitur, cùm non nisi ex contractu nascatur, vel ex quasi contractu, & ex delicto, aut quasi delicto, aliisve quibusdam causarum figuris, quàm actio realis, quæ ex re ipsa, & ex facto nascitur, nulla etiam præcedente obligatione §. 1. *Instit. de action. leg. non aliàs* 24. §. *sed si postuletur supr. de iudic. l.* 1. *C. de alien. iudic. mut. caus. fact.* itaque illatio bonorum secundi conductoris in ædes locatas primo conductori, obligationem pignoris parere potest ex tacita quadam conuentione *l.* 2. 3. & 4. *infr. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* sed personale non potest. Quamquam & in mobilibus inuectis, & illatis ab inquilino, magna differentia est inter manifestum pignus, & tacitum *l. pen. eod. tit.* Itemque an primus conductor alij sublocauerit, an verò gratuitam habitationem concesserit. Hoc enim posteriore casu bona secundi inhabitatoris non sunt domino ædium tacitè pro pensione obligata *l. Pomponius* 1. *eod. tit.* quia nec sunt primo conductori, qui non sublocauit, sed donauit *l. in ædibus* 9. *infr. de donat.* Ius autem primi locatoris in bona per secundum inhabitatorem illata pendet ex iure primi conductoris, in conductore prædij rustici aliud est *l. si in lege* 25. §. *si colonus infr. locat. l. certi* 6. *C. eod.*

b *Pignoratitia aduersus te potero experiri.* RATIDVB. Pignoratitia actio re contrahitur §. *vlt. Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Atqui inuecta & illata per me in domum Titij quam primus conductor mihi sublocauit, nunquam fuerunt à me aut primo locatori aut conductori primo tradita. Ergo pro iis etiam post solutam pensionem contra neutrum dari mihi actio pignoratitia potest. DEC. Illatio bonorum meorum mobilium pro ficta traditione habenda est, non quasi faciat aut primum aut secundum locatorem possessorem (alioqui non haberent illi interdictum quasi Saluianum nequidem vtile quod est adipiscendæ possessionis, sed potiùs recuperandæ, si ab initio possedissent, vt subtiliter Bartolus disputat ex *l.* 1. *infr. de Saluian. interd. l.* 1. *C. eod.* §. *interdictum Inst. de interd.*) sed quia potest traditio fieri etiam citra possessionis translationem, vt cernere est in precario, deposito, & commodato, quæ tamen traditio quantumcunque simplex sufficit ad inducendam pignoratitiam, & ad rem obligatam recipiendam, quocunque modo detenta fuerit, etiamsi non possessa à creditore. Planè si pro solutione pensionis mobilia mea locator incluserit, quod tam primus, quàm secundus facere potest, defendi rectè poterit ab eo tempore creditorem, qui incluserit possidere, cùm exinde & alienatio quælibet mobilium inclusorum, & manumissio etiam seruorum prohibita sit *d. l. penult. infr. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrah.* Anteà enim quomodo possideret eas res, quas neque vidisset vnquam, neque tetigisset? *l.* 3. §. *Neruafilius infr. de acquir. poss.* His consequens est, vt cùm vterque locator tam primus quàm secundus possit res in domum locatam illatas includere, tanquam sibi obligatas, vt constat ex hoc §. possit similiter pignoratitia actione vterque conueniri, licèt hic textus de secundo tantùm conductore loquatur non de primo. Vbi enim iuris ratio eadem est, idem quoque ius constituendum est, si diuersitatis causa adferri nulla possit *vulg. l. illud* 32. *ad leg. Aquil. l.* 3. §. *vnde etiam infr. de inoff. rupt. l. à Titio* 108. *in fine principij de verb. oblig.* Adeò autem tacitè obligata sunt, quæ inuecta & illata fuerunt per secundum inquilinum, vt non tantùm pro pensione retineri possint, sed etiam pro qualibet alia pecunia, si qua ab eodem secundo conductore debeatur primo vel secundo locatori: maximè verò si deteriorem habitationem secundus inquilinus culpa sua fecerit *l.* 2. *in quib. caus. pign. vel hypoth.* Et in eo nostri consentiunt ex *l. vnic. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss.* Notandum autem est quod mobilia inuecta & illata per inquilinum, Vlp. hîc *friuola* appellat, quasi quæ modici sint momenti. Etsi enim possunt pretiosa esse mobilia, solet tamen eorum possessio parui pendi & negligi *l. si rem mobilem* 47. *infr. de acquir. poss.* vbi additur faciliùs eam amitti ob hanc causam. Vnde & *fribusculum* quidam dictum putant in *l. cùm hic status* 32. §. *quòd si diuortium infr. de donat. int. vir. & vxor.* pro dissensione breui, ac leui iurgio inter coniuges superueniente quod à diuortio multùm distat *l. quod si non diuortium* 31. *de iur. dot.*

5 ¶ Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur: adeò, vt nec per procuratorem plerunque, nec tutorem adquiratur. & ideo ipsi

actione pignoraticia conuenietur. sed nec mutat, quod constitutum est ab Imperatore nostro, posse per liberam personam possessionem adquiri: nam hoc eò pertinebit, vt possimus quidem pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem, vel tutorem adprehendere: ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper adquiret.

Ad §. 5. Per liberam.

RAT. DVB. Pignoris obligatio per traditionem & possessionis translationem propriè constituitur *leg. si rem alienam* 9. §. *propriè supr. l. cum & sortis* 35. §. 1. *infr. hoc tit.* Atqui nihil prohibet acquiri nobis possessionem per liberam personam. Id enim non modò vtilitatis publicæ causa receptum, sed etiam disertè constitutum fuit ab Imper. Alex in *leg. 1, C. per quas person. nob. acquir. l. possessio quoque* 49. §. *etsi possessio infr. de acquir. poss.* Ergo nec quicquam vetat pignoris obligationem acquiri nobis per liberam personam, puta procuratoris aut tutoris *l. 2. C. quand. ex fact. tutor. l. eum qui* 5. § *si actori supr. de pecun. constit. l. quod procurator* 68. *supr. de procurat.* præsertim cùm non tantùm possessio, sed etiam dominium acquiratur æquè per liberam personam *l. per procuratorem* 8. *C. de acquir. poss.* Cur enim difficiliùs obligatio, quàm dominium per liberam personam acquireretur? DEC. Obligationes omnes ad hoc comparatæ sunt, vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verb. oblig.* Vt autem alij acquiratur, in cuius non sim potestate, nihil interest mea, vt ibidem Vlpianus scribit: vnde est quod quæcunque gerimus, cùm ex nostro contractu originem trahant, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: vt Paulus scribit in *l. quæcunque* 11. *de oblig. & action.* Ergo non magis obligatio pignoris quàm alia vlla nobis acquiri per liberam personam potest *l. & licèt* 15. *supr. de constit. pecun.* Aliaque ratio hac parte est dominij, alia obligationis, non quia obligatio acquiratur per actum ciuilem, possessio autem & dominium per actum naturalem: vt Bartolus docet ex *l. ea quæ ciuiliter* 53. *infr. de acquir. rer. domin.* (nam & dominium quiritiarium ciuile est, & per actus ciuiles sæpe acquiritur, vt tractat Vlp. in *Fragmentis tit. 19. de acquisit. rer.*) sed quia dominium adeò pendet à possessione, à qua & dominia cœperunt *l. 1. de acquir. poss.* vt à possessione non facilè separari possit: Quod cùm accidit, non potest nobis per liberam personam acquiri possessio naturaliter, quin dominium etiam cum possessione acquiratur *d. l. per procuratorem* 8. *C. eod.* quòd si à possessione dominium separari possit, quod plerisq; casibus euenit, quia nihil cõmune habet proprietas cum possessione *l. naturaliter* 12. §. *nihil commune & l. pen. infr. eod. ill. tit.* Certum est non magis dominium, quàm obligationem acquiri posse per liberam personam: Denique dominij acquisitio, quæ per alium fit iuri nostro non subiectum, nunquam potest incipere à dominio, sed vt à possessione semper incipiat necesse est, à qua tamen incipere obligatio nunquam potest, siue personalis obligatio sit, siue realis. Excipitur sola obligatio pecuniæ creditæ, & quæ ex ea nascitur cõdictio, quam acquiri per liberam personam posse iam olim placuit *l. si ita stipulatus* 126. §. *Chrisogonus vers. respondi & seq. infr. de verb. oblig. l. certi condictio* 9. §. *si nummos* vbi diximus *supr. de reb. credit. l. 2. C. per quas person. nob. acquir.* vbi Iustinianus contra iuris veteris rationem cõstituit, vt quo casu personalis obligatio per alium nobis acquiritur, etiam pignoris obligatio nobis acquiratur, nulla quoque cessione interueniente, quæ olim erat necessaria. Et ad hanc nimirum constitutionem respexit proculdubio Tribonianus in hoc §. cùm adiecit dictionem *plerunque* valde incõcinnè in illis verbis *adeò vt nec per procuratorem plerunque vel tutorem acquiratur*: itemq; in postremis illis verbis huius §. *ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper acquiret.* Cur enim *non semper* nisi vt eum casum excipiat quo pignoris obligatio cum personali nobis acquiritur ex dicta Iustiniani constitutione? Tractat siquidem Vlpianus in fine huius §. de pignoris obligatione, nõ de personali, vt verba ipsa ostendunt: & ad rationem dubitandi, quam attulimus, respondet: aliud esse si quis dicat acquiri nobis per procuratorem, aut tutorem possessionem pignoris vtiliter constituti, quod fieri potest: Aliud verò ipsam pignoris obligationem, quæ extra casum *d. l. 2.* acquiri per liberam personam nunquam potest. Non desunt tamen varij casus, in quibus ex stipulatione tutoris vel procuratoris actio vtilis domino acquiratur, vt puta si tutor cùm pecuniam pupillarem crederet, siue administrationem eius pecuniæ haberet, siue non (nec enim placet distinctio Accursij) ipse eam reddi stipulatus sit *d. l. 2. C. quando ex fact. tutor. l. 2. infr. eod. ill. tit.* aut si procurator ex re domini stipulatus fuerit vt in *d. l. quod procurator* 68. *supr. de procurat.* aut etiam præsente, & vel expressim vel tacitè mandante domino vt in *l. si procuratori* 79. *infr. de verb. oblig. l. si inter colonum* 21. *in princip. infr. de pignor.* Aliud est, si procurator non ex re, sed ob rem & vtilitatem domini ab alio stipuletur, tunc enim acquirit sibi actionem, qua deinde ipsi domino actione mandati cedere cogitur *d. l. possessio* 49. §. *etsi possessio infr. de acquir. poss.* Cæterùm quibus casibus procurator si stipulatus esset, non domino, sed sibi actionem acquireret, iisdem casibus si quid promittat, quamuis nomine domini, non tamen dominum obligat, sed obligatur ipse solus & conuenitur, vt benè probat Bart. ex hoc §. & ex *l. Iulianus* 13. §. *si procurator infr. de action. empt. l. procurator qui pro euictione* 67. *supr. de procurat.* Obligationes enim personales tam actiuæ quàm passiuæ inhærent ossibus contrahentium, vt loquitur Bartolus, magis quàm iura realia *l. quis ergo casus* 16. *infr. de pecul. l. 3. pro socio.* Obligatio autem hypothecaria licèt sit realis, quia tamen accessoria est ad personalem & principalem obligationem, plurimùm ex ea mutuatur, vt non insubtiliter idem Bart. ratiocinatur ex *l. & an eadem* 14. §. *vlt. infr. de except. rei iudic.* vbi scriptum est, eum qui proponit actionem hypothecariam debere causam actionis exprimere, sicut accidit in eo qui personalem actionem exercet: quod in reali diuersum est.

6 ¶ Sed si procurator meus, vel tutor, rẽ pignori dederit: ipse agere pigneraticia po-

ticia poterit. quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare.

Ad §. vlt. Sed si procurator.

Sic malo legere, quàm vt in *Pand. Florent. si procurator.* Est enim tractatus hic connexus superiori, & sensum habens aduersatiuum. Nam cùm proximè dictum sit per liberam personam tutoris vel procuratoris, neque obligationem pignoris, neque proinde actionem pignoratitiā acquiri nobis posse, consequens erat, vt adijceret Vlpianus, quid ergo iuris esset, si tutor vel procurator meus rem meam pignori dedisset, ac deinde pecuniam debitam soluisset? Respondet verò ad hanc quæstionē, tutorem ipsum vel procuratorem qui pignori dederit acturum pignoratitia tanquam sibi non alij quæsita actione. RAT. DVB. Actio pignoratitia nascitur ex pignore, & pignoris dationem subsequitur: ideoq; solet Papinianus pignoratitiam actionem vocare iudicium, quod de pignore dato proponitur in *l. pen. hoc tit.* Ergo is qui rem alienam domini nomine pignori dedit, siue tutor ille sit, siue procurator, pignoratitiam habere proprio nomine non potest. DEC. Hæc actio nascitur ex contractu, & ad eam inducendam non tam inspiciendum est, cuius sit res quæ pignori data est, quàm quis eam pignori dederit *leg. si rem 9. §. is quoque supr. hoc tit.* Atqui ponimus à tutore vel procuratore pignus datum esse licèt tutorio vel procuratorio nomine. Ergo dicendum est pignoratitiam actionem, quæ ex eorum contractu acquiri pupillo vel domino non potest, tutori ipsi vel procuratori acquiri debere. Idque in tutore quidem indubitatè procedit, & indistinctè, quia omnimodam potestatem tutor habet in bonis pupilli, quod ad eorum administrationem pertinet, neque requirimus vt à pupillo mandatum vllum habeat, quod habet à lege, neque vt vniuersorum bonorum tutor sit, qui certarum rerum tutor fieri non potest *l. certarum 12. infr. de testam. tutel.* Est enim tutor loco domini in omnibus quæ ad causam administrationis spectant, cùm benè & ex bona fide administrat *leg. qui fundum 7. § si tutor. infr. pro emptor.* ideoque dicimus, non malè contrahi cum tutoribus, tum quoque cum soluendo non sunt *l. 4. §. 1. infr. de euict. leg. 4. §. illa etiam quæstio de doli mal. except.* Sed in procuratore id est in eo qui mandatum aliquod à domino habet, necessaria est distinctio, an illud quoque mandatum ei sit, vt eam rem pignori daret, necne: quia mandati fines diligenter custodiendi sunt *leg. diligenter 5. infr. mandat.* & in mandato, vt in cæteris ferè omnibus inclusio vnius est exclusio alterius *vulg. leg. cùm Pretor 12. in princip. supr. de iudic.* Quòd si mandatum fuit generale, per quod libera rerum omnium administratio procuratori concessa sit, non puto dubitandum, quin etiam pignus dare possit, sicut & debitum exigere, & nouare, & aliud pro alio permutare *leg. procurator cui generaliter 58. cum seqq. supr. de procur.* non item si procurator simpliciter datus sit etiam totorum bonorum. Nam cùm is neque res mobiles neque immobiles, neque seruos alienare sine speciali mandato possit *leg. procurator totorum 63. eod.* consequens est, vt neque pignori dare possit, quādoquidem per dationem pignoris etiam ad alienationem peruenitur, ideoque prohibita alienatione etiam pignoris datio prohibita intelligitur *leg. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Plus enim est habere liberam & generalem administrationem, quàm habere vniuersorum bonorum, vt ex supradictis locis apparet, & ex *leg. si conuenerit 18. §. vlt. & l. seq. infr.* Quod Bartolus ad hunc §. non benè videtur percepisse. Non enim admittit, vt qui habet generale mandatum, pignori dare possit, nisi mandatum habeat ab homine consueto pignorare. Cadit namque hæc distinctio in procuratorem vniuersorum bonorū de quo in *l. seq.* non in generalem. Vnus siquidem hic casus est, in quo permittitur ei cui vniuersorum bonorum administratio, quamuis non libera permissa est, vt etiam det pignori, scilicet si mandatum habeat ab eo, qui solebat sub pignoribus mutuas pecunias accipere, de quo in *l. seq.* Planè quo casu procuratori permittitur, vt pignoret, nemo dubitat quin & luere pignus possit, & pignoratitia agere, quoniam duo hæc posteriora priori omnino consequentia sunt, ita vt vno mandato cætera quoque non modò permissa, vt Bartolus loquitur, sed etiam mandata esse videantur *l. quod seruus 11. inf. deposit. l. quod seruus 35. de solut. l. si vnus 27. circa princip. supr. de pact.*

12. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

VEl vniuersorum bonorum administratio ei permissa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere.

Ad l. Vel vniuersorum 12.

Pendet hæc lex à superiore: continet enim casum alterum, in quo valet datio pignoris à procuratore facta, etiam si speciale mandatum in eam rem non habuerit, nec generale cum libera administrandi potestate, quod potentiùs & efficaciùs esse solet, sed tantùm procurator sit vniuersorum bonorum, si modò etiam illud concurrat, vt ab eo patrefamilias mandatum habeat, qui mutuas pecunias sub pignoribus accipere solebat. Consuetudo enim patrisfamilias in hoc attendenda est, vt & in aliis plerisque attendi solet & debet: Quomodo Accursius noster notat ex *leg. 3. Cod. de episcop. audient. leg. fin. infr. quod cum eo qui in alien. potest. leg. item si 7. aliàs leg. sed Iulianus §. quod dicitur infr. de Senatusconsulto Maced. leg. qui semisses 13. §. vlt. infr. de vsur. l. heredes palam 21. §. 1 infr. qui testā. facer. poss. leg. cùm seruus ita 82. in fin. de condic. & demonstr.* Nam ex consuetudine illa inducimus præsumptionem mandati specialis contenti in mandato totorum bonorum de re pignori danda. Sed obseruandum semper est, aliud esse mandatum habere pro administratione vniuersorum bonorum, aliud verò habere vniuersalem administrationem bonorum. Prior casus vniuersalitatem tantùm bonorū cōtinet, quæ nisi liberam administrādi potestatē adnexā habeat pignoris dādi facultatē non continet, vt ad finē legis proximę scripsimus ex *l. procurator totorū 63. sup. de procur. iunct. l. procur. cui 58. eod.* Posterior verò casus vniuersalitatē administrationis exprimit, in qua etiā ius dādi pignoris

continetur, & cætera omnia, quæ alioqui speciale mandatū non exigerēt, quale est ius faciendæ transactionis, diminuēdi causa interpositæ, & alia huiusmodi *l. mādato generali 60.* vbi diximus *eod. tit. de procurat.* Planè qui liberā administrationē habet, omnia hęc facere potest, ac proinde etiam pignus dare, nec indiget, vt speciale mādatū proferat, aut vt patrisfamilias consuetudinē probet *l. si conuenerit 18. §. vlt. inf.*

13. VLPIANVS libro 38. ad Edictum.

SI cùm venderet creditor pignus, conuenerit inter ipsum & emptorem, vt si soluerit debitor pecuniam pretij emptori, liceret ei recipere rem suam: scripsit Iulianus, & est rescriptum, ob hanc conuentionem pigneratiсiis actionibus teneri creditorem, vt debitori mandet ex vendito actionem aduersus emptorem. sed & ipse debitor, aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduersus emptorem agere [a].

Ad l. Si cùm venderet 13.

RAT. DVB. Per liberam personam quæ iuri nostro subiecta non sit, neque actio, neque exceptio acquiri nobis potest *leg. solutum 11. §. per liberam supr.* Ergo si creditor cum pignus venderet, conuenerit cum emptore, vt liceret debitori precium reddendo quandocunque pignus recipere, potest quidem ea conuentio acquirere creditori vendenti actionem ex vendito aduersus emptorem, quam deinde cogatur præstare debitori conuentus ab eo per pignoratitiam actionem, vt in cæteris casibus euenire solet, in quibus procurator acquirit sibi actionem ex re domini *leg. possessio 49. §. etsi possessio infr. de acquir. poss.* (est enim creditor in venditione pignoris quodammodo procurator debitoris *leg. si pignori 29. in fin. supr. famil. ercisc.*) sed vt acquirat actionem ipsi debitori, siue vindicationem, siue in factum, non videtur fieri posse, quin vis fiat legibus & regulis iuris. Præsertim cùm nulla sit necessitas eiusmodi inducendæ actionis, cùm debitori satis superque consuli possit per actionem pignoratitiam, per quam indemnis fiat cessa ei actione ex vendito. Alioqui paullatim eò absurdi deueniendum erit, vt vendito per creditorem pignore necdum soluto precio, danda sit debitori etiam sine cessione contra emptorem ex vendito actio ad solutionem precij consequendam: quod tamen vtique absurdum foret. An non enim multo æquius & facilius est, vt ex pignoris venditione, quam creditor fecerit, agat debitor ad precium, quàm ex pacto in venditione apposito ad rem ipsam recipiendam? Et verò quî fieri obsecro potest, vt vindicationem siue directam siue vtilem habeat debitor aduersus emptorem, qui licèt à creditore, eodemque non domino emerit, dominium tamen ex ea emptione acquisiit §. *Instit. quibus alien. licèt vel non* adeò vt de proprietate vinci non possit *leg. qui à creditore 18. Cod. de distract. pign. leg. si conuenit 4. supr. hoc titul. leg. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. domin.* Aut quis vnquam audiit vindicationem, siue directam siue vtilem nasci ex pacto, cùm è contrario proditum sit nasci eam ex præsenti possessione *leg. non alias 24. §. sed si postulatur supr. de indic. leg. vnic. Cod. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* & dari contra eum, qui nullo modo sit obligatus? §. 1. *Instit. de action.* Deinde quid si emptor pignoris rem pignoratam à se emptam alij vendat, aut ex alia causa tradat posteà? An fortè vindicationem adhuc dabimus contra primum emptorem, ob pactum ab eo interpositum de re pignorata debitori, quoties precium offerret, restituenda? An potiùs vindicationem extendemus contra possessorem, qui tamen pactus non est? Atqui si ex pacto nascitur huiusmodi vindicatio, vt vulgò nostri putant, cur aduersus eum dabitur, qui pactum nullum interposuit? Sin ex præsenti possessione, cur contra eum, qui hodie non possidet? Quod autem pertinet ad actionem in factum, quam lex hæc dat similiter debitori contra emptorem pignoris, quis nescit esse illam subsidiariam, ac proinde non posse cum alia concurrere, siue vindicatio vtilis illa sit siue directa actio mandati? Quis rursum ignorat actiones illas in factum nasci semper ex contractu & negotio aliquo, ac proinde in eius duntaxat fauorem qui contraxit, & negotium gessit, non alterius, nec si contrahentis intersit, alteri actionem quæri *leg. cùm res 22. Cod. de donat.* Atqui nil debitor pactus est, sed solus creditor cum emptore siue in suam, siue in ipsius debitoris vtilitatem. Ergo neque vindicatio, neque actio in factum competere debitori contra emptorem potest.

DEC. In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est *leg. in traditionibus 44. supr. de pact.* Ne alioqui decipiatur is qui non aliter rem suam traditurus fuit *leg. vltim. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Et quamuis ea iuris propositio ad casum illum maximè pertineat, quo quis rei suæ legem dicit *leg. ei fundo 19. supr. de seruit. leg. venditor 13. Commun. præd.* attamen ad eum quoque casum accommodari potest, quem tractamus de creditore pignus distrahente iure creditoris, quia licèt rem alienam vendat, vendit tamen ex voluntate domini §. 1. *Instit. quibus alien. lic. vel non leg. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. domin.* & tam ad suam vtilitatem, vt pecuniæ sibi debitæ solutionem consequatur, quàm ad commodum debitoris, cui ea solutio proficit, vt à creditore liberetur *leg. si ob causam 13. Cod. de euict. leg. si pupilli 66. iunct. leg. si creditor 26. infr. de solut.* Ergo cùm inter creditorem pignus vendentem & emptorem conuēnit, vt si debitor pecuniam precij soluerit emptori, liceat ei rem suam recipere, dicendum est, & pactum valere & ex eo tanquam incontinenti & in ipsa rei traditione apposito nasci actionem paciscenti creditori, nec tantùm præscriptis verbis, quomodo nasceretur, si talis pactio in contractu stricti iuris & in traditione ex eo facta adhibita proponeretur *leg. vltim. Cod. de rer. permut. & præscr. verb. leg. si dominus 8. leg. si tibi 13. & pass. infr. de præscr. verb. leg. legem 9. Cod. de donat.* Sed etiam ex vendito *leg. 2. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* quoniam

niam pacta incontinenti post contractum bonæ fidei apposita, non solùm insunt contractui, sed etiam contractum informant, & actionem ex contractu descendentem *l. iuris gentium 7. §. quinimò & seq. sup. de pact. l. in bona fidei 13. C. eod.* Ac proinde quemadmodum si debitor pecuniam creditori soluisset, haberet hodie actionem pignoratitiam aduersus creditorem ad rem suam recipiendam *leg. si rem 9. §. omnis pecunia & seq. supr. & pass. hoc tit.* Ita & si conuenerit inter creditorem & emptorem pignoris, vt si precium reddat emptori debitor, perinde illi rem suam recipere liceat, dicendum est actione pignoratitia teneri perinde creditorem, vt quam ex pacto suo acquisiit actionem ex vendito, eam præstet debitori. Cui enim non æquum videatur id saltem eum præstare, quod sine ipsius dispendio futurum sit? *l. an creditore 38. infr. de emct.* Nec quod creditor suum debitum consecutus sit, facere debet, vt creditoris desierit interesse, ideóque actionem, quàm priùs habuit, amisisse videatur: Nam imò verò interest adhuc creditoris, vel ob hoc ipsum, quòd obligatus est, vt eam actionem præstet. Abesse enim cuique videtur id, in quo alij est obligatus *l. si quis mandatu 28. supr. de negot. gest.* Proinde actionem ex pacto suo sibi quæsitam adhuc retinet, quousque à debitore suo sit omnino liberatus. Aliaque ratio est actionis per solutionem extinctę, quam certum est cedi ex interuallo non posse *l. Modestinus 76. infr. de solut.* Sed quæ extincta non est ex postfacto quoque & ex interuallo cedi potest *l. si res obligata 57. in fin. de legat. 1.* Illud magis mirari quis possit, quomodo ex pacto creditoris apposito in fauorem debitoris detur actio creditori, qui quamquam pactus ipse est, non tamen ad suam sed ad debitoris vtilitatem pactus fuit. Sed iam diximus ex pacto in rei traditione apposito dari actionem paciscenti, tum quoque cùm ei pactum inutile est ex *d. l. ei fundo 19. iunct. leg. quoties 15. de seruit.* Itemque non esse pactum inutile creditori, per quod acquirit sibi actionem, quam postea præstare possit debitori, in cuius vtilitatem pactum interuenit. An verò aliquid intersit, an pactus sit creditor cum emptore in propriam suam vtilitatem, an in vtilitatem debitoris? Ita putat Bartolus ad *l. si creditor 7. in princip. infr. de distract. pignor.* vbi ait, Si creditor pactus sit, vt liceat sibi recuperare pignus, quod vendidit, nulla ex hoc pacto quæri actionem debitori contra emptorem, sed tantùm contra creditorem, pignoratitiam scilicet vt eam præstet, quam contra emptorem habet. Si verò pactus sit, vt ipsi debitori rem obligatam recuperare liceat, posse debitorem ex hoc pacto agere suo nomine aduersus emptorem pignoris ex *d. l. si creditor §. 1.* id est rectà & sine cessione, adeoque & vindicationem habere vtilem, & in factum actionem, vt Castrensis, & alij addunt ex hac lege. Mihi tamen posterior pars huius distinctionis probari non potest, qui video ex iuris ratione fieri nullomodo posse, vt ex pacto vnius alteri quæratur actio, nec si paciscentis intersit, vt suprà diximus ex *l. cùm res 22. C. de donat. l. ex conuentione 11. l. cùm proponas 21. C. de pact. d. l. quæcunque 11. de oblig. & action. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Extra casum *l. quoties 3. C. de donat. quæ sub mod.* necesse simile quod scriptum est in *l. pen. C. ad exhib.* ex pacto illius qui res meas apud te deposuit, vel tibi commodauit pactusque est, vt mihi restituantur, acquiri mihi vtilem depositi, vel commodati actionem: Id enim si quam rationem habere potest, illam certè habet, quòd ea lex & pactio apposita est in traditione rei meæ, & quæ etiam post traditionem durat, mea, vt Bartolus loquitur, ac cuius directam vindicationem habere possum meo iure, ad vrgendam eius restitutionem tanquam rei meæ, nulla etiam pactione interueniente. Quid enim possessoris interest, an rem meam cogatur mihi restituere directa vindicatione, an vtili actione depositi vel cōmodati? Quamquam ex parte mea valde interest vtra actione experiar, quoniam in exercenda vindicatione directa dominium meum probare debeo, cuius probatio plerunque difficilis est *§. commodum Instit. de interd.* in exercenda verò actione personali nihil nisi pactionem. At in specie huius legis, cùm creditor meus datum à me pignus vendidit tibi ea lege, vt mihi liceat precium soluere, & rem meam recipere, appositum est pactum in venditione rei meæ quidem, sed quæ mea esse desinit per venditionem, & quam creditor vendit eo penè iure quo si rem suam vēderet, cùm vendat eam ex mea voluntate *Instit. quib. alien. licet vel non in princip.* Itaque non est tanta ratio, vt ex eius pacto acquiratur mihi actio aliqua personalis, siue Pręscriptis verbis, siue in factū eam velis dicere, multo minùs vindicatio siue directa, siue vtilis, quæ, vt diximus, non ex pacto nascitur, sed ex dominio actoris, & possessione illius qui conuenitur. Nec rursus possis cum Bartolo dicere, per creditorem posse hoc casu acquiri actionē debitori, quasi per procuratorem paciscentem ex re domini *arg. l. quod procurator 68. de procur. iunct. l. si pignori 29. supr. famil. ercisc.* Non enim acquirit creditor tanquam procurator ex re domini, cùm paciscitur, vt liceat debitori precio soluto rem suam recipere, sed ex sua negotiatione, magisq; circa rem debitoris paciscitur quàm ex re ipsius debitoris *arg. l. si heres pecuniam 73. iunct. l. postulante 44. ante fin. infr. ad SC. Trebell.* Et quamuis possit creditor videri procurator debitoris in vēdēdo pignore, non æquè tamen in paciscendo de redemptione pignoris. Est enim ea pactio quodammodo contraria venditioni pignoris, adeò vt dubitatum sit, an pignoris venditio rectè contracta sit, quæ sub ea conuentione contracta est *leg. si creditor 7. in princip. infr. de distr. pignor.* Quare vt tandem dicam quod sentio, valde suspectum mihi est, quod in hac lege scriptum lego,

a *Sed & debitor aut rē vindicare poterit, aut in factū actione aduersus emptorem agere.* Cùm & ratio iuris repugnet, & præcedentia adiectionem hanc non patiantur. Quid enim necesse est, scribi à Iuliano, & rescribi ab Imperatore, ob huiusmodi conuentionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, vt debitori mandet ex vendito actionem aduersus emptorem, si poterat ille agere suo iure, ac citra cessionem vel vindicatione, vel in factum? Et verò in *dict. leg. si creditor 7. in princip. infr. de distract. pignor.* vbi eadem omnino species proponitur, nisi quod ibi confertur pactio in vtilitatem creditoris, hîc verò in vtilitatem debitoris: eadem Iuliani sententia refertur à Marciano, quæ hîc ab Vlpiano, (vt intelligamus nihil referre, an sibi pactus sit creditor an debitori) de cedenda per creditorem actione ex vendito aduersus emptorem, nec quicquam additur de danda debitori vindicatione, aut in factum actione: Quod tamen non magis in illa specie, quàm in hac prætermittendum erat, si verè dici & adiici potuisset: Cùm nec illud Marcianus prætermiserit, quod minoris erat momenti, minorisq; dubitationis, sententiā Iuliani, quāuis non nisi de pignore locutus ille sit, tamen etiā in hypotheca

locum habere. Atqui dicat aliquis, cùm pactio in personam & vtilitatem debitoris concepta est, nempe si pignus ita venditum sit, vt solutâ à debitore pecunia intra certum tempus emptio rescindatur, competit ius debitori soluendæ pecuniæ, & rescindendæ venditionis, vt scriptum est in *dict. leg. si creditor* §. 1. vbi nulla fit mentio cessionis hoc casu per creditorem faciendæ: Quasi nec possit creditor vlla actione cedere, tanquam qui nullam habeat ex pactione quam non in suam, sed in ipsius debitoris fauorem & vtilitatem apposuerit, sed non ita est. Etsi enim in *dict.* §. 1. scriptum est ex Marciano, soluta per debitorem intra præstitutum tempus pecunià posse debitorem intra illud tempus soluendo, pecuniam hypothecam recipere, id tamen intelligi debet, vt verba sonant, cùm emptor precij pecuniam vltro accepit, nec secum de ea re litigari passus est. Non enim potest soluta esse pecunia ex parte debitoris, quin accepta sit ex parte emptoris. Sed si emptor pignoris solutionem precij accipere recusaret, in eamque rem debitor contra eum agere cogeretur, indigeret, vtique cessione actionis ex vendito ad rescindendam venditionem. Cùm & ad id necessaria sit actio ex vendito *leg. ex empto* 11. §. *is qui vina infr. de action. empt. leg. qui ea lege* 3. *& seq. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* & inauditum sit, alij competere actionem ex vendito, quàm ei ipsi qui vendidit *dict. leg. quæcunque* 11. *de oblig. & action.* Vindicationem sanè hoc casu siue directam siue vtilem non posse competere, ante rescissam venditionem certum est *dict. leg.* 3. *&* 4. *Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Quanto minùs ergo in specie huius legis, vbi pactum non in rem de rescindenda venditione interpositum est, sed in personam debitoris, vt liceat ei solutâ pecuniâ rem suam recipere. An non enim aliud est recipere, aliud vindicare? Est igitur hîc versiculus *sed & ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione contra emptorem agere* totus à Triboniano additus, cuius certè magis, quàm aut Iuliani aut Vlpiani sapit iurisprudentiam, vt ex superioribus apparet. Quæ me res mouet, vt putem nec sibi temperasse Tribonianum, quin Marciano perinde manus intulerit in *dict. leg. si creditor* 7. §. 1. *& seq. de distract. pignor.* vt iam alibi scripsimus, & latiùs ad eam legem, si Deus volet, scribemus. Hæc verò ad legem hanc sufficiant, nisi quod addendum est, malè pragmaticos hac lege passim abuti, vt probent, ex pacto de retrouendendo inter alios apposito dari posse actionem tam in personam, quàm in rem, contra tertium rei retrouendendæ possessorem, itemque ex recognitione vnius emphyteutæ perinde agi posse contra tertium quemlibet emphyteuticæ rei possessorem, etiam qui ab ipso emphyteuta causam non habeat, non tantùm vt canonem annuum soluat, sed etiam vt recognoscat. Quod vtrumque ex iuris ratione falsum certè est, non enim personalis obligatio etiam quæ ratione fundi nata sit, sequitur singularem successorem, quamuis fundi possessorem *leg. vltim.* §. 1. *infr. de contr. empt. l.* 1. §. *si heres infr. ad Senatusconsultum Trebell.* Ideoq; vtrumq; quod diximus, duobus statutis Sabaudiæ nominatim cautum est publicæ vtilitatis gratia, cùm iuris ratio sufficere in eam rem non posset.

1 ¶ Venit autem in hanc actionem & dolus, & culpa, vt in commodato. venit & custodia. vis maior non venit.

Ad §. 1. *Venit autem.*

RAT. DVB. Larga est differentia inter pignus & commodatum, pignus enim fit gratia vtriusque tam debitoris quàm creditoris, commodatum verò gratia solius accipientis. Non est igitur bona comparatio, quæ hîc fit ab Vlpiano, vt quia in commodato venit non tantùm dolus, & culpa, sed etiam custodia, idem quoque dicendum sit de pignore. Alioqui sequeretur in pignore culpam omnē venire etiam leuissimam, sicut in commodato: quod tamē falsum est *l. si vt certo* 5. §. *nunc videndum &* §. *interdum l. in rebus* 18. *in princip. supr. titul. prox. leg. contractus* 23. *de regul. iur.* §. *vltim. Instit. quib. mod. re contr. oblig.*

DEC. Dolus in omnibus bonæ fidei iudicijs pręstatur etiam ex iis contractibus, qui solius dantis gratia fiunt, quia nihil tam contrarium est bonæ fidei, quàm dolus *leg. si dolo* 5. *Cod. de rescindend. vendit. leg.* 3. §. *vltim. infr. pro socio*, vt in deposito cernere est. Culpam verò cùm dicimus leuem, intelligimus non leuissimā, vt neque latam, quemadmodum diximus ad *dict.* §. *nunc videndum.* Proinde quod hîc scribitur in pignore non tantùm dolum venire, sed etiam culpam sicut in commodato, non tollit differentiam, quæ est inter pignus & commodatum, quod ad culpam leuissimam pertinet. Custodiam verò ideo pręstat creditor æquè ac commodatarius, quia rem sibi à debitore traditam accipit, & quidem restituendam suo tempore: Ergo & interim custodiendam. Quomodo enim rem amissam, nec benè custoditam restitueret? Aut quis alius rei custodiam pręstare possit, aut debeat, quàm qui rem penes se habet? Adeò vt neque depositarius à custodia rei depositæ excusetur, nisi quod sufficit, vt in re custodienda talem diligentiam adhibeat, qualem in rebus suis adhibet, etiamsi in rebus suis negligens esse soleat *leg. quod Nerua* 32. *infr. deposit.* quia imputare sibi debet, qui negligenti amico rem suam custodiendam tradit *leg.* 1. §. *is quoque apud quem de oblig. & action.* Cùm tamen ea diligentia requiratur à creditore, quam paterfamilias non quilibet, sed diligens in rebus suis pręstare solet, vt scriptum est in *leg. seq.* non tamen quam diligentissimus. Id enim culpam leuissimam includeret, quam commodatarius quidem pręstat, sed creditor non pręstat *dict.* §. *nunc. videndum*, quia non solius creditoris gratia pignus contrahitur, vt commodatum fauore solius commodatarij, sed etiam gratia debitoris. In eoque differt commodatum à pignore, non etiam in eo quod ad vim maiorem spectat: illa enim à nemine pręstatur, quia neque ex bona fide est, vt pręstatur *dict. leg. contractus in fin. leg. si merces* 25. §. *vis maior infr. Locat.* Nec magis resisti vi maiori potest, quàm Deo, vnde & à Græcis θεὸς βία appellatur *d.* §. *vis maior.* Sed hæc quidem in pignore conuentionali obtinent, vt & dolum & culpam non modò latam, verùmetiam leuem, non tamen leuissimam pręstare debeat: In pignore autem pretorio, quod per missionem in possessionem constituitur *l. non est mirum* 26. §. 1. *infr. hoc tit.* aliud est, quia in eo creditor, qui in possessionem

missus

missus est dolum duntaxat non etiam culpam præstare tenetur *l. prætor ait 9. §. est præterea quæsitum infr. de reb. author. iudic. possid.* quia non ex voluntate, sed ex iuris necessitate pignus illud contrahit creditor, vt solutionem à fugiente & latitante debitore consequatur.

14. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

EA igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur.

Ad l. Ea igitur 14.

Pendet huius legis interpretatio ex iis quæ proximè diximus ad legem præcedentem, iisdémque dubitandi & decidendi rationibus concluditur. Iunge *d. l. in rebus 18. in princip. supr. tit. prox.*

15. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

CReditor cùm pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere: &, si prædium fuerit pigneratum [a], etiam de iure eius repromittendum est, ne fortè seruitutes, cessante vti creditore, amissæ sint.

Ad l. Creditor 15.

RAT. DVB. Creditor pignoratitius, & cùm accipit pignus & cùm reddit, nihil dolo malo facit: vtrumque enim facit ex voluntate debitoris. Ergo nihil causæ est, cur de dolo repromittere debeat in pignore reddendo. DEC. Creditor tenetur dolum præstare in re pignorata, vt proximè scripsimus, adeóque etiam culpam & latam quæ dolo æquiparatur, & leuem quæ dolo caret, & à dolo longè dissita est. Nec enim quod ex debitoris voluntate creditor pignus possidet, facere debet vt liceat ei in re aliena siue dolum siue culpam impunè admittere. Cùm dolus semper exclusus esse debeat ne quis facilè inuitetur ad delinquendum *l. si vnus 27. § illud nulla supr. de pact.* Culpa autem quæ in rebus propriis culpanda est, in alienis sit coercenda *l. si constante 24. § si maritus infr. solut. matr.* Atqui potest fieri, vt creditor quandiu pignus penes se habet, dolo malo versetur, & per culpam multa faciat, aut negligat, quæ rem pignoratam fecerint deteriorem. Ergo æquissimum est, creditorem pignus reddentem de dolo repromittere, vt hîc scriptum est, nec tantùm de dolo, sed etiam de culpa, vt in marito Paulus tractat in *l. si filiofamilias 25. § maritum eod. ill. tit.* de suo enim facto ac multo magis de dolo suo quemque teneri æquum est, etiam eum quem aliter teneri nō oporteret *l. de tuo 9. infr. mandat. l. metum 9. § Iulianus & §. ex hoc supr. quod met. caus. l. si post acceptum 18. supr. de rei vindic.* Et quod scriptum est in *l. debitor 40. §. vlt. infr.* creditorem cui soluta pecunia est, possessionem pignoris quæ corporalis apud eum fuerat restituere debere nec quicquam amplius cogi præstare, non excludit hanc repromittendi necessitatem, quæ & ipsa generali restitutionis appellatione continetur *l. videamus 38. §. in Fauiana infr. de vsur. l. 3. § si reddita supr. tit. prox.* Illud tamen obseruandum est, quod Vlpianus hîc obligat creditorem non vt caueat, quomodo in specie *d. l. si post acceptum*, id est dato fideiussore. [generaliter enim satisdatur in omnibus prætoriis stipulationibus *l. 3. de stipul. prætor.*] sed vt tantùm repromittat, id est nuda cautione ac sine fideiussore promittat *l. si dictum 56. in princip. infr. de euict. l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Nam & cautionis nomine extra causam prætoriarum stipulationum nuda repromissio significatur *l. 3. Cod. de verb. signific.* Porrò nuda repromissio non valde onerat promittentem, quomodo satisdatio onerat satisdantem. Nec enim tam facile est inuenire fideiussorem *l. 2. § sed si dubitetur*, vbi diximus *supr. de iudic.* Planè si per errorem aut perimprudentiam debitoris repromissio petita non sit, non eo minùs poterit iudex creditorem condemnare, vt vel repromittat vel tantundem præstet, quantum si repromisisset, vt de stipulatione duplæ dicitur in *l. 5. vers. communes de verb. oblig.* quod & Accursius noster hîc notat.

a *Et, si prædium fuerit pignoratum.* RAT. DVB. Non fit locupletior creditor qui accepto in pignus prædio cui seruitutes debebantur, seruitutibus vsus non est, eásque amisit non vtendo. Nec enim modus acquirendi est, amittere, & in amittendo nullum factum intercedit amittentis, magísque à lege fit, quàm ab homine, vt seruitutes non vtendo amittantur. Ergo æquum non est, vt de iure prædij pignorati creditor cùm pignus reddit, repromittat, aut vt ob amissas seruitutes quicquam debitori præstet. DEC. Tenetur creditor in re pignorata eam diligentiam præstare, quam diligens paterfamilias in rebus suis adhibere solet, vt scriptum est in *leg. prox. præced.* Atqui diligens paterfamilias non patitur amitti, non vtendo seruitutes prædio suo debitas. Est enim species alienationis, si quis rem suam aut sibi debitam vsucapi, aut præscribi patiatur *l. alienationis 28. de verb. signific. l. si fundum 16. inf. de fund. dotal.* nempe quoniam & vsucapiones & præscriptiones omnes in odium negligentium comparatæ sunt *leg. 2. leg. vltim. in fin. Cod. de annal. except.* Qui autem est negligens, cùm non faciat id quod facere debet, hoc ipso facit, contra id quod facere debet, secundum iuris regulam, de qua in *leg. qui non facit 121. de regul. iur.* Ideóque solemus dicere non minùs culpam contrahi in omittendo, quàm in committendo, & quamuis regulariter multo leuiùs, interdum tamen etiam grauiùs. Quàm enim multa sunt, quæ non modò sine culpa, sed etiam sine scelere prætermitti non possunt. Itaque cùm dicimus teneri creditorem de non facto suo, quòd eo cessante vti seruitutibus seruitutes non vtendo amiserit, hoc ipso satis dicimus teneri eum de facto suo quamuis minùs propriè. Opponit enim ista Vlpianus quasi diuersa: repromittere creditorē de facto suo, & repromittere de iure prædij. Nec quod creditor ex seruitutum amissione locupletior factus non sit, ad rē facit. Sufficit enim miserū debitorē ea ratione ex facto aut negligentia creditoris fieri pauperiorē, vt offēdatur iuris naturalis & ciuilis regula, quæ nō patitur alteri p alterū, iniquā cōdicionē in-

ferri *vulg l. nō debet alteri 71. l. factū 175. de regul. iur.* Idcirco autem loquitur Vlpianus in hoc versic. nominatim de prædio, quia cæteræ res mobiles, neque amittuntur ipsæ non vtendo, neque ius aliquod habent, quod non vtendo amittatur. Seruitutes enim rerum mobiliū nullæ sunt, si vsumfructum & vsum excipias, quæ seruitutes personarum sunt, & quæ licèt etiam non vtendo amittantur *tot. tit. quib. mod. vsusfr. vel vsus amitt.* perinde ac seruitutes siue vrbanorum, siue rusticorum prædiorum *tit. quemadm. seruit. amittant.* non possunt tamen amitti non vtendo ab eo à quo possidentur, quomodo seruitutes prædiorum amittuntur, etiam ab eo, qui prædium possidet. Aliud enim est, prædium possidere, aliud verò vti seruitutibus prædio debitis. Cùm verò teneatur hoc casu creditor ob suam negligentiam, consequens est, quod Accursius noster ex Azone monet, non ad alium creditorem hoc pertinere, quàm ad eum, qui sciuerit prædio pignorato seruitutes deberi. Negligentia enim omnis supponit scientiam, & excludit ignorantiam *§. 1. l. prox. infr. l. cùm sex 55. de aedilit. edict. l. si fideiussor 29. §. si cùm debitor infr. mandat.* Alioqui si creditor ignorauerit seruitutes, quas deberi sciebat, debitor est magis quod debitori quàm quod creditori imputetur *leg. in vendendo 66. §. 1. de contr. empt.* Est enim hoc casu deceptus creditor, qui si prædio pignorato seruitutes deberi sciuisset, iis vtique vsus fuisset, atque ita non solùm debitoris ius integrum conseruasset, sed etiam suum auxisset, tantoque plus commodi ex pignore pro suo iure percepisset, sic in *leg. 1. §. 1. l. si sterilis 21. § 4. infr. de act. empt. l. qui libertatis 69. de euict.*

16. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

TVtor, lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori: tuendum erit: scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est & in curatore adulescentis, vel furiosi.

Ad l. Tutor 16.

RAT. DVB. Non valet pignus rei alienæ & à non domino datum, nisi ex domini voluntate datum sit *leg. aliena res 20. infr. hoc tit. l. 1. & tot. tit. C. si res alien. pignor. dat. sit.* Debet enim creditor, qui pignus accepit, probare rem obligatam in debitoris dominio, aut saltem in bonis eo tempore fuisse *leg. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor.* Atqui tutor non est dominus rerum pupillarium, sunt enim sicut diuersæ personæ ita & diuersa patrimonia tutoris & pupilli, vt nemo non videt. Ergo non est tuendum à prætore pignus, quod à tutore datum est, quamuis pro debito pupilli. Nec enim bona consecutio est, vt quisquis alium obligare potest, etiam ipsius bona pignori dare possit *l. 3. infr. quod iuss.* DEC. Tutor non tantùm vice, & loco domini est *l. si qui in puteum 11. §. an ignoscatur infr. quod vi aut clam.* sed etiam dominus rerum pupillarium, cùm benè & ex fide tutelam administrat *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor.* Ideoque dicimus non malè contrahi cum tutoribus, siue pupillum simul ad contrahendum adhibeant, cui authoritatem ad contrahendum præstent, siue soli contrahant absque pupillo *l. 4. in fin. de euict.* Atquin ad pupilli vtilitatem pertinet, vt possit mutuas pecunias accipere, aut ad creditores dimittendos, aut ad alia sua negotia gerenda, quas porrò sine pignoris alicuius oblatione inuenturus non sit, sine quibus tamen de maiore damno periclitari possit. Ergo si tutor in rem pupilli mutuam pecuniam acceperit, ex eaque causa pignus dederit rei alicuius pupillaris, tuendum est pignus à Prætore tanquam rectè, riteque constitutum. Idque adeò verum est in tutore, vt nec in furiosi, vel adolescentis curatore aliud sit, si quis eorum in rem vel furiosi, vel adulti, & vtilitate eorum ita exigente pecuniam mutuam acceperit, & pignus dederit: vt Paulus hîc subiungit, & quidem in curatore furiosi, ius est apertius, quia is parum distat à tutore, cùm æquè detur personæ principaliter rebus verò non nisi per consequentias *l. 1. iunct. l. pignus 11. infr. de curat. furios.* Sed in curatore adolescentis difficilius id videtur, quia non sicut cæteri datur personæ, sed rebus. Nec solent curatores contrahere soli pro adultis, sed tantùm adultis contrahentibus authoritatem præstare, quod longè diuersum est. Sed tamen in hoc casu nulla est inter curatores differentia *l. curator 3. C. si alien. res pignor. dat. sit.* In iis enim quæ ad rerum administrationem pertinent, æqualis est, vt esse debet eorum potestas & authoritas, ne si aliud iuris in adolescentis curatore hac parte constituamus, damnum aliquod incurrat minor quod alioqui non esset incursurus: nec sanè quod minorum fauore constitutum est, ne ignorantes obligari per curatores suos possint, ad eorum perniciem & iniuriam trahi debet, si fortè ita exigente eorum vtilitate curator sine ipsis contraxerit, & pro mutua pecunia accepta pignus dederit *arg. l. pen. C. ad SC. Trebell. l. non eo minùs 14. C. de procurat. l. 2. quando ex fact. tut. infr.* In pignoris autem datione tanto faciliùs admitti hoc debet, quod minoris momenti est, nec facit adultum pauperiorem, quem tamen facere locupletiorem potest. Sic dicimus posse curatorem minoris iudicium suscipere pro minore *l. 1. §. in adultorum infr. de admin. tutor.* quia non posset non onerari maioribus sumptibus minor, si & ipse authore curatore iudicium accipere cogeretur. Quanquam satis mihi suspectum est, vt alias monui, quod in eo §. scriptum lego, magisque Triboniani quàm Vlpiani sensum & elegantiam redolere id mihi videtur. Sed de hoc aliàs. Planè quæ de tutoribus & curatoribus furiosi, vel adolescentis, diximus, ita accipienda sunt, si lege non refragante pignus dederint, vt Paulus hîc adiicit: Id est, vt benè Accursius interpretatur si pignus rei mobilis datum sit, non etiam si rei immobilis & soli. Oratio enim Diui Seueri quæ alienationē prędiorum pupilli, vel adulti tam distinctè prohibuit, nisi decreto iudicis interueniente, non tantùm de alienatione locuta est, sed etiam de pignoris datione, vt constat ex *l. 1. & rubrica ipsa Tituli de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt sine decret. non alien. vel suppon.* nempe quia per dationem pignoris etiam ad alienationem, si non soluatur pecunia, peruenitur *tot. tit. de distract. pignor. l. 4. & pass. supr. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Ergo ex quibus causis oratio permittit Prętori, decernere alienationem, permittet etiam pignoris dationem, nempe qua permissa non posset alienatio postea impediri *l. si pupillorum 7. §. si pupillus infr. de*

infr. de reb. eor. qui sub tutel. Causa autem vix alia vlla est, quàm exsoluendi æris alieni gratia, quod fortè pupillus sub grauioribus vsuris debebat: quamquam totum hoc positum est in cognitione & æstimatione prætoris *l. magis puto 5. §. non passim & §. item Prætor eod. tit.* Hodie inter res mobiles & immobiles, nulla est hac in re differentia post legem Constantini in *l. lex quæ tutores 22. C. de admin. tutor.* Ex eo autem quod Paulus hîc scribit, tuendum esse pignus scilicet à Prætore, intelligimus non ergo valere ipso iure, sed tuitione prætoria vt in *leg. si conuenerit 18. infr. leg. 1. supr. quib. mod. vsusfr. amitt. l. 1. §. vlt. infr. de superfic.* Verum enim est, neque à domino constitutum fuisse, neque ex domini voluntate: Aliud esset, si pignus à pupillo ipso constitutum esset tutore authore, aut à minore cum authoritate curatoris. Non etiam si à furioso ex authoritate sui curatoris. Nihil enim potest facere furiosus ne quidem curatore authore, sed omnia debet facere curator ipse nomine furiosi *l. in negotiis 5. de regul. iur.*

1 ¶ Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere, certum est. proinde si rem alienam, vel alij pigneratam, vel in publicum obligatam dedit tenebitur: quamuis & stellionatus crimen committat[a], Sed vtrùm ita demum, si scit, an & si ignorat? & quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia. quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, vt Marcellus libro sexto digestorum scribit. sed si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum: contrarium ei non competit.

Ad §. 1. Contrariam.

RAT. DVB. Pignus datur creditori à debitore, aut ab alio debitoris nomine, vt creditori cautum sit, perinde ac si fideiussorem dedisset: In eam namque rem comparatus est vsus pignorum & fideiussorum *l. si mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. addici infr. de fideic. libert.* Ergo ex contractu pignoris si alienares, vel alij obligata pignori data sit, danda est tantùm actio directa creditori non etiam contraria pignoratitia. Directæ siquidem actiones dantur, ei cuius principaliter interest, non cuius accessoriè tantùm & per consequentias. Interest autem potissimùm creditoris, qui si alienam rem vel alij obligatam ignorans pignori acceperit, deceptus est, cùm eiusmodi pignore non possit ei cautum esse. DEC. Datur pignus non tantum vt cautum sit creditori, sed ea quoque mente, vt postquàm creditori satisfactum fuerit, reddatur debitori. Id verò fit per pignoratitiam actionem, quæ proinde non nisi directa esse potest ex parte debitoris, cùm pignus ei reddendum sit à creditore, cuius nec quicquam interesse videtur, postquàm ei soluta omnis pecunia est, aut aliter plenissimè satisfactum, quo demum tempore nascitur pignoratitia. Sed tamen cùm pignus detur creditori ex fide bona, vt ei cautũ sit, æquum est, si debitor rem alienam aut alij obligatam pignori dederit, accommodari contrariam pignoratitiam creditori, nõ solùm si deceptus sit à debitore sciente rem alienam esse aut alij obligatam, sed etiam si dolo careat debitor, & ex iusta ignorantia id fecerit, dummodò creditor quoque idipsum ignorauerit. Nam si sciuit, non habet de quo conqueratur, cùm ipse se deceperit *l. nam si scit 26. supr. de rei vindic.* siue quòd satisfactum ei sit, quomodo voluit, vt ait Accursius ex *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* siue quòd certiorari non debuit, qui iam certus fuit *leg. 1. in fin. infr. de action. empt. l. si tamen 48. §. in ædilitiis infr. de ædilit. edict. l. 1. in fin. quod fals. tutor. author. l. apud Celsum 4. §. itẽ Labeo 5. de doli mal. except.* Alia ratio est hypothecariæ actionis. Nam cùm hypothecaria nihil sit, nisi pignoris persecutio, & vindicatio *leg. pignoris 18. C. de pignor. l. si fundus 16. §. in vindicatione & l. seq. infr. eod. ill. tit.* non potest illa directò competere alij quàm creditori, nec vllam admittit contrariam actionem, siquti nec actio illa directa quæ ex stipulatione competit aduersus fideiussorem. Quod tamen dicimus ea re pignori data, quæ iam alij obligata fuerat, teneri debitorem creditori pigneratitia actione contraria, sic intellige cum Accursio, nisi res illa duobus obligata vtrique debito exsoluendo sufficiat. Alioqui neutri fit iniuria cùm vtrique satisfieri ex pignore potest *l. si quis in pignore 36. in fin. infr. hoc tit.* vbi latiùs dicemus.

a *Quamuis & stellionatus crimen committat.* RAT. DVB. Contraria actio pignoratitia, quæ datur creditori contra debitorem, ob id quod alienam rem vel alij obligatam pignori dederit, datur etiam aduersus ignorantem debitorem: Stellionatus verò non committitur, nisi à sciente, vt sequitur in hoc textu, nempe quia contrariæ actioni causam præbet damnum creditoris, cui indemnitatem præstari à debitore æquum est, & ex bona fide, quæ in hoc quoque contractu, vt in cæteris bonæ fidei contractibus totum facit, extraordinariæ verò persecutioni stellionatus causam dat solus debitoris dolus, cùm stellionatus sit delictum, quod nunquam fit sine dolo, quod enim priuatis in actionibus est actio de dolo, id in criminibus est stellionatus persecutio *l. 3. §. 1. infr. de crimin. stellion.* Porrò dolus esse non potest in eo qui ignorat: Quamuis constet ex Aristotele peccantem omnem esse ignorantem in actu, scilicet practicè practico cùm ipse peccat. Dolum enim & scientiam adesse oportet, vbicunque crimen est. Ergo non debuit Paulus crimen stellionatus, cum pignoratitia contraria actione coniungere, tractans de debitore, qui rem alienam vel obligatam pignori dedit. DEC. In debitore qui sciens rem alienam vel iam alij obligatam pignori dedit, nulla dubitatio est, quin vtraque actio contra eum competat, & contraria pignoratitia ciuilis, & de stellionatu criminalis. Et ad hunc casum restringendus est hic versiculus: In eo verò debitore qui ignorauit distinctio adhibenda est, vt contraria quidem pignoratitia actione nihilominùs teneatur, quoniam culpa quoque sola citrà dolum hoc iudicio vindicatur *l. si cùm venderet 13. in fin. supr.* Culpa autem semper est, quamuis non semper dolus adfirmare id quod nescias *leg. & eleganter 7. §. vlt. supr. de dolo l. Iulianus 13. §. quid tamen infr. de action. empt.* At stellionatus crimine non teneatur, quia contrariam pignoratitiam ignorantia non excusat, quæ tamen stellionatum excusat, se-

cundum quam distinctionem intelligi debet quod scriptum est in *l. 1. in fin. supr. & in d. l. si quis in pignore 36. infr. & in l. vlt. infr. de crimin. stellion.* Non enim quisquis iurauit falsò pignora sua esse, alia de causa tenetur de stellionatu, quàm quia peierauit, vt ea lex ait. Nemo autem peierat, nisi sciens, vt constat ex vulgari iurisiurandi formula. *si sciens fallo l. qui iurasse 26. §. 1. supr. de iureiur.*

2 ¶ Etiam vectigale prædium pignori dari potest. Sed & superficiarium: quia hodie vtiles actiones superficiariis dantur.

Ad §. vlt. Etiam vectigale.

RAT. DVB. Non valet pignus quod à non domino datum est, nisi ex domini voluntate datum proponatur, vt sæpius diximus ex *l. si rem 9. supr. leg. aliena res 20. infr. tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Atqui possessor fundi vectigalis nullum habet dominium, nec bonitarium, nec quiritiarium, nec vtile, nec directum, licèt aliter nostri vulgò existiment, quos & in posterioribus Coniecturarum libris refutauimus & ad *l. 1. supr. si ager vectigal. petat.* Ergo vectigale prædium pignori dari non potest, eademque ratione multo minùs superficiarium, cùm & ciuili & naturali iure superficies solo cedat *l. 2. infr. de superfic. l. qui res 98. §. aream de solut.* DEC. Quisquis aut vectigalis aut superficiarij prædij possessor est, licèt nullomodo sit prædij dominus, ne quidem vtilis, ius tamen habet retinendæ rei etiam inuito domino quandiu paratus est conuentum vectigal soluere, aut promissam superficiei mercedem *l. 2. & 3. ill. tit. si ager vectig. pet.* Ideoque dat ei Prætor actiones omnes vtiles, quas domino dat directas scilicet in rem non solùm aduersus quemlibet possessorem, sed etiam contra dominum ipsum *d. l. 1. & tot. tit. si ager vectig. l. 1. §. 1. de superfic. l. superficiario 74. & seq. supr. de rei vindic.* Adeoque quod magis est, seruitutes à superficiario constitutas, quamuis non nisi à domino constitui possint, tuetur Prætor, data similiter vtili actione in rem de seruitute *d. l. 1. §. vlt. de superfic.* Quidni ergo etiam ab eo cõstitutum pignus valebit? *l. etiam superficies 15. infr. qui potior. in pignor. hab.* Hactenus saltem vt hypothecariam vtilem creditori, qui tale acceperit pignus, dari oporteat, & consequenter vtilem quoque pignoratitiam debitori, si soluto debito recipere pignus velit, itemque vtilem contrariam creditori, si qua de causa indemnitas ei præstanda sit. Planè si ob non solutum vectigal, aut canonem annuum ius possessoris fundi superficiarij aut vectigalis, aut aliter extinctum sit, pignus quoque ab eo datum extinguetur. Id enim est quod dici solet, resoluto aut finito iure datoris resolui aut finiri ius acceptoris *l. leg. vectigali 29. infr. de pignor. l. 4. aliàs l. si ex duobus §. sed & Marcellus in fin. de in diem addict.*

17. MARCIANVS libro singulari ad Formulam hypothecariam.

SAnè Diui Seuerus, & Antoninus rescripserunt, vt sine deminutione mercedis soli obligaretur.

Ad l. Sanè Diui 17.

RAT. DVB. Inter creditores quidem hypothecarios & pignoratitios ita obseruatur, vt qui prior est, tempore potior sit iure *l. si fundum 4. & pass. C. qui potior. in pignor. hab.* nisi cùm ex aliqua causa posterior habet ius prælationis vt in *l. interdum 5. infr. eod. ill. tit. l. assiduis 12. C. eod.* Atqui in proposita specie dominus fundi vectigalis, vel superficiarij cui merces pro fundo debetur, non est creditor pigneratitius, cùm sit dominus: nec enim potest ei res sua esse obligata *vulg. l. neque pignus 45. de regul. iur.* Nihil igitur causæ est, cur dominus præferri debeat pro mercede creditori, qui fundum vectigalem vel superficiarium pignori accepit. DEC. Possessor fundi vectigalis vel superficiarij, nullũ habet ius retinendi, multo minùs verò obligandi eius fundi, nisi quia & quatenus mercedem pro eo debitam soluit: Alioqui neque actionem, neque retentionem vllam habere potest, cùm eo casu expellere illum dominus propria authoritate possit *d. l. 1. in princip. & l. 2. supr. si ager vectig. petet.* Ergo fieri nequit, vt in eo fundo creditor præferatur domino, qui cùm sit dominus, plus certè iuris habet in re sua, quàm si esset creditor pignoratitius, quia & plus quàm creditor est. Prior igitur causa est domini soli, si non soluatur ei solarium: quomodo scriptum est, & legendum non vt vulgò *salarium in l. etiam 15. infr. qui potior. in pignor. hab.* sic dicimus, in actione de peculio nullum priuilegium præponi posse patri vel domino, cùm ex persona filij vel serui de peculio conueniuntur *leg. ex facto 52. infr. de pecul.* & similiter, in liberto non posse antiquiorem contractum vllum esse contractu operarum, sine quo libertas ei data non esset *leg. in liberto 77. infr. de solut. l. 3. C. an seruus ex suo fact.*

18. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

SI conuenerit, vt nomen debitoris mei pignori tibi sit: tuenda est à prætore hæc conuentio: vt & te in exigenda pecunia [a]; & debitorem aduersus me, (si cum eo experiar) tueatur. ergo, si id nomen pecuniarum fuerit [b]: exactam pecuniam tecum pensabit. si verò corporis alicuius [c], id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

Ad l. Si conuenerit 18.

RAT. DVB. Nomen debitoris mei non est meum, nec si ex pecunia mea contractum sit, multo minùs autem per pignoris dationem fieri meum potest, cùm pignoris datio non sit modus habilis ad transferendum dominium, quia nec perpetuam causam habet,

habet, sed temporalem *l. grege 13. §. etiam infr. de pignor.* Dominium autem, vt sæpius diximus, ex temporali causa non transfertur *l. 1. de iur. dot.* Imò, quod magis est, creditor, licèt sit dominus nominis, non tamen dominus est rei debitæ, sed ipse debitor *l. 1. de liberat. legat.* Atqui non alius potest dare pignori, quàm qui dominus est, aut qui saltem habet domini voluntatem *l. aliena res 20. infr.* Nec rursus actionem alius habere potest contra debitorem, quàm qui ipse creditor est, nec aduersus alium, quàm suum debitorem *l. eum cui mutuam 13. C. de oblig. & action. l. 3. C. de hered. action.* Ergo si debitor meus nomen sui debitoris mihi pignori dederit, neque pignus valere potest, neque actio vlla mihi competere aduersus debitoris mei debitorem cum quo non contraxi. Personales enim obligationes, & quæ ex obligationibus nascuntur, actiones ideò dicuntur personales, quia personis cohærent, & vt nostri loquuntur, inhærent ossibus, nec ad alias personas siue actiuè siue passiuè transferri ipso iure possunt *l. vlt. §. 1. de contr. empt. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell.* neque si nomen debitoris aut venditum, aut in solutum, aut in dotem datum sit *leg. 2. l. si in solutum 6. C. de oblig. & act. l. pen. & vlt. C. quand. fisc. vel priuat.* DEC. Vtilitatis publicæ gratia, & ad ampliandam commerciorum libertatem multa ex æquitate inducta sunt contra strictam iuris rationem: maximè verò in pignoribus *l. sed an via 12. in fin. de pignor. iunct. l. ita vulneratus 52. in fin. supr. ad leg. Aquil. l. quòd si minor 24. §. 1. de minor. l. si quis mancipiis 17. §. si impubes infr. de instit. act. l. cùm plures 12. §. 1. de admin. tutor. l. qui autem 14. §. 1. supr. de pecun. constit.* Inter cætera verò illud ex æquitate contra stricti iuris rationem inductum est, vt nomen quoque debitoris à creditore pignori dari possit. Id enim est quod Imp. Alex. ait in *l. nomen 4. C. quæ res pignor. dar. poss.* iam pridem placuisse, id est ex æquitate receptum fuisse, vt nomen quoque debitoris pignorari & generaliter & specialiter possit. Nam à quo tempore pignorum incepit vtilitas, vt loquitur Vlpianus in *d. l. qui autem 14. §. 1. de pecun. constit.* an non fuisset iniquum vtilitate illa priuari eos, qui nihil nisi nomina debitorum in bonis habuissent? Nec alius Imperatorum Diocletiani & Maximiani sensus est in *l. postquàm 7. C. de hered. vel act. vendit.* eò tandem decursum esse, vt cautiones quoque debitorum pignori dentur, traditis scilicet instrumentis, in quibus scripta sunt nomina debitorum, vt sit propriè pignus quod per traditionem constituitur *l. si rem 9. §. propriè supr. hoc tit.* Facit autem hæc traditio, non vt creditor creditoris fiat creditor debitoris inferioris, & vt contra eum possit agere directa actione competente ex contractu, multo minùs autem vt dominium rerum debitoris pro nomine obligatarum transeat in creditorem, quod nec in emptorem nominis transiret *l. ex nominis 8. C. de hered. vel act. vendit.* Sed tantùm, vt exemplo eius qui nomen emit, cui actiones vtiles ex propria ipsius persona accommodatæ sunt, rescripto Diui Pij, etiam ei cui nomen pignori datum est, æquè vtiles actiones accommodari debeant *d. l. nomen*, nec ipsi tantùm, sed ei quoque qui tale nomen pignoratitium à creditore pignoratitio emerit *d. l. postquàm l. emptor 5. & d. l. ex nominis 8. eod. tit. iunct. l. si cum emptore 16. supr. de pact. d. l. 2. C. de oblig. & action. d. l. vlt. C. quando fisc. vel priuat.* Directas enim actiones, neque pignus, neque datio in solutum, neque venditio nominis transferre in alium potest, nisi mandatas, & ita vt mandantis nomine exerceri eas oporteat, vt ex supradictis legibus apparet, & ex *l. 1. C. de oblig. & act. l. qui stipendia 9. C. de procurat.* neque verò haberet vtiles, nisi prudentum interpretatio ad rescriptum Diui Pij ius hoc paullatim, & quasi irrependo induxisset. Vnde est, quod cessante conuentionali pignore nominis, non aliter potest nomen debitoris capi pignori in executione iudicati, quàm si alia bona nulla sint, quæ pignori capi possint. Adeò vt in eam rem necessariũ fuerit Imperatoris rescriptum, de quo Vlpianus in *l. à Diuo Pio 15. §. sic quoque iudices infr. de re iudic.* nec tam pignori, quàm pignoris loco capi dicuntur hoc casu nomina debitorum *l. 2. & leg. pen. C. quando fisc. vel priuat.* nempe quia stricta iuris ratio resistit, ne debitorum nomina pignori vel dari vel capi possint. Non solent autem nec debent prudentes à summo iure recedere, nisi vbi manifesta vrget æquitas, & publica vtilitas, quæ vt plurimùm ex necessitate æstimatur. Itaque benè hîc Paulus ita loquitur, vt dicat, si conuenerit, vt nomen debitoris mei sit, tibi pignori tuendam esse à Prætore hanc conuentionem, vt intelligamus non ergo valere pignus ipso iure, sed tuitione prætoria, quemadmodum in specie *leg. tutor 16. in princip.* vbi diximus *supr. iunct. l. si pupillorum 7. §. 1. infr. de reb. eor. qui sub tutel. l. 1. supr. quib. mod. vsusfr. amitt. leg. 1. §. vlt. infr. de superfic.* Tuendam tamen esse conuentionem à Prætore, ne alioqui magno incommodo afficiantur debitores, si non iis liceat nomina quoque debitorum suorum pignori dare, cùm fructus rei sit vel pignori dare licere *l. vlt. infr. de vsur.* Ergo aliorum bonorum excussio facienda est, antequàm nomen debitoris pignori capi possit in executione iudicati *d. l. pen.* At non vt ex conuentione pignori dari possit: Latiùs enim patet voluntas contrahentium, quàm potestas iudicis iudicatum exequentis, nec ob id minùs potest debitor nomina debitorum suorum dare pignori, quòd alia bona habeat. Cæterùm nec hodie cogitur creditor agens contra nomen debitoris sui alia eius bona excutere, siue quod iura non possideantur, & beneficium illud solis possessoribus datum sit. *Authent. hoc si debitor C. de pignor.* siue quòd nihil intersit debitoris, qui à creditoris sui creditore conuenitur, cui soluat, cùm æquè sit liberationem consecuturus, nec proinde verendum sit, ne ex ea causa lis aliqua noua insurgat: quomodo in possessore conuento cõtingeret, vt Bart. hîc disputat. Multùm tamen interest, si quis partitè loqui velit, an nomen pignori datum sit, an hypothecæ. Nam is qui pignori accepit, cùm pignoris datio nominis includat ex se traditionem instrumenti quo nomen continetur *dict. l. si rem 9. §. propriè supr. & l. cùm & sortis 35. §. 1. infr. hoc tit.* & quod ipsius etiam instrumenti puta chirographi appellatione significatur *l. qui chirographum 59. de legat. 3.* hoc ipso censetur habere mandatas à creditore actiones directas, quandoquidem traditio instrumenti ex se mandatum actionum continet *leg. 1. C. de donat.* Qui autem accepit nomen hypothecæ, id est nuda pignoris conuentione citra traditionem contentus fuit, speciali & expresso mandato indiget directarum actionum, vt eas debitoris sui nomine exercere possit.

a *Vt & te in exigenda pecunia.* RAT. DVB. Non potest is qui creditor non est, plus iuris habere aduersus debitorem, quàm is qui verè creditor est, cùm ius agendi non aliunde pendeat, quàm ex iure creditoris, atquin is qui nomen sui debitoris pignori dedit, non ideo desinit esse creditor, quia certi sunt modi vt inducendæ ita & extinguendæ obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet infr. de oblig. &*

action. inter quos non est pignoris datio nominis. E contrario autem is qui nomen debitoris pignori accepit, non idcirco fit creditor inferioris debitoris, contra quem agit, & cum quo nil contraxit. Ergo agentem illum non debet Prætor tueri in exigenda pecunia, multo minùs debitorem debitoris contra verũ & proprium suum creditorẽ si ab eo conueniatur. Facit enim suo iure quisquis contra suũ debitorem experitur, qui autem iure suo vtitur, neque dolo facere quicquam videtur, neque vlli infert iniuriam *l. si duorum 52. infr. de action. empt.* Nec sanè in Prętoris arbitrio esse potest aut debet, vt ex non creditore faciat creditorem, aut ex non debitore debitorem. Contractibus enim id fieri oportet, non authoritate & iurisdictione Prætoris, quia voluntates contrahentium audire Prætor debet, non iubere, vt de se Imperatores aiunt in *l. omnium 19. C. de testam.*

Dec. Postquàm placuit creditori, cui nomen debitoris pignori datum est, vtiles actiones contra debitorem debitoris accommodari, exemplo emptoris nominis, vt suprà diximus, idque partim ex rescripto Diui Pij, quod de nominis emptore locutum est, partim ex prudentum ad rescriptum illud interpretatione, non potest Prætor recusare quin eum tueatur in exigenda pecunia, ne alioqui faciat contra Imperatoris constitutionem, & contra ius ciuile, si non ei det vtilem actionem *leg. necnon 28. §. quoad eius supr. ex quib. caus. maior. l. cùm sponsus 12. §. si res de Publician. in rem action.* Quæ porrò non potest esse vtilis, quin sit efficax, vt suam habeat vtilitatem. Ideo enim vtiles actiones dicuntur, quòd vtilitate sua nunquam destituantur ad differentiam directarum, quæ licèt ipso iure competant, non tamen semper sint efficaces *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano & l. si heres 70. in princip. infr. ad SC. Trebell.* Et quemadmodum in duorum dominorum concursu, quorum vnus sit bonitarius, alter quiritiarius, potior in effectu causa est bonitarij, vt Vlpianus refert *tit. 19. de acquisit. rer. l. doce 9. C. de rei vindic. iunct. l. quamuis 75. de iur. dot. infr.* Ita in concursu actionum directarum & vtilium, semper vtiles quamuis minùs dignæ, minusque nobiles directis præferuntur, quoniam scilicet non nisi ex summa æquitate inducuntur, cuius potiorem quàm stricti iuris rationem esse conuenit *leg. placuit 8. C. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de regul. iur.* Cùm verò cogatur Prætor creditorem creditoris tueri in exigenda pecunia aduersus debitorem debitoris, vt eum præferat proprio & immediato creditori, eo iure quo is qui habet vtiles actiones præferendus est habenti directas: Consequens etiam illud est, vt conuentum debitorem à creditore creditoris tueri debeat, aduersus proprium & immediatum creditorem, data ei scilicet doli mali exceptione contra creditorem, qui debitoris sui nomen pignori dedit, non alia vtique mente, quàm vt creditori pignoratitio exigere illud liceret, ac proinde agere in necessarium antecedens. Etsi enim non semper actio præcedit exactionem (quid enim si debitor vltro soluat, & ante vllam interpellationem?) agendi tamen ius & potestatem præcedere semper necesse est, vt sequi possit exactio, quę ideo ab actione ipsa nomen sumpsit. Itaque cùm agat superior creditor ex voluntate inferioris aduersus inferiorem debitorem, non est audiendus inferior creditor aduersus proprium debitorem agens, si solutionem ab eo extorquere velit, ad quam ab alio cogi possit facto & voluntate ipsius creditoris, alioqui debitor inferior duobus in solidum singulis soluere cogeretur, quod perabsurdum & periniquum esset, ac contra naturalem æquitatem. Quæ ratio sola fuit inducendæ primùm exceptionis doli: ne cui per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem dolus suus prodesset ad lucrum captandum ex damno alieno *l. 1. de doli mal. except.* In proposito autem, prætextu iuris ciuilis, & per occasionem directarum actionum creditor inferior captat lucrum ex damno sui debitoris, vt ex duplici solutione locupletetur, cùm tamen vnum duntaxat sit debitum. Etsi enim creditoris creditor, cui nomen debitoris à debitore suo pignori datum est per vtilem actionem, quam habet, exigit pecuniam ad suam non ad debitoris sui vtilitatem (in quo differunt actiones vtiles à directis, quæ vt plurimùm in vtilitatem mandantis exercentur, licèt interdum etiam ad vtilitatem mandatarij *l. qui stipendia 9. C. de procurat. l. 1. C. de oblig. & action.*) hoc ipso tamen locupletior fit inferior creditor, quod à creditore suo liberatur *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. de acceptilat.* Et consequenter bis locupletior, si à debitore suo aliam iterum solutionem consequi velit: sic dicimus, si creditor à debitore suo fideicommissum reliquerit, valere fideicommissum non quidem, vt ipso iure debitor fideicommissario teneatur, sed vt si conueniatur ab herede, quomodo conueniri summo iure potest, tutus sit per doli exceptionem, quæ exceptio vtile fideicommissum facit, vt ait Vlp. in *l. si pecunia 77. de leg. 1. l. cùm quis decedens 38. §. pater in fin. de legat. 3.* Solent autem nostri quærere, an actio quæ datur creditori creditoris contra debitorem debitoris sit personalis an hypothecaria. Sunt qui putent esse hypothecariam, per quam intendat actor nomen esse sibi obligatum. Alij putant esse personalem per quam intendat actor sibi deberi eam quantitatem, quæ debitori suo debeatur. Alij denique, inter quos Bartolus ad *l. heredem 3. C. de heredit. action. & ad d. l. nomen,* vtramque opinionem reprehendunt, & personalem quidem actionem hanc esse volunt, sed vtilem ex contractu inferioris creditoris, ex quo superior creditor haberet directam. Et hæc receptior nostrorum sententia est, vt quod scriptum est in *d. l. nomen & in l. grege 13. §. cum pignori infr. de pignor.* concilient cum *d. l. heredem,* quæ personalem actionem disertè denegat mulieri aduersus mariti debitores, quamuis mariti bona omnia mulieri pro dote sint tacitè obligata *l. vnic. C. de rei vxor. act.* nisi quod non desunt, qui cum Azone defendant ex illa *l. heredem,* differentiam esse hac parte inter hypothecam expressam & tacitam, quasi nomina debitorum etiam in generalem expressam hypothecam bonorum veniant, in tacitam verò non item. Quod euidenter certè falsum est. Etsi enim nomina debitorum neque mobilium neque immobilium appellatione continentur, sed tertiam bonorum speciem constituunt, siue ad rem mobilem dentur, siue ad rem immobilem *leg. quam Tuberonis 7. §. in peculio infr. de pecul. leg. à Diuo Pio 15. §. in venditione infr. de re iudic.* quis tamen nescit generali appellatione bonorum etiam nomina debitorum comprehendi? *leg. bonorum 49. de verb. signific.* Quidni ergo in generalem quamuis tacitam bonorum hypothecam veniant? Nec moueri debuerunt interpretes ex *dict. leg. heredem,* quæ etsi de dotis repetitione loquitur, non tamen de tacita generali hypotheca, quę hodie dotis nomine competit, quippe quæ illius legis temporibus nulla adhuc competere poterat, cùm inducta sit à Iustiniano in *dict. leg. vnic. Cod. de rei vxor. act.*

Ante

Ante quã habebat quidẽ dos iam olim priuilegium prælationis inter chirographarios creditores *l. quæsitum 17. §. si sponsa & l. seq. infr. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 2. & 3. de priuileg. credit.* sed priuilegium tacitę hypothecę non habebat. Proinde quod scriptum est in *dict. leg. heredem* de actione personali deneganda marito aduersus mulieris debitores, non de illa vtili actione potest intelligi, quam creditori creditoris dandam esse dicimus contra debitorem debitoris, sed de mera personali, quæ ex contractu debitoris tantùm nascitur. Et quæ in eo differt ab vtili, quod vtilis non ex solo debitoris contractu nascitur, sed potissimùm & immediatè ex contractu superioris creditoris, qui nomina debitorum sui debitoris habet obligata: nec aliam causam admittere potest, quàm quia nomen, in quod agitur, sit obligatum, quamuis non ideò sit hypothecaria, sed merè personalis. Aliud enim est dicere, esse illam hypothecariam, quod falsum est: aliud verò habere conuentionem pignoris pro causa, vel saltem pro condicione sine qua non & pro medio, vt loquuntur, actionis. Quare nec illud probo, quod quidam putant, creditorem creditoris non priùs agere posse personali actione contra debitorem debitoris, aut hypothecaria in bona debitoris inferioris pro eo debito obligata, quàm egerit hypothecaria in ipsum nomen debitoris, vt pronuncietur obligatum. Quid enim huiusmodi circuitu opus est? *vulg. l. dominus 53. supr. de condict. indeb. l. 3. § si debitorem de donat. int. vir & vxor.* Aut quidni sufficiat dicere, ac probare nomen debitoris obligatum esse, & eodem iudicio actionem vtilem aut in personam inferioris debitoris, aut in pignora ab eo data instituere? Idque probatur satis ex hac lege & *d. l. nomen & d. §. cùm pignori.*

b *Ergo si id nomen pecuniarium fuerit.* RAT. DVB. Compensatio non potest habere locum, nisi cùm idem eiusdem debitor est, & creditor *l. 1. & pass. infr. de compensat.* Atqui creditoris creditor, qui actione vtili exegit nomen inferioris debitoris, non tam factus est per eiusmodi exactionem debitor, quàm desiit esse creditor, cùm eam solutionem & suo nomine perceperit, & ad suam vtilitatem. Ergo quamuis pecuniarium debitum fuerit, compensationi locus esse hoc casu non potest.

DEC. Creditor, qui per distractionem pignoris solutionem sibi debitæ quantitatis consequitur, hoc ipso fit debitor precij ex distractione percepti, teneturque eo nomine tanquam debitor pignoratitia actione: Ergo cùm sit etiam creditor, compensatio locum habere potest & debet ad concurrentem vsque quantitatem, nec nisi superfluum actione pignoratitia reddere cogitur *l. eleganter 24. §. pen. infr. leg. vlt. C. de distract. pignor. l. vlt. C. si vendit. pignor. agat.* Atqui cùm nomen debitoris à creditore creditoris exactum est, quod pignori datum fuerat, perinde pignus perit debitori, qui dedit, ac si distractum esset, quia & distrahi nomen debitoris posset *l. postquàm 7. & seq. & tot. tit. C. de hered. vel act. vendit.* Amittit enim creditor debitorem suum, contra quem si directa actione vellet agere, doli exceptione summoueretur, vt suprà diximus. Idem igitur hoc casu dicendum est, vt exacto per creditoris creditorem debito à debitore debitoris compensatio fiat vsque ad concurrentem quantitatem, & si quid superfluum est, debitori reddatur.

c *Si verò corporis alicuius.* RAT. DVB. Nomina & actiones consistunt in iure, non in corpore *l. 1. §. quædam supr. de rer. diuis. & titul. de reb. corpor. & incorp.* Ideoque constituunt tertiam bonorum speciem à rebus mobilibus & immobilibus, quæ corporales sunt, differentem *l. quam Tuberonis 7. §. in peculio infr. de pecul.* Ergo pignus nominis, licèt nomen sit alicuius corporis, non idcirco in pignus corporis transire potest. Æstimatur enim pignus ex conuentione, siue traditio secuta sit, siue non, nec aliud potest esse in pignore, quàm de quo conuênit, vt pignori esset, nec si factum sit ex materia pignorata *§. si quis cauerit infr. hac lege.* Proinde cùm aliud sit nomen, quod pignori datum est, aliud verò corpus, quod ex nomine debetur, dicendum est, si creditoris creditor exegerit actione vtili corpus quod debebatur, nihilo magis tamen pignoris loco esse corpus, quod exactum est.

DEC. Cùm nomen datur pignori, non tam de iure nominis cogitatur, quàm de vtilitate quæ ex nomine redigi potest, quandoquidem datur pignus, vt cautum sit & consultum creditori. Vtilitas autem nominis obligati tota consistit in exactione eius, quod debetur: siue in pecunia consistat, siue in corpore. Igitur si nomen alicuius corporis fuerit, & corpus exactum sit, atque ita pignus nominis simul cum nomine ipso perierit, fatendum est corpus illud esse pignoris loco, tanquam subrogatum in locum nominis, quod fuerat obligatum. Ideoque non potest dici hoc casu, quod superiore diximus, compensationem fieri, quia non sicut quantitatis ad quantitatem fit compensatio, ita corporis & speciei alicuius compensatio fieri potest ad quantitatem, vt benè nostri ex hoc textu colligunt, & ex *l. si non sortem 26. §. vlt. supr. de condict. indeb. & l. grege 13. §. cùm pignori.* vbi eadem ferè quæ hîc quæstio proponitur *infr. de pignor.* Cùm itaque corpus exactum ex nomine corporis non possit compensari cum quantitate creditori debita, consequens omninò est, vt cùm nec pignus propriè sit, quia reuera pignori datum non est, pignoris saltem loco esse intelligatur, vt Paulus hîc loquitur.

1 ¶ Si nuda proprietas pignori data sit: vsusfructus, qui postea adcreuit, pignori cedit. Eadem causa est alluuionis.

Ad §. 1. Si nuda.

RAT. DVB. Non potest pignori esse id de quo, vt pignori esset, non conuênit, sicuti proximè diximus ex *§. si quis cauerit infr.* Atqui cùm data est pignori nuda proprietas, non solùm nihil conuênit de vsufructu, sed potiùs in contrarium conuenisse videtur, vt vsusfructus non sit pignori. Quid enim aliud est nuda proprietas, quàm ea quę est sine vsufructu? *leg. si vsusfructus 8. infr. de vsufr. legat.* Adeò vt qui habet nudam imò & plenam proprietatem, vsumfructum habere non possit *leg. quod nostrum 63. supr. de vsufr.* Nemo enim re sua vtitur, fruitur *leg. vti frui supr. si vsusfr. pet.* Ergo si nuda proprietas pignori data sit, non potest vsusfructus qui posteà adcreuit esse pignori: præsertim cùm is qui dicit rem sibi datam esse pignori, probare debeat eam rem in bonis debitoris fuisse tunc cùm pignus contrahebatur, nisi cùm

generaliter bona omnia pignori data sunt præsentia, & futura *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur iunct. l. 3. infr. de pignor. l. ante omnia 23. de probat. l. qua prædium 6. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Ac præterea tempus contractus inspici soleat & debeat, cùm quæritur quid in contractum venerit, non si quid ex postfacto superuenit *l. Rutilia Polla 69. infr. de contr. empt.* Dec. Placuit certis modis vsumfructum finiri de quibus in *tit. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* ne inutiles essent proprietates semper abscedente vsufructu *dict. l. si vsusfructus & §. ne tamen instit. de vsufr.* Finitus autem vsusfructus, statim & sui natura recurrit ad proprietatem, tāquam ad suam causam; Et quidem ipso iure, nullo scilicet hominis facto in eam rem requisito: Vnde est quod interpretes nostri vsumfructum illū qui cum proprietate coniunctus est, & in plena proprietate continetur, causalem appellant, tanquam qui cum sua causa sit coniunctus, formalem verò eū qui à proprietate ita seiunctus est, vt per abstractionē & separationem à proprietate constituatur. Quod autem naturaliter & per se fit, necessariò fit, vt proinde iam pro facto ferè haberi debeat *l. 1. §. vlt. l. 2. § apud Namusam infr. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. filius 28. §. 1. in fin. de liber. & posthum.* Dicam amplius, vsumfructum illum formalē, cùm posteaquàm finitus est, redit ad proprietatem, redire iure proprietatis. Sic enim Pomponius loquitur in *leg. si cùm argentum 21. §. pen. infr. de except. rei iudic.* proprietatis inquam nudæ. Non enim fit plena proprietas antè quàm vsusfructus redeat ad proprietatem, neque tum cùm redit, sed postquàm rediit. Cùm ergo nuda proprietas pignori data est, consequens omnino fit, vt vsusfructus quoque si posteà finiatur, & ad proprietatem reuertatur, hoc ipso pignori datus existimetur. Eadem namque proprietas est, quę dati pignoris tempore nuda fuit, nunc plena inuenitur, & quāuis nouus & alius sit vsusfructus, qui ex formali factus est causalis *d. l. si cùm argentum §. pen.* Eadem tamē proprietas est, quę ab vsufructu formali antea separata, nunc cum causali coniuncta est: Diuersæ etenim illę qualitates nudę & plenę proprietatis, non faciunt aliam atque aliam proprietatem, sed tantùm aliter atque aliter se habentem: Cùm tamen vsusfructus formalis differat a causali, nō qualitate tantùm sed natura etiam ipsa & substantia. Vsusfructus formalis in iure consistit, non in corpore, licèt emolumentum rei contineat *l. cùm filius 76. §. dominus l. Mæuius 66. §. fundo de legat. 2.* Causalis verò dominij & proprietatis pars quędam est, quę nec à proprietate separationem recipit, quandiu causalis est, nisi cùm id agitur, vt ex causali fiat formalis *d. l. quod nostrum 63. de vsufr. d. l. si cùm argentum §. pen. l. si alij fundum 19. de vsufr. legat. l. rectè dicimus 25. de verb. signific.* Et hęc vera huius §. ratio & sententia est, nonquam nimis generalem adfert Bartolus, quasi quicquid accedit pignori, pignus fit. Debuerat enim scribere, *id quod naturaliter accedit pignori.* qua dictione *naturaliter* addita, non quæsiuisset, an aucto regno prouincia superaddita iisdem quibus regnum legibus & constitutionibus regi debeat. Non enim naturaliter additur regno prouincia, sed facto aliquo hominis nouaque conuentione interueniente: Quod in vsufructu proprietati accedente diuersum est, vt diximus. Quamquam distinctionem illam quam adfert in sua quæstione Bartolus, non improbo, an prouincia regno adiiciatur accessoriè, an quasi principale quid & per se subsistens, vt priore casu regni cōstitutionibus regatur tanquam pars regni, posteriore verò non item: sed melius intelligetur ratio huius §. ex alio exemplo, quod Paulus subiicit, de eo quod fundo pignorato adcreuit per alluuionem, vt scilicet id quoque pignori sit. Nam cùm alluuio nihil aliud sit quàm incrementum latens, quod ita paullatim adiicitur, vt nesciri possit, quantum quoquo tēporis momento adiiciatur *§. præterea 20 Instit. de rer. diuis.* intelligimus, aliud ergo dicendum esse, si per inundationē fluminis aliquid fundo pignorato accesserit, siue paullatim siue nō paullatim *l. ergo 30. § alluuio de acquir. rer. domin.* Nec minùs tamē accedit fundo pignorato, quod accedit per inundationem, quàm quod per alluuionem. Non ergo generaliter verum est, quod vult Bart. id quod fundo pignorato accedit pignus esse, sed id tantùm quod ita accedit, vt non tam nouum pignus, quàm incrementum quoddam pignoris esse videatur: Quomodo de dote scribit idem Paulus noster in *l. si proprietati 4. infr. de iur. dot.* vbi duo iidem casus proponuntur in dote, qui tractantur hìc in pignore, nempe si nudæ proprietati in dotem datæ vsusfructus accesserit. Item si quid per alluuionem. Iunge *l. si fundus 16. in princip. infr. de pignor. l. & puto 16. §. id quod amnis supr. famil. ercisc. l. item si fundi 9. §. huic vicinus supr. de vsufr. l. quod in rerum 24. §. si quis post testamentum de legat. 1.*

2 ¶ Si fundus pigneratus venierit: manere causam pignoris constitit: quia cū sua causa fundus trāseat. sicut in partu ancillæ [a], qui post venditionē natus sit.

Ad §. 2. Si fundus.

Rat. dvb. Conuentio inter alios facta aliis neque prodesse debet, neque nocere *l. si vnus 27. §. pacta quæ turpem vers. ante omnia supr. de pact.* Vnde est, quod dicimus obligationem personalem non sequi successorem singularem *l. vlt. §. 1. de contr. empt. l. 1. §. si heres ad SC. Trebell.* Atqui pignus constituitur per conuentionem factam inter debitorem, & creditorem *l. 1. supr.* Ergo non debet nocere emptori, qui à debitore emit, præsertim cùm pignus non faciat, quominùs dominium rei pignoratæ quod remanet penes debitorem transeat per traditionē in emptorem. Plus autem est habere dominium rei, quàm rem obligatam. Melior igitur debet esse causa emptoris, quàm creditoris, cùm nihil conuenerit emptor de pignore *l. Aristo 3. inf. quæ res pignor. oblig. poss.* Dec. Traditio non plus iuris in aliū transferre potest, quàm debeat is qui tradit *l. traditio 20. infr. de acquir. rer. domin.* Atqui debitor habuit quidem dominium rei quàm vendidit, & tradidit, sed iure pignoris obligatum creditori, quæ pignoris obligatio non tam afficit personam pignorantis, quàm rem pignoratam. Est enim persecutio pignoris in rem non autem in personam *l. pignoris 17. inf. de pignor. l. pigneris 18. C. eod.* Ergo si debitor rem pignori obligatā vendiderit, aut aliter alienauerit, saluam tamen pignoris causam manere necesse est *l. distractis 14. & seq. C. de pignor. l. 3. l. pen. C. de remiss. pignor. l. vnic. C. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. adminisr. l. vlt. § pen. inf. de donat. l. si debitor 12. C. de distract. pignor.* Ne alioqui sit in potestate debitoris qui rem suam pignori dedit, eam posteà vendendo aliterve alienando ius creditoris sui lædere, quod absurdum & iniquum esset, ac

contra

contra *leg. id quod nostrum* 11. *l. non debet* 71. *de regul. iur.* Denique non poteſt alienatio fieri, niſi cum ſua cauſa *l. alienatio* 67. *infr. de contr. empt.* Quæſtio enim pignoris ab intẽtione dominij omnino ſeparata eſt *l.* 1. §. *cum prædium infr. de pignor.* Nec vlla dominij ſocietate coniungitur *l. iuſto errore* 44. §. *non mutat. de vſucap.* Nihil enim vetat rei dominium vnius eſſe, & nihilominùs rem eſſe obligatam alteri, licèt non poſſit pignus conſtitui, niſi ab eo, qui conſtituti pignoris tempore dominus reperiatur *leg.* 3. *in princip. l. & quæ nondũ* 15. §. *quod dicitur infr. de pignor.* Non enim poteſt res affici & obligari ab alio quàm qui ſit dominus, vbi verò ſemel affecta eſſe cœpit, nõ intercidit obligatio amiſſione ac mutatione dominij, quia obligatio realis ſequitur rem quocunque ierit, ideoq; tranſit etiam in ſingularem ſucceſſorem adeoque, quod magis eſt, etiã ſucceſſor ille ſingularis dominiũ per vſucapionem ſibi acquiſiuerit *d.* §. *cum prædiũ d.* §. *non mutat. l. vſucapio* 7. *C. de pignor.* Eademque prætorij pignoris quæ conuentionalis h[...] parte ratio eſt *l. miſſo* 12. *inf. pro emptor. l.* 2. *pro hered. l. poſtquã C. vt in poſſ. legat.*

a *Sicut in partu ancillæ.* Omnino legendum eſt *ſecus* non *ſicut* quod docui pluribus in *error.* 9. *decad. l.* 54. *de error. pragmat.* Etſi enim ancilla pignorata non eò minùs manet pignorata quòd vendita ſit, partus tamen ex ea editus apud e[mpto]rem non eſt obligatus *leg. Paulus reſpondit* 29. §. 1. *infr. de pignor.* Nec ſi conceptus ſit apud debitorem, quamuis Accurſius ita diſtinguat. Non enim ſufficit ancillam fuiſſe in bonis debitoris conuentionis tempore (quamquã hoc quoque ante omnia neceſſarium eſt *l. potior* 11. §. *ſi de futura infr. qui potior. in pignor. hab. l. ante omnia* 23. *inf. de probat.*) niſi etiam partus in dominium perueniat debitoris, vt ſcriptum eſt in *d. l.* 29. §. 1. quòd porrò non aliter fieri poteſt, quàm ſi partus ex ancilla obligata, non modò conceptus ſit, ſed etiam editus apud debitorem, vt ibidem diſertè ſcriptum eſt. Partus enim ante quã ſit editus, cùm nec homo ſit in nullius dominio vel pignore eſſe poteſt *l. in falcidia* 9. §. 1. *ad leg. falcid. l. vlt. inf. de collat. bonor.* Ideoque nunquam conceptionis ſed ipſius partus tẽpus ſemper inſpiciendum eſt *d. l. in falcidia leg. Paulus* 24. *alias l. falcidia* §. 1. *eod. l. vlt. infr. de acquir. rer. domin.* quæ non vſque adeò ad cauſam dominij reſtringenda eſt, quomodo eam reſtringit Accurſius ad *d.* §. *ſi de futura*, vt non etiam ad pignoris cauſam trahi debeat. Dubitandi tamen ratio circa partum ancillæ pignoratæ ex eo ſumi poteſt, quod in prima huius §. ſententia ſcriptum eſt, ſi fundus pignoratus venierit, manere cauſam pignoris, quia cũ ſua cauſa fundus veneat, & in emptorem tranſeat: conſequẽs enim videbatur, vt ancilla vendita quæ fuerat pignorata, etiã partus apud emptorem ex ea editus, vinculo pignoris teneri deberet, quoniam & teneretur, ſi ancilla vendita non fuiſſet, & apud debitorem peperiſſet. Etſi enim partus nondum editus, licèt iam conceptus apud debitorem, nondum in bonis eius eſt, cùm nec in hominum natura ſit, vt diximus. Creditori autem pignus perſequenti onus incumbat probandi rem in bonis debitoris fuiſſe conuentionis tempore *d. l. ante omnia* 23. *infr. de probat.*, quæ dubitandi cauſa erat in *d.* §. *ſi de futura.*) Attamẽ cùm de partu quæritur, ſufficit conuentionis tẽpore ancillam in bonis debitoris fuiſſe, id eſt nõ requiritur prætereà, vt partus quoque fuerit in bonis eo tempore, ſed tantùm vt ancilla, quæ ſi tum in bonis non fuiſſet, quamuis poſteà eſſe cœpiſſet, partus tamẽ etiam apud debitorem editus pignori eſſe ex priore cõuentione nũquam poſſet. Sed decidendi ratio eſt, quia multùm hac parte diſtat pignus ancillæ à pignorato partu: Ancillæ pignus valet, ſi fuerit illa in bonis debitoris, cùm pignori dabatur, nec eò minùs durat pignorata, quòd alienata ſit, quia trãſit dominium cum ſua cauſa. Sed partus ancillæ qui non fuit in bonis debitoris eo tempore, quo vel ancilla ſola, vel etiam partus nõdum editus ſpecialiter hypothecæ dabatur, (bonis enim omnibus etiã futuris generaliter obligatis, aliud ſinè dicendum eſſet *l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur infr. de pignor. l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.*) non poteſt obligatus dici, niſi eo ſaltem tepore quo naſcitur in bonis & dominio debitoris inueniatur, alioqui valeret pignus eius rei, quæ in bonis & dominio debitoris, nec tempore conſtituti pignoris nec poſtea vnquam fuiſſet: quod à ratione iuris prorſus alienũ eſſet *d. l.* 1. §. *cum prædiũ in fin. inf. de pignor.* Planè vbi partus apud debitorẽ editus eſt, atque ita iure obligatus eſſe cœpit, ſi poſteà vẽdatur ſiue ſolus ſiue cũ matre, manebit obligatus, & tranſibit dominiũ eius cũ ſua cauſa, nec quicquam hoc caſu inter ancillã pignoratam, & partũ iam pignoratũ intererit. Differẽtia tantùm eſt in oppignoratione ipſa: Ancilla ſiquidẽ tũ obligatur, cũ datur pignori, partus verò ex ancilla ſiue iã conceptus ſit, ſiue nõ ſit, nõ priùs obligatur, licèt iã tum fuerit in vtero matris obligatæ, quã natus ſit & editus. Anteà ſiquidẽ portio tantùm eſt viſcerũ matris nõ partus *l.* 1. §. 1. *de inſpic. ventr.* Tẽpus itaq; non conuẽtionis inſpiciendũ eſt, ſed natiuitatis, q[uo]d ad partus oppignorationẽ attinet, circa perſonã verò matris ex qua partus editus eſt, tẽpus conuẽtionis inſpicimus, quia ſi eo tẽpore mater in bonis debitoris nõ fuiſſet, nec partus ex ea poſtmodùm, quãuis apud debitorẽ editus, pignoris vinculo teneri poſſet, niſi proponeres bona omnia debitoris generaliter fuiſſe obligata præſentia ſcilicet & futura *d. l. & quæ nondũ* 15. §. *quod dicitur inf. de pignor.* Valde tamẽ obſtat *l.* 1. *in princip. inf. de Saluian. interd.* quę dat vtile Saluianũ creditori pro partu ex ancilla edito apud emptorẽ. Sed ille quoq; locus certè mendoſus eſt, & legendus negatiuè hoc modo, *nec vtile interdictũ reddi oportet.* Nam cũ faciliùs ſit, vt interdictum vtile detur quàm directum, monet Iulianus nec vtile pro partu apud emptorem editi locum habere, alioqui etiam directum Saluianum habere locum deberet. Quod intellige, etiamſi conceptus ſit apud debitorem. Scripſi latiùs in Chiliade *decad.* 6. *error.* 2. & 4. vbi aliam interpretationem attuli.

3 ¶Si quis ſic cauerit, vt ſylua ſibi pignori eſſet: nauem ex ea materia factam non eſſe pignoris, Caſſius ait: quia aliud ſit materia aliud nauis. & ideo nominatim in dando pignore adiiciendum eſſe ait, *Quæque ex ſylua facta, natáve ſint.*

Ad §. 3. Si quis ſic cauerit.

Rat. dvb. Cum ex ſylua mea nauem conſtruo, nauis mea eſt, ſicut & materia cuius enim [al]terius eſſet, cùm nec materiam, nec formam nauis [...]lus dederit. Ergo ſicuti materia ex qua nauis facta eſt, pignorata erat, ita & nauis quæ ex ea facta eſt, manebit pignorata. Pignus enim durat, quandiu verum eſt, ſolutum non eſſe debitum, nec aliter eo nomine ſatisfactum *leg. ſi rem* 9. §. *omnis pecunia ſupr. leg. grege* 13. §. *etiam infr. de pignor.* Dec. Extinctione ac peremptione rei obligatæ extinguitur vincu-

Sed respondet rectè, creditorem non aliter posse vti pignore, quàm quomodo bonus & prudens paterfamilias vteretur *l. ea igitur 14. supr.* Ergo si sylua erat cædua, nullum prohibendi ius habebit, sin cædua non erat, habebit, quia nec aliter bonus paterfamilias eiusmodi sylua vteretur. Nam & circa vsufructuarium eadem distinctio ex eadem iuris ratione adhibetur *l. item si fundi 9. §. vlt. supr. de vsufr.*

4 ¶ Seruus rem peculiarem si pignori dederit: tuendum est, si liberam peculij administrationem habuit. nam & alienare eas res potest.

Ad §. vlt. Seruus.

RAT. DVB. Pignus rei alienæ & à non domino constitutum non valet, vt sæpiùs diximus ex *l. si rem 9. sup. l. rem alienam 41. infr. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* nisi constitutum sit sub condicione, si res debitoris esse cœperit *l. si fundus 16. §. aliena res infr. de pignor.* Atqui peculium filiofamilias aut seruo concessum à patre vel domino etiam cum libera administratione, licèt sit filij & serui, magis tamen est patris aut domini, nec tam filij aut serui, quàm patris aut domini interest *l. 3. §. sed vtrum ante finem l. patri 27. in princip. supr. de minor.* Ergo non est permittendum filiofamilias aut seruo, vt inscio patre vel domino rem vllam peculiarem obliget, nec si liberam eius peculij administrationem habeat. Erit ita Marcianus aperte scribit in *l. 1. §. 1. inf. quæ res pignor. vel hypoth. dat. oblig. non poss.* DEC. Etiam aliena res pignori dari potest accedente domini voluntate *l. aliena res 20. infr.* Atqui cùm filiofamilias vel seruo pater aut dominus peculij administrationem præsertim liberam concessit, negari non potest, quin si rem aliquam peculiarem pignori dederit habeat pro se domini vel patris voluntatem. Quid enim est, quod in concessione liberæ administrationis contineri non possit? *l. procurator cui 58. & seq. supr. de procur. l. si liberam 10. C. quod cum eo qui in alien. potest.* Vnde etiam est, quod res istas peculiares alienare seruus hoc casu potest, itemque filiusfamilias, vt subiicitur in hoc textu & in *l. seq.* Cùm tamen longè plus sit alienare, quàm pignorare, siquidem alienatio transfert dominium *l. si fundum 16. inf. de fund. dotal. l. 1. C. eod.* Pignoris autem datio non item *l. cùm & sortis 35. §. 1. infr. hoc tit.* Ideoque quicquid venditionem emptionemque recipit, multo magis pignorationem recipere potest *l. sed & quod 9. §. 1. inf. de pignor.* Quidni ergo etiam pignorare res peculiares poterit filiusfamilias aut seruus, cui pater vel dominus liberam peculij administrationem concesserit? Sed hoc ita, si ex causa aliqua peculiari pignoris datio huiusmodi facta sit: quomodo in specie huius §. & legis sequentis factam esse ponendum est. Nam si ex alia causa, non idem probandum erit *d. l. 1. §. 1. quæ res pignor.* Non enim ad hoc datur filiofamilias vel seruo libera peculij administratio, vt peculium perdat & dissipet, puta vt donet *d. §. 1. & l. filiusfamilias 7. in princip. inf. de donat.* sed vt peculium augeat suaq; libera administratione patrẽ vel dominũ faciat tanto locupletiorem. Deniq; pignus dari necesse est ex ea causa, ex qua etiam pater vel dominus actione de peculio propter contractũ filijfamilias vel serui teneretur *l. contrà 28. §. vlt. l. in persona 30. §. 1. sup. de pact.* Idque Accursius quoque noster benè vidit.

19. MARCIANVS libro singulari ad Formulam hypothecariam.

EAdem & de filiofamilias dicta intellegimus.

Ad l. 19. Eadem & de filiofamilias.

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hanc legem quæ ad *§. vltim. legis præcedentis.* Nec enim hac parte discrepat filiusfamilias à seruo, quamuis in aliis plerisque discrepent, in eo maximè, quòd filiusfamilias ex multis causis erat iam olim acquisitionis capax non volente patre sibi per filium acquiri *leg. 4. §. sed & filiusfamilias supr. de ædend. leg. Aemilius 38. §. 1. supr. de minor. leg. is qui heres 13. §. vltim. leg. cùm heres 52. infr. de acquir. hered. leg. cogi 16. §. si pater filio 11. l. Imperator 50. ad senatusconsultum Trebell.* at seruus non item. Vnde est, quod etiam inuitis dominis serui ex omnibus penè causis, id est excepta causa successionis hereditariæ *leg. etiam 32. de acquir. rer. domin. iunct. leg. qui in aliena 6. de acquir. hered. l. seruo 65. ad senatusconsultum Trebell. l. seruus vetante 62. de verb. oblig.* non etiam filijfamilias patentibus *l. 1. C. qui admitt. ad bonor. possess. poss.* Sed de his alibi & sæpiùs atque accommodatiùs scripsimus.

20. PAVLVS libro 22. ad Edictum.

ALiena res pignori dari voluntate domini potest: sed & si, ignorante eo, data sit [a], & ratum habuerit: pignus valebit.

Ad l. Aliena res 20.

RAT. DVB. Pignus contrahitur etiam nuda conuentione *l. 1. supr.* ita vt is quoque, qui rem alienam siue sciens siue ignorans pignori dedit, dummodò ignoranti, contraria actione pignoratitia teneatur *l. si rem alienam 9. l. tutor 16. §. 1. supr. hoc tit.* Ergo etiam rei alienæ pignus valet, quemadmodum & venditio *leg. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* Non enim res aliena quæ venditur, per venditionem afficitur, vt neque res aliena pignori data, nec eò minùs tamen valet venditio, hactenus scilicet vt venditor ex contractu suo teneatur actione ex empto ad euictionem emptori præstandam. Quidni ergo valebit etiam oppigneratio? Præsertim cùm diximus in præcedentibus ad *§. vltim. leg. si conuenerit 18. supr.* id quod emptionem venditionemque recipit, etiam recipere oppignerationem *leg. sed & quod 9. §. primo infr. de pignor.* maiorque subesse videatur ratio prohibendæ venditionis rei alienæ, quàm obligationis, quia nec venditio facta videri potest, si id actũ sit ne dominiũ ad emptorem transferret *l. pen. §. vlt. infr. de contr. empt.* Hoc verò non potest non agi ab eo maximè, qui sciens vendit rẽ alienam,

cùm nemo per traditioné plus iuris in alium transferre possit, quàm ipse habeat *l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. nemo plus iuris 54. de regul. iur.* Quòd si dicamus alienæ rei pignus nullomodo valere, consequens videtur, vt nec adiuncta domini voluntas quicquam faciat cùm dominium non sit ex earum rerum numero, quæ nuda domini voluntate amitti possunt *leg. si quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poss.* Cur ergo dicimus alienam rem ex domini voluntate pignori dari posse?

DEC. Pignus eo animo & datur, & accipitur, vt sit cautum creditori *l. si mandatu 59. §. vlt. infr. mandat.* quia plus est cautionis in re quàm in persona *leg. plus cautionis est 25. de regul. iur.* Proinde nihil agitur per dationem pignoris, si non effectus ille sequatur, vt res pignori data obligetur, & quidem tali tamque firmo vinculo, aut rem ipsam persequi contra quemlibet possessorem creditor possit. In quo differt pignus à venditione: Per quam è contrario non id primò & principaliter agitur, vt dominium in emptorem omnimodo transferatur, sed tantùm vt venditor emptori ex contractu obligetur: per consequentias autem vt emptor per traditionem subsecutam fiat dominus, si dominiũ rei venditæ penes emptorem fuit, sin minùs obligetur venditor de euictione ad restitutionem precij & quanti præterea emptoris intersit *l. ex empto 11. §. 1. iunct. l. 1. in princip. & pass. infr. de action. empt. l. si traditio 4. C. eod. l. si in venditione 60. infr. de euict.* Atqui per conuentionem adeoque traditionem factam à non domino, affici non potest neque obligari res, quę alterius sit, ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur contra regulam *l. non debet alteri 74. de regul. iur.* nisi proponas fructuarium, vel creditorem pignoratitium esse illum, qui inscio domino rem alienam pignori dederit. Fructus siquidem rei est, vel pignori dare licere *leg. vlt. infr. de vsur.* vsumfructum scilicet non proprietatem *l. interest 6. C. de vsufr.* Et pignus licèt non nisi alienæ rei possit consistere *l. neque pignus 45. de regul. iur.* pignori tamen dari potest inuito quoque debitore *l. grege 13. §. cùm pignori infr. de pignor. & tot. tit. C. si pignus dat. sit.* Habent enim isti aliquod ius in re inuito quoque domino, propter quod possint rem illam etiam eo inuito afficere: Sed extra hunc casum fieri certè nequit, vt aliena res pignori data obligetur & afficiatur, si non accedat voluntas domini. Itaque quod dicimus, ea quæ emptionem venditionemque recipiunt, etiam oppignerationem recipere: sic intelligi omnino debet, si termini sint habiles, nec quicquã magis obstet oppignerationi, quàm vẽditioni. Nec eò minùs tamen damus contrariam actionem pignoratitiam creditori contra debitorem, qui alienam rem pignori dedit *d. l. si rem & d. l. tutor §. 1. supr.* non quia pignus valuerit ex quo actiones pignoratitiæ directa & contraria nasci solent, sed quia re ipsa deceptus est creditor, cui per eiusmodi pignus nullomodo cautum fuit, siue animum decipiendi debitor habuerit, siue non habuerit, id est siue alienam rem debitor sciuerit, siue ignorauerit. Non enim magis decipi potest creditor, quàm si pignori accipiat rem à debitore tanquam debitoris propriam, quæ tamen quòd aliena esset, pignori dari non potuerit. Voluntatem igitur domini accedere omnino necesse est, vt pignus valere possit vt in *l. petenti 27. infr. l. quæ prædium 6. & l. pen. & vlt. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Etsi enim non facit accedens voluntas domini, vt eò minùs verùm sit, alienã rem pignori datam esse, facit tamẽ vt perinde haberi pignus debeat, ac si à domino ipso datum fuisset, cùm & nuda voluntas domini sufficiat ad rem suam pignori obligandam *l. 1. supr.* & nemo dubitet quin etiam pro alieno debito rem suã obligare quilibet possit. Idque adeò verùm est, vt interdũ sola domini scientia sine expressã voluntate in eam rem sufficiat, si modò per dissimulationem tacuisse probetur, quia dissimulatio illa carere dolo non potest *l. 2. C. si alien. res pignor. dat. sit. l. mulier 11. C. de distract. pignor. l. si sine voluntate 5. C. ad SC. Velleian.* Denique volenti nũquam fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Idcirco autem maximè rem alienam pignori dare prohibemur, ne iniuria dominus afficiatur si inuito vel inscio eo res ipsius obligetur.

a *Sed & si ignorante eo dat. sit.* RAT. DVB. Quod ab initio non valuit, ex postfacto conualescere non potest *l. quod initio 29. de regul. iur.* Atqui pignus rei alienæ ab initio non valuit, vt proximè diximus. Ergo nec per subsecutam domini ratihabitionem potest conualescere: Præsertim cùm ratihabitio non possit meum facere negotium, nisi illud demũ quod meo nomine gestum est *l. si pupilli 6. §. sed si ego supr. de negot. gest.* Ponimus autem datã fuisse pignori rem alienam à non domino suum negotium gerente, non negotiũ domini. Quid ergo facere hic ratihabitio potest? DEC. Ratihabitio in omnibus iis quę à voluntate ratum habentis dependent, mandato æquiparatur *l. vlt. C. de SC. Macedon. l. 1. §. sed & si quod inf. de vi & vi armat. l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Atqui certum est mandato domini pręcedente posse rem alienam oppignerari, haud aliter quàm si in datione ipsa pignoris voluntas domini interuenirет. Nec enim res hæc ex earum numero est, in quibus necesse sit voluntatem in ipso negotio interuenire, aut præcedere vt in specie *l. si quis mihi 25. §. iussum infr. de acquir. hered.* sed sufficit, vt vel præcedat, vel in ipso negotio interueniat, vel post perfectum demum negotium. Ratio enim præcipua propter quam exigimus voluntatem domini, quoties aliena res pignori datur, illa est, vt suprà diximus, quòd non alius quàm dominus afficere rem ipsam possit, quodque aliter posito iure esset in potestate cuiuslibet alienam rem pignori dando, veri domini ius lædere: quod manifestam vtique haberet iniuriam. Atqui nulla fit iniuria ei qui semel voluit, aut qui nunc tandem velit *d. l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Nihil ergo hac parte refert, an mandatum præcesserit domini, an ratihabitio subsequatur. Nec tam viciosum est pignus rei alienæ datum ignorante domino, quàm inualidum defectu potestatis ex parte dantis, faciliusque est, vt quod ab initio fuit inualidum ex postfacto cõfirmetur, puta si quid accidat, quod causam & rationem inualiditatis perimat vt in specie *l. adoptio non iure facta 38. sup. de adopt.* quàm vt id quod ab initio viciosum fuit, de quo solo supradicta iuris regula loquitur, quamuis generaliùs eam ab interpretibus vulgò intelligi non ignorem. Difficilius enim est, vt tollatur vicium quod inest actui subsistente nihilominùs actu, quàm vt inualiditas emendetur *l. quoties 6. sup. qui satisd. cogant.* nisi cùm ab ipsa lege vicium tollitur, vt in *l. 1. de condic. instit.* aut à prætore vt in *l. quæ sub condicione 8. eod.* Et aliud est fieri quid viciosè, aliud verò fieri inutiliter *leg. cùm viciosè 25. infr. de pignor.* Sed & sic eam accipi debere probabile est, vt id quod ab initio non valuit, solo tractu temporis non conualescat, vt explicat regula iuris pontificij, possit tamen conualescere, si quid ad tractum temporis extrinsecus accedat,

accedat, quomodo ponimus hîc accedere ratihabitionem domini, qui ipse ab initio rem suam pro alieno debito pignorare vtique potuisset *l. si fundus 16. §. 1. infr. eod. ill. tit.* Vbi obseruandum est quod Marcianus ait, Ratihabitionem hanc facere, vt recurrat pignus ad id tempus quo de pignore conuênit, id est vt pignus quod ab initio reuera fuit inutile, perinde habeatur, acsi ab initio fuisset vtile ob accedentem domini voluntatem, quod haud dubiè sic accipiendum est, vt in præiudicium eius tantùm qui ratum habuit hoc obtineat, non etiam in præiudicium cæterorum, si qui fortè medio tempore cum eodem debitore cōtraxerint, idémque pignus acceperint. Alioqui non potest in pignore potior esse iure is, qui prior quidem tempore, sed non prior benè rectéq; pignus accepit. Nihil enim penitus interest, an viciosè ac inutiliter pignus datū sit, an nullomodo *d. l. cùm viciosè l. 2. de author. tutor.* Nec ratihabitio potest vnquam retrotrahi in præiudicium iuris interim quæsiti tertio, quia hoc casu medium est inhabile, quod impedit coniunctionem extremorum, vt benè hîc Bartolus docet ex *l. si partē 19. §. si per fundum supr. quemadm. seruit. amitt. l. potior 11. §. si colonus infr. qui potior. in pign. hab. l. pen. infr. rat. rem haber.* Etsi autē ratihabitio nō potest meum facere negotium, quod non meo nomine gestum est, vt ex eo negotio actionem habeam negotiorum gestorum, mihi tamen nocet quantum ad hoc, vt pignus quod fuerat inualidum confirmetur *d. l. si fundus 16. §. 1. infr. de pignor.* Facit enim, vt qui rem meam pignori dedit, nulla me iniuria affecisse videatur *d. l. in diem §. 1. de aqua & aqua plu. arc.*

1 ¶ Si pluribus res simul pignori detur, æqualis omnium causa est.

Ad §. 1. Si pluribus.

RAT. DVB. Qui res suas pluribus obligant, incurrunt crimen stellionatus, si scientes id faciant, quoniam eadem res pluribus obligari non potest, nisi vtrique debito exsoluendo pignus sufficiat *l. tutor 16. §. contrariam supr. l. si quis in pignore 36. §. sed etsi quis infr. hoc tit. l. & qua nondum 15. §. qui res suas infrà de pignor.* quoniam cùm res vni obligata est, non potest obligari alteri, quin prioris creditoris ius quodammodo lædatur, aut minuatur: ideóque secundus creditor priori offerre cogitur, ad confirmandum pignus suum *l. prior quidem 5. C. qui potior in pignor. hab.* Vt intelligamus inutile esse & infirmum pignus, secundo loco datum, nisi confirmetur per pignoris liberationem à priore creditore *d. §. qui res suas l. diuersis 8. Cod. qui potior in pign. hab.* Ergo non potest esse verum, quod Paulus hîc scribit, si pluribus res simul pignori detur æqualem omnium causam esse. Quî enim fieri potest, vt pluribus eadem res pignoretur, quin vni detur potiùs quàm alteri? Nec enim nominari omnes simul possunt, & qui priore loco nominatus est in conuentione pignoris, præferendus cæteris videtur *leg. generaliter 24. §. quid ergo si pluris infr. de fideic. libert. l. quoties 34. supr. de vsufr. l. si quis habens 24. infr. qui & à quib. manum. l. qui soluendo 60. de hered. instit.* Accedit quòd priuilegia creditorum non ex tempore æstimantur, sed ex causa *l. priuilegia 32. infr. de reb. author. iud. possid. aliàs l. 18. de priuileg. credit.* Quomodo igitur fieri potest, vt par & æqualis omnium causa sit, si creditores sint diuersi tituli, quorum alter altero fauorabilior esse videatur? DEC. Multùm interest an simul & pariter eadem res pluribus pignori detur, vt in hoc §. an diuersis temporibus, vt in *d. l. diuersis.* Priorē casu valet datio pignoris, & quidem ita, vt par sit & æqualis omnium causa, nec priùs vni quam alteri res obligata esse creditur, licet alios ante alios & nominari & scribi necesse sit, quia in coniunctionibus ordo nullus est *l. quidam 14. de pecul. legat.* Magisq; inspiciendum est, quid actum quàm quid dictū sit, aut scriptum *leg. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Id autem proculdubio agitur, cùm vna eadémque res pluribus simul pignori datur, vt par omnium causa sit, nec alter alteri præferatur, nec si fauorabiliorem crediti causam vnus habeat, quàm alius. Nam quod suprà obiecimus, priuilegia creditorum non ex tempore æstimari, sed ex causa ad chirographarios creditores pertinet, non etiam ad pignoratitios, in quibus è contrario ita ius est, vt qui prior est tempore sit etiam potior iure *dict. leg. prior leg. 2. & pass. Cod. qui potior. in pignor. hab.* ac proinde vt qui pares sunt tempore, sint etiam pares iure, nisi cùm ex aliqua iusta causa ius prælationis etiam posteriori creditori dandum est contra priorem. Id enim contingit interdum *leg. assiduis 12. eod. tit. leg. interdum 5. infr. eod. ill. tit.* sed ita demum si alius anterior sit, alius posterior. Nam inter eos qui simul & pariter idem pignus acceperunt, vix est vt prælationi locus esse vnquam possit, cùm ex omnium consensu & voluntate pignus eodem tempore accipiatur, nec fieri possit, vt hoc casu vnius ex creditoribus pecunia saluam faciat alieni pignoris causam, nec quicquam vetat plures habere, simul eandem rem obligatam pro æquis partibus itémque in solidum prout actum est inter contrahentes *l. si debitor 10. l. si fundus 16. §. si duo infr. de pignor.* vbi latius dicemus.

2 ¶ Si per creditorem steterit, quominùs ei soluatur: rectè agitur pigneratitia.

Ad §. 2. Si per creditorem.

RAT. DVB. Non competit actio pignoratitia debitori, nisi soluto priùs omni debito *leg. si rem 9. §. omnis pecunia & leg. solutum 11. supr. hoc tit.* Atquin etiamsi per creditorem steterit, quominùs ei soluatur, non eò magis tamen verum est, solutam esse pecuniam. Non enim sola oblatio quamuis in iudicio facta, sed obsignatio illa est, quæ solutionis vim obtinet *leg. obsignatione 9. Cod. de solut. l. acceptam 19. Cod. de vsur.* Ergo ad pignoratitiam inducendam non sufficit, vt per creditorem steterit, quominùs ei solueretur, nisi [illegible] illud concurrat, vt recusante creditore pecunia deposita & obsignata sit, quomodo apertè scriptum est in *l. nec creditores 10. & l. vltim. Cod. hoc tit. Iunct. leg. tutor pro pupillo 28. in fin. infr. de admin. tutor.* DEC. In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit quominus fiat *leg. in omnibus 39. de reg. iur.* Ergo solutio à debitore oblata, & sine causa à creditore recusata, pro facta haberi debet, & consequenter inducit pignoratitiam actionem, per quam possit cogi creditor, vt pignus reddat, dūmodo duret oblatio, & perseueret etiā in iudicio: Alioqui nō videtur oblatū quod nō durat oblatū, sicut nec obsignatū,

quod non durat obsignatum, neque in rem versum, quod non durat versum *l. si pro patre 10. §. versum infr. de in rem vers.* Porrò sola oblatio etiam in iudicio tantùm facta sufficeret, vt quamuis malè ac præmaturè instituta esset pignoratitia, ritè tamen instituta videretur *d. l. si rem 9. §. vlt. supr.* Idem ergo est multo magis si ante iudicium facta sit oblatio, quæ etiam in iudicio perseuerauerit. Non enim potest debitor minùs iuris habere ob id, quòd extra iudicium obtulit, quàm si nihil obtulisset. Sed perseuerantia in offerendo, vt dixi, hoc casu requiritur, quæ tamen non requireretur, si ante acceptum iudicium, secuta oblationem esset obsignatio & depositio. Pignus siquidè hoc casu liberatum intelligeretur, non minùs quàm solutione *d. l. nec creditores 10. & l. vlt. C. hoc tit.* Et omnino ita est, vt si de sola mora vel inducenda vel purganda tractetur, sufficiat congruo loco & tempore factam esse oblationem, & à creditore sine causà recusatam *l. si seruũ 91. §. sequitur de verb. oblig. l. qui decem 72. in princip. & §. 1. de solut.* Verum enim est hoc quoque casu per creditorem stetisse, quominùs ei solueretur, & hodie quoque stare agente pignoratitia debitore. At cùm oblationem obsignatio & depositio secuta est, non tantùm ad inducendam vel purgandam moram id prodest, sed etiam ad inducendam totius debiti ac multò magis pignoris liberationem *d. l. nec creditores & d. l. vlt. l. si per te non stat 9. d. l. acceptam 19. C. de vsur. d. l. obsignatione 9. C. de solut.* Neque hoc casu perseuerantia vlla in offerendo exigitur. Quod enim iam pro soluto habetur, cur iterum à debitore quasi adhuc debitum offeratur? Interest itaque an debitor agens, aut acturus pignoratitia, pecuniam debitam obtulerit duntaxat, an verò etiam deposuerit oblatam & obsignauerit, non quidem quod ad inducendam pignoratitiam (ad hoc enim sufficit per creditorem stetisse, quominùs ei solueretur, vt scriptum est in hoc §.) sed quantum ad hoc, vt pignus liberatum dici possit. Plus enim est, liberatum esse pignus, quàm competere pignoratitiam, quæ scilicet interdum potest competere priùs etiam, quàm pignus liberatum sit, quemadmodum & è contrario interdum & si soluta sit pecunia, tamen pignoratitia actio inhibenda est, veluti si creditor pignus suum emerit à debitore, vt subiicitur in *versic. seq.* qui cum hoc ita coniungendus videtur. Non est igitur verum quod Accursius hîc notat, oblationem solam non sufficere ad inducendam pignoratitiam, nisi depositio, & obsignatio sequatur.

3 ¶ Interdum & si soluta sit pecunia, tamen pigneratitia actio inhibenda est: veluti si creditor pignus suum emerit à debitore.

Ad §. vlt. Interdum.

Rat. dvb. Actio pignoratitia nascitur ex totius debiti solutione *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* vbi additur ad inducendam pignoratitiam sufficere, vt creditori quoquomodo satisfactum sit, nec alia id de causa, quàm quia satisfactio solutionis loco est, vt ibi diximus ex *l. satisfactio 52. infr. de solut.* Ergo nullus casus interuenire potest quo inhibenda sit hypothecaria post factam totius debiti solutionem. Dec. Regulariter quidem ita est, sed interdum tamen euenire aliter potest, vt licèt debitum totum solutum sit, inhiberi tamen pignoratitiam oporteat, vt in specie quam hîc exempli causa Paulus ponit. Si creditor pignus suum emerit à debitore. Hoc enim casu is qui creditor erat, fit debitor precij pro pignore vendito conuenti, & ita cùm diuersis respectibus debitor sit & creditor, compensatio facienda necessariò est ad concurrentem vsque quantitatem: Cuius compensationis potestate fit, vt & debiti & precij solutio vtrimque facta intelligatur, ac proinde vt creditori auferri res obligata non debeat, quam non iam pignoris vt anteà, sed emptionis titulo cœpit possidere. Cumque per eam emptionem factus sit dominus, etiam citra vllam traditionem, quia rem emptam & iure pignoris à domino traditam penes se habuit *l. qua ratione 9. §. interdum de acquir. rer. domin.* An non esset absurdum cogi eum rem factam suam reddere debitori, à quo possidente vindicare illam posset? Nam si etiam Publicianæ actioni obstat exceptio iusti dominij *l. pen. & vlt. sup. de Public. in rem act.* quanto magis obstabit pignoratitiæ? Idemque iuris est, si pignus, vt plerunque fit, non venditum, sed in solutum creditori datum sit, aut addictum vt in *l. à Diuo Pio 15. §. si pignora infr. de re iudic. l. 1. C. si antiq. credit. pign. vend. d.* Nam & hic contractus vicem venditionis obtinet *l. si prædium 4. C. de euict.* Denique toties inhibenda est pignoratitia etiam soluto debito, quoties per solutionem, aut potiùs per actum solutioni similem dominium pignoris ad creditorem pertinere cœpit, ex causa & iure superueniente finisque pignoris initium fuit acquirendi dominij creditori, potest enim creditor à debitore pignus emere, quia in dominio remanet debitoris *l. rescriptum 12. in princip. infr. de distr. pignor.* Nec aliud admittendum puto, si alia de causa intersit creditoris pignus liberatum retinere, puta ob chirographariam pecuniam ex *tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss.* dixi *ex causa & iure superueniente* quia creditor conuentus pignoratitia non aliter posset referre quæstionem dominij, sicut nec conductor *l. si quis conductionis 25. C. de locat. l. si pignore 22. §. si prædo infr. l. commodare 15. & seq. supr. tit. prox.*

21. Idem libro 6. Breuium.

Domo pignori data, & area eius tenebitur. est enim pars eius. & contrà, ius soli sequitur ædificium.

Ad l. Domo 21.

Rat. dvb. Aliud est domus, aliud area, vt nemo non videt, sicut & aliud est materia ex qua nauis compacta est, aliud nauis ipsa. Ergo si domus pignori data & exusta sit, area eius non tenebitur *arg. leg. si conuenerit 18. §. si quis cauerit supr.* Dec. Area pars domus est & quidem maxima, cui etiam superficies cedit, vt

dit, vt inquit idem Paulus noster in *leg. qui res 98. §. aream in fin. de solut.* Nec subiacet area ædibus quomodo mare nauibus, id est tanquam quid separatum, sed tanquam pars inferior superiori *l. solum 49. supr. de rei vindic.* Ergo pignori data domo etiam area tenebitur, sicuti legata insula, si ea combusta esset, area nihilominùs vindicari posset *l. si grege legato 22. in fin. de legat. 1.* E contrario siue area sola pignori data sit, siue domus tota, quæ postmodum exusta sit, & ad aream redacta, & in area ædificatum posteà sit, tota domus pignoris vinculo tenebitur, quia & naturali & ciuili ratione superficies cedit solo *l. Paulus 29. §. domus iunct. l. si fundus 16. §. si res infr. de pignor.* Ius enim pignoris hoc casu sequitur ius dominij tanquam ab eo dependens. Quod cùm euenit, fatendum est, quemadmodum id, quod ex re mea superest, meum est *d. l. solum §. 1.* Ita & quod ex re mihi obligata superest mihi obligatum esse. Iunge quæ scripsi ad *d. §. si quis cauerit d. l. 18. supr. & ad l. 3. §. vlt. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.*

22. Vlpianus libro 20. ad Edictum.

SI pignore subrepto furti egerit creditor: totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur. & est verum, etiam si culpa creditoris furtum sit factum. multo magis hoc erit dicendum [a] in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione præstitit creditori [b], vel condictione [c]: an debito sit imputandum, videamus. & quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione præstitit, peræquè relatum est, & traditum. & ita Papinianus libro nono quæstionum ait.

Ad l. Si pignore 22.

Rat. dvb. Creditor pignoratitius cui pignus subreptum est, habet furti actionem suo nomine. Ideo enim furti agit, quia ei expedit pignori incumbere, potiùs quàm in personam debitoris agere, quantumuis debitor idoneus proponatur, vt ait *Iustin. in §. vnde constat Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Nec tamen creditorenus duntaxat creditoris interest, sed in solidum, id est quanti pignus est, quia id quod debitum excedit, actione pignoratitia debitori præstare cogitur *l. creditoris 15. l. creditori 87. infr. de furt.* Ergo quod actione furti creditor ab extraneo consecutus est, neque debitori restituere, neque debito imputare, quod effectu idem est, debet. Præsertim verò si proponas furtum creditoris culpa, quod sæpius euenit, factum esse. Nam cùm creditor pignoratitius teneatur, non tantùm de dolo & lata culpa, sed etiam de leui *l. si cùm venderet 13. §. 1. supr. l. 5. §. nunc videndum 1. supr. tit. prox.* vtique periculo & damno eius cederet, si neque fur neque furtum adprehendi vsquam potuisset, aut si fur inops & non soluendo fuisset. Atqui secundum naturam est, vt cuius damnum & periculum est, eius sit etiam lucrum *leg. secundum naturam 10. de regul. iur. l. vnic. §. pro secundo in fin. C. de caduc. tollend.* Ergo quod actione furti creditor consecutus est, maximè qui in culpa fuit, lucro eius cedere debet, nō debitoris, (sic enim verba hæc Vlpiani explicari debent *etiamsi culpa creditoris furtum sit factum*, non quomodo Accursius post Azonem explicat. Quasi propter culpam, debitorem à debito cadere oporteret, quod est ridiculum *arg. l. eum qui 14. §. is autem & seq. infr. de furt.*) Quemadmodum de commodatario, cui furtum factum fuit, scriptum est in *l. vlt. §. sed cùm in secunda C. de furt.* & de conductore in *l. is qui rem 6. infr. locat.* Cur non enim magis faueam[9] creditori, qui verè pignus possidet quantum ad omnes causas excepta vsucapione *l. serui 16. infr. de vsucap.* quàm commodatario & conductori, qui nullomodo possident, sed tantùm sunt in possessione? Quod longè diuersum est *l. si quis ante 10. iunct. l. 3. §. sed si is qui 20. de acquir. poss. l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.*

Dec. Pignus non datur creditori ea mente, vt ex eo lucrum aliquod faciat, cùm nec eo vti possit inscio debitore citra furtum *l. si pignore 54. in princip. infr. de furt.* sed tantùm, vt ei cautum sit & consultum, ne quo casu si fieri potest debiti iacturam patiatur *leg. si mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. addici de fideic. libert.* Nihil ergo interest creditoris vnde suum debitum consecutus sit, & qua actione an furti, an ea potiùs qua debitor tenebatur, & an à fure an à debitore. Vbi enim consecutus est, iam eius interesse desiit: Ei porrò cuius nihil interest, neque actio danda est neque exceptio *l. 3. §. 1. infr. de verb. oblig. l. stipulatio ista 38. §. alteri eod.* Neque quod eius damno & periculo res cedere poterat, si per ipsius culpam furtum factum fuisset, ad rem facit. Nam nec illum damnum sensisse videri posset, si quod ex culpa sua sensisset *vulg. l. quod quis 203. de regul. iur.* Nec rursum bona est hac parte damni & lucri comparatio. Damnum enim sentiret ex culpa sua, lucrum verò ex culpa & delicto furis, quod iniquum esset. Nec enim pœna vnius, lucrum & præmium alterius esse debet *leg. si sequens 15. in princip. infr. de SC. Silan.* Denique alia ratione datur actio furti creditori pignoratitio, aliâ verò & commodatario & conductori. Pignoratitio creditori datur ideò tantùm, quia eius interest pignori incumbere potiùs quàm in personam agere, vt diximus ex *§. vnde constat Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Quæ ratio eò tantùm pertinet, vt furti agere suo nomine creditor possit, non etiam vt ea actione quicquam lucrari supra debitum suum possit, quia vltra quātitatem debiti nihil eius interest, nisi quod superfluum totum per actionem pignoratitiam debitori restituere cogitur *d. l. creditoris.* Est enim creditor in pignore quasi procurator debitoris, cuius longè magis interest subreptum pignus non esse, cuius est dominus, quàm creditoris qui custodiam tantùm pignoris habet, non etiam vsum nedum dominium *l. si pignori 29. in fin. supr. Famil. ercisc.* At commodatario & conductori datur actio furti non tantùm proprio eorum nomine, sed etiam ad solam ipsorum vtilitatem, tanquam quorum intersit, propria quadam ratione, quia per furtum rei commodatæ, vel locatæ amittunt vsum quem habebant, & commodum quod haberent etiam hodie si furtum factum non fuisset. Est enim furtum interuersio non

dominij, sed vsus tantùm vel possessionis *leg. 1. §. vlt. infr. de furt. l. qui iumenta 40. eod.* Nec igitur eadem ratio est condemnandi commodatarij, vel conductoris, vt quod per actionem furti ab extraneo fure consecutus est, reddere debeat commodatori vel locatori. Alioqui nullum ex furti actione commodum isti sentirent, qui tamen furtum proprio nomine quamuis in re aliena passi fuissent, furtique actionem suo quoque nomine exercuissent. Ergo in depositario, & in eo cui res vendenda datur, idē dicendum est, quod in creditore pignoratitio, quia non magis illi quàm iste vsum vllum habere poterant rei subreptæ, quin hoc ipso furtum facerent, vt benè hîc Bartolus notat: vide tamen quod paullo aliter scripsi in *error. 1. decad. 81 de error. pragmat.* In actione legis Aquiliæ si seruus pignori datus occisus sit idem ferè iuris est *l. qui occidit 30. §. 1. supr. ad leg. Aquil.* sed in vtili duntaxat de qua ibi Paulus, non in directa: nam directa soli domino competit *leg. item Mela 11. §. legis autem l. liber homo 13. in princip. & § si seruus eod. tit.* Creditor autem pignoratitius nunquam eodem tempore & creditor & dominus esse potest *leg. penult. §. 1. ad fin. infr. de except. rei iudic. leg. neque pignus 45. de regul. iur.*

a *Multo magis hoc erit dicendum.* RAT. DVB. Condictio furtiua non datur nisi domino *l. 1. supr. de condict. furt.* Atqui creditor pignoratitius nunquam dominus esse potest, quandiu creditor manet, vt proximè diximus. Ergo nec condictione furtiua contra furem experiri potest, vt proinde superflua & ociosa sit quæstio, an quod creditor ex condictione consecutus est, restituere debeat debitori. DEC. Non omnis condictio, quæ contra furem datur, quamuis ex causa furti furtiua est, quæ semper certi est condictio *leg. certi condictio 9. §. 1. supr. de reb. credit.* sed aliquando datur etiam condictio incerti, non ad rem ipsam furtiuam, sed ad id quod interest eius qui furtum passus fuit *l. & ideo 12. §. vlt. supr. de condict. furt.* vbi hæc ipsa species tractatur de subrepta re, quæ pignori data fuerat. Dicitur autem condictio incerti, quia id quod interest, quod per eam petitur, semper incertum est, quoniam in facto non in iure consistit *l. quatenus 24. de regul. iur. l. vlt. de stipulat. prætor.* Res autem furtiua ipsa semper certa est, (nec enim incertum potest esse corpus quod subripitur *l. certum 6. supr. de reb. credit.*) ideoque per condictionem incerti nunquam peti potest. Denique condictio incerti furtiua nulla est, vt scripsimus ad *d. l. 12. §. vlt. de condict. furt. & in error. 6. decadis* 81. Sed cur ait Vlpianus multo magis hoc dicendum esse in condictione incerti, quàm in furti actione? Nempe quia condictio siue certi siue incerti etiam cùm ex causa furtiua descendit, tota rei persecutoria est, nūquam pœnalis. Actio autem furti tota pœnalis est, ideoque difficilius videbatur, vt quod actione furti consecutus esset creditor redderet, quàm vt quod per condictionem percepisset.

b *Sed quod ipse debitor furti actione præstiterit creditori.* RAT. DVB. Non debet esse melior condicio creditoris, ob id solùm quòd debitor ipse furtum fecerit. Quid enim refert, an à debitore ipso, an ab alio furtum factum sit, quod pertinet ad pœnam dupli, vel quadrupli? Atqui si alius quàm debitor furtum pignoris fecisset, ac per furti actionem creditor duplum, aut quadruplum ab extraneo fure consecutus esset, totum id debito suo imputaret. Quod autem suprà debitum esset, debitori ipsi restitueret *l. creditoris 15. l. creditori 87. infr. de furt.* Idem ergo dicendum est, tum quoque cùm debitor furtum fecit. Adde quod Bartolus obiicit, ex qua causa quærendo ab alio mihi quæris, ex ea causa obligari me tibi non posse ex *l. sed & si quid 24. §. idem Iulianus, alias l. si seruo supr. de vsufr. l. liber homo 118. de verb. oblig.* Creditorem ergo qui recipiendo pecuniam ab extraneo acquirit eam debitori, non posse illam à debitore exigere.

DEC. Nemo dubitat quin deterior esse debeat condicio debitoris, qui furtum ipse fecit, quamuis rei suæ, quàm si alius furtum fecisset. Cùm enim tam verè ac propriè furtum faciat, quàm si rem alienam subripuisset *d. §. vnde constat Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt. l. in actione 19. §. pen. & vlt. eod. tit. de furt.* consequens est, vt delictum & admissum eius impunitum esse non debeat *leg. ita vulneratus 51. §. vlt. supr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de solut.* Atqui esset impunitum si quod is furti actione creditori præstitisset ab eo per actionem pignoratitiam reciperet. Non enim alienantur nummi, qui sic dantur vt recipiantur *l. qui sic soluit 55. de solut.* Vnde est quod dicimus pœnas depensas non repeti *l. pœna 42. supr. de condict. indeb. l. quod à quoquo 46. de regul. iur. l. id quod pœnæ 74. de solut.* Neque enim essent pœnæ, si solutæ repeterentur. Et quemadmodum delictum quod semel admissum est, nunquam haberi potest pro non admisso. Ita neque pœna quæ delicto irrogata & præstita est, haberi vnquam potest pro non irrogata, aut pro non debita: Ergo quod debitor furti actione creditori præstiterit, à creditore id ei restitui non oportet. Longeque aliud est creditorem acquirere debitori pœnam, & actionem furti, quod falsum est, aliud verò id ipsum quod exegit cogi restituere per pignoratitiam actionem: quod nec Bart. ignorauit. In actione redhibitoria aliud iuris est, si Bartolo credimus ex *l. cùm autem 24. §. vlt. infr. de ædil. edict.* Idque ob rationem positam in *leg. facta redhibitione 60. eod. tit. cum similib.*

c *Vel condictione.* Puto hæc verba esse interpretis, existimantis condictionem furtiuam sicuti competit creditori aduersus extraneum furem pignoris, ita & aduersus debitorem ipsum competere. Quod certè non ita est. Condictio enim incerti de qua proximè diximus, licèt detur etiam non domino contra furem, attamen contra debitorem ipsum eumque dominum dari nunquam potest, non magis quàm condictio furtiua, quæ ex contrario non nisi domino aduersus non dominum datur, scripsi pluribus in *error. 3. & 5. decad. 81. de error. pragmat.* vbi vide, est enim amplior tractatus, quàm vt in hosce commentarios referri debeat. Et verò si proposita fuisset quæstio de eo quod creditor à debitore, eodemque fure siue per condictionem siue per actionem furti consecutus esset, consentaneum fuerat, vt ad eam quoque quæstionis partem quæ de condictione erat, responderet. Et tamen nihil aliud respondet Vlpianus, nisi quod ad furti actionem pertinet, non oportere debitori restitui quod ipse furti actione præstitisset. Obseruandum autem est, ideò Vlpianum Papiniani authoritate niti in hac quæstione, & initio legis ita scribere *Papinianus confitetur* quoniam in hac quæstione, præsertim circa personam commodatarij Papinianus variauit, vt Iustinianus testatur in *l. vlt. §. sed cùm in secundam C. de furt.* & nos monuimus in *error. 1. dicta decadis 81.* vbi plura inuenies noua nec insubtilia ad tractatum hunc pertinentia, quæ alioquin essent hîc tractanda, præsertim an quod Vlpianus negat restituendum esse debitori à creditore id quod creditor ab eo actione

furti exe-

furti exegerit, sic accipiendum sit, vt neque debito imputari id oporteat. Aliter enim atque aliter de hoc senserunt interpretes, vt apud Accursium videre est. Nos quid nobis videatur contra Cuiacium & Azonem docuimus in *dict. error. 3. decadis* 81. Extát autem Papiniani sententia quæ hîc postremo loco refertur in *l. si debitor* 79. *infr. de furt.*

1 ¶ Idem Papinianus ait, & si metus causa seruum pigneratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat. nam si egerit, quod metus causa factum est, & quadruplum sit consecutus: neque restituet ex eo, quod consecutus est, nec debito imputabit.

Ad §. 1. Idem Papinianus ait.

RAT. DVB. In quadruplo quod per actionem, quod metus causa ex Prætoris edicto præstandum est, simplum continetur *l. item si cùm* 14. §. *sed & si quis & §. quatenus leg. si mulier* 21. §. *qui possessionem supr. quod met. caus.* Simplum autem nihil nisi rei ablatæ æstimatio est, quæ scilicet succedit loco rei. Ergo quemadmodum per actionem pignoratitiam cogeretur creditor debitori pignus reddere, si per metum aut per vim ei ablatum non esset. Ita & cùm per actionem quod metus causa quadruplum consecutus est à debitore ipso, cui seruum pignoratum metus causa tradidit, quem bona fide pignori acceperat, (si enim illato metu pignus accepisset, aliud dici oporteret, quia nec damnum vllum, quod ad illius edicti causam pertinet, sensisse videretur *leg. sed & partus* 12. §. *vlt. eod.*) dicendum est saltem simplum restituere eum debitori per actionem pignoratitiam, aut quod effectu idem est, debito imputare debere.

DEC. Quadruplum quod per actionem, quod metus causa præstandum est ei, qui vim aut metum passus fuit, etiamsi contineret simplum, vt Tribonianus voluit, (aliter certè quàm prudentes veteres sensisse videantur) contineret tamen per modum pœnæ, quia quadrupli condemnatio vnica & indiuidua est, ideoque tota per modum pœnæ irrogatur, licèt non tota sit pœna: vt scripsi pluribus in *error. 2. decadis* 81. Atqui non solent pœnæ depensæ repeti, vt ad huius legis initium scripsimus ex *l. pœnæ* 42. *supr. de condict. indeb. l. id quod pœnæ* 74. *de solut. l. quod à quoquo* 46. *de regul. iur.* Ergo ex quadruplo quod creditor per actionem quod metus causa ab ipso debitore consecutus est, nihil restituere per pignoratitiam cogendus est, neque debito imputare. Itaque meliùs fecerit, si rem ipsam pignoratã creditori reddat, quam ei per vim aut metum abstulerat, vt agens pignoratitia, rem ipsam recipere possit, cùm æstimationem quam nec pignori dedit, recipere non possit. Simile quiddam est in *leg. seruum filij* 43. §. *si statuliberum infr. de legat.* 1.

2 ¶ Si prædo rem pignori dederit: competit ei & de fructibus pigneraticia actio: quamuis ipse fructus suos non faciet: à prædone enim fructus & vindicari extantes possunt, & consumpti condici. proderit igitur ei, quòd creditor bona fide possessor fuit.

Ad §. 2. Si prædo.

RAT. DVB. Non est nouum, vt quis ex alterius persona consequatur, quod ex sua non posset *l. Aristo* 3. *in fin. quæ res pignor. oblig. poss. l. cum hereditate* 55. *de acquir. hered. l. si is qui duos* 29. *deliberat. legat.* Atqui bonæ fidei possessor facit fructus suos omnes quos ex re aliena percipit. Interim scilicet id est quandiu fundus euictus non est *l. bona fidei* 48. *de acquir. rer. domin. l. qui scit* 25. §. *vlt. de vsur.* Ergo si bonæ fidei creditor fuit, cui alienam rem prædo pignori dedit, dicendum est prædonem ex creditoris persona consequi debere, quod ex sua non posset, vt fructus illos rei dominus neque vindicare extantes vnquam possit, neque condicere consumptos: vt proinde ei profuturum sit, quòd creditor bona fide pignus rei alienæ acceperit, & possederit, nec enim dubium est, quin etiam is qui rem alienam pignori dedit pignoratitiam habeat *l. si rem* 9. §. *pen. supr.* tametsi debitor soluendo sit, vt Marcianus scribit in *leg. cum debitore* 32. *infr. hoc tit.* Atque ita Vlpianum in hoc §. sensisse vulgò putant interpretes, moti ex eo quod initio huius §. scriptum est, si prædo rem pignori dederit, competere ipsi non tantùm de pignore, sed etiam de fructibus pignoratitiam actionem, exemplo scilicet actionis redhibitoriæ *l. cùm autem* 24. §. *vlt. l. facta redhibitione* 60 *infr. de adilit. edict.* Iuncto eo quod in fine §. Vlpianus concludit hic verbis *Proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit.* Quod verò interiectum est *quamuis ipse fructus suos non facit*, (sic enim legunt, non vt in *Pand. Florent. faciet*) *A prædone enim fructus & vindicari extantes possunt & consumpti condici* sic accipiunt, quasi hæc verba loquantur de fructibus à prædone ipso perceptis, siue extantibus, siue consumptis, non de iis quos à creditore pignoratitio bona fide perceptos per pignoratitiam actionem receperit, de quibus solis initio §. tractatur. Omninò malè. Sensus enim Vlpiani proculdubio ille est, vt in ea ipsa specie quam tractat de prædone qui creditori suo rem alienam bona fide accipienti dedit pignori, & fructus ab eo perceptos simul cum ipso pignore per pignoratitiam actionem recepit, prædo ne quidem fructus istos suos faciat, sed eos dominus vindicare possit extantes, consumptos verò condicere, perinde ac si prædo ipse eos per se percepisset, nõ à creditore accepisset. Id enim est quod Vlpianus ait *quamuis ipse fructus suos non faciet*, vt intelligamus loqui eum de his ipsis fructibus à creditore perceptis & redditis, nec esse bonam consecutionem, vt quia percepti sunt à creditore, eodemque bonæ fidei possessore non à prædone, magis eos lucri facere prædo possit. Quid enim refert, an eos prædo per seipsum & immediatè, an per medium creditoris personam perceperit? Aut quid ab-

surdius, quàm existimare meliorem prædonis ob id condicionem esse debere, quod alienam rem scienter pignori dando etiam stellionatū admiserit? *l. inter 16. §. 1. supr. iunct. l. si rem alienam 9. in princip. supr. eod.* Fateor creditorem, qui fructus pignoris rei alienæ percepit, eos nihilominùs suos facere, si bona fide eos perceperit, id est putans habere se ius à vero domino remque pignori datam esse debitoris, eo nimirum iure, quo bonæ fidei possessores omnes faciunt fructus suos, etiamsi à prædone aliòve quolibet malę fidei possessore causam habeant. Nec enim mala fides dantis, malæ fidei possessorem facit eum, qui accipit. Quisquis autem accipit rem pignori, licèt hoc ipso sciat se rem alienam possidere *l. pignori 14. de vsucap.* quia rem suam propriam pignori habere non posset *l. neque pignus 45. de regul. iur. l. pen. §. 1. ad fin. de except. rei iudic.* non eò minùs tamen bonę fidei possessor dicendus est si modò credat debitorem a quo pignus accepit, esse dominum, quia percipit eos ex domini voluntate *l. si seruus 61. §. locaui infr. de furt.* Quomodo enim malę fidei possessor dici potest is, qui ius habet à domino, aut ab eo quem errore probabili dominum esse arbitratur: *l. si quis cùm sciret 8. infr. pro emptor.* Nec tamen consequens est, vt eos fructus creditor lucretur. Nam neque alius quilibet bonæ fidei possessor facit suos absolutè, sed interim, vt ait *d. l. bona fidei*, id est donec consumpti sint aut vsucapti. Consumptos enim, aut vsucaptos lucratur *l. 4. §. post litem supr. fin. regund. d. l. 4. §. lana de vsucap.* Extantes verò nec vsucaptos domino restituere officio iudicis cogitur, vt tractat *Iustin. de offic. iudic. Instit.* Creditor autem quamuis bonæ fidei possessor in hoc deterioris condicionis est, quàm cæteri bonæ fidei possessores, quod etiam consumptos bona fide fructus quos ex pignore percepit, in debiti sortem imputare cogitur *l. 1. 2. 3. & pass. C. hoc tit.* nec eos vllo casu lucratur, ne quidem eos qui soluto per eiusmodi imputationem debito supersunt, quippe quos actione pignoratitia restituere cogitur, non solùm si consumpti sint bona fide, sed etiam si extent quantocunque tempore eos possederit, quia vsucapere illos nullo tempore potest, nec quominùs eos restituat præscriptione temporis etiam longi vlla se defendere *d. l. 1. & l. vlt. C. hoc tit.* non modò, quia vsucapere non potest creditor, qui scit se alieno nomine possidere, vt diximus ex *d. l. pignori*, sed etiam quia nec possidere intelligitur, quòd ad vsucapionis causam pertinet *l. serui nomine 16. eod. tit.* Sine possessione autem nulla procedere potest vsucapio *l. fine 25. eod.* Vtrumque autem hoc, vt creditor fructus quos percepit, non lucretur, sed debito imputet, quamuis consumptos, superfluos autem siue extantes siue consumptos restituat, ex eo fonte proficiscitur, quod non facit fructus suos, nisi ex domini eiusdemque debitoris voluntate, quæ sicut illa est, vt creditor, quamuis sciens rem alienam fructus suos faciat, ita nec illa vnquam est, vt creditor fructus vllo casu lucretur: neque enim pignus datur creditori ea mente, vt aliquod ex ipso lucrum faciat, sed tantùm, vt sibi suæque indemnitati cautum habeat, nisi cùm antichresis contracta est aut expressa vt in *l. si pecuniam 33. infr. l. si is qui 11. §. 1. infr. de pigor. l. si ea pactione 14. l. si ea lege 17. C. de vsur.* siue tacita vt in *l. cùm debitor 8. infr. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Soluto enim per priorem fructuum imputationem toto debito, consequens est, vt creditor qui hoc ipso creditor esse desiit, nullam percipiendorum reliquorum fructuum quos posteà percepit, causam habuerit. Et creditoris bona fides, quæ ex crediti acceptique bona fide pignoris iure pendebat, extincto credito finitoque pignore statim euanescit. Quod in cæteris bonæ fidei possessoribus diuersum est. Quî ergo fieri potest, vt prædoni ad lucrandos fructus prodesse debeat, quod creditor bona fide possessor fuit, qui nec si debitor dominus fuisset, fructus tamen ipsos lucraretur? Ita namque posito iure, melior esset condicio prædonis, qui mala fide alienam rem pignori dedisset, quàm creditoris, qui bona fide accepisset, quique reuera bonæ fidei possessor fuisset. Et hæc vera decidendi ad hunc §. ratio est, cum aliis iam supradictis coniungenda. Non proderit igitur prædoni, quod creditor bona fide possessor fuit, quomodo in fine huius §. addita negatione legendum est, aut totus hic versiculus imperito interpreti adscribendus, malè inferentis ex superioribus contra quàm Vlpianus senserit sicut & in *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* malus quidam interpres totum illum versiculum adiecit *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*, vt pluribus docui in libris coniect. Fit autem probabilior hæc nostra emendatio ex eo, quod proximè monuimus verba illa post initium huius legis posita *vel condictione* esse interpretis, nec sibi temperasse malum interpretem, si non is potiùs Tribonianus fuit, quin Vlpiani sensum & verba corruperit. Accursium verò & interpretes fefellit vulgata lectio, quæ sic habet *quamuis ipse fructus suos non facit*, aut vt alij legunt *faciat*, cùm tamen legendum sit vt in Florentinis *facit*. Cæterùm si debitor qui à prædone pignus accepit, possessor malæ fidei fuisset, id est si rem pignoratam alienam esse sciuisset, vtique non faceret fructus suos, ne quidem interim, vt nec alius quilibet malæ fidei possessor. Cur enim plus iuris haberet, qui alienā rem sciens pignori accepisset, quàm qui emisset? Siquidem pro alieno possidet, qui pignus accepit, *dict. leg. pignori* pro suo autem qui rem emit *leg. 3. §. genera possessionum infr. de acquir. poss. leg. 2. Pro suo.* At cùm creditor bona fide possessor fuit, licèt rem suam non esse sciat, sed debitoris sui esse putet, facit fructus suos, vt faceret alius quilibet creditor: cùm tamen eos non lucretur, perinde restituere debet prędoni, atque restituere ei teneretur, qui aut bona fide rem alienam aut rem suam pignori dedisset. Dices, Atqui restituendo fructus quos suos fecit, transfert dominium eorum in prædonem ex *l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. clauibus 74. de contr. empt.* Qua ergo ratione fieri potest, vt dominus eos vel extantes vindicet vel consumptos condicat? Nemo enim vindicare potest, nisi id quod suum dicere possit *l. Quintus Mucius 27. §. argento de aur. & argent. legat. l. in rem 23. & pass. supr. de rei vindic.* Neque condicere etiam prædoni, nisi is qui dominus fuit *l. si vrbana 55. in fin. supr. de condict. indeb.* Sed respondendum est, fructus quos creditor idemque bonę fidei possessor prędoni restituit, non tanquam prædoni acquisitos, sed tanquam ei debitos per actionem pignoratitiam restitui, nec id aliquo dominij iure, sed sola conuentionis potestate: Proinde non esse consequens vt prędo, idemque debitor eos fructus sibi restitutos retineat, quasi acquisitos ab eo qui fuit ipsorum dominus, cùm eadem iuris & æquitatis ratio, quæ fauebat creditori, vt suos faceret, nempe quòd bonæ fidei possessor esset, eadem noceat prædoni, ne possit illos sibi acquirere, quia malæ fidei possessor est, nec interrumpitur malę fidei pos-

dei possessio prędonis eiusdemque debitoris per bonę fidei possessionem creditoris, cùm non tam creditor ipse possideat, quam prędo debitor per mediam creditoris personam? Aliud nempe est possidere, aliud verò alieno nomine possidere *l. quod meo 18. de acquir. poss.* sicut & aliud est possidere, aliud verò esse tantùm in possessione *l. si quis ante 10. eod.* Denique deficiente bona fide eius qui fructus percepit, non ad alium pertinere fructus possunt, quàm ad dominum, quia non iure seminis percipiuntur, sed iure soli *leg. qui scit 25. §. 1. de vsur.* Et tamen fructus percepti à creditore, qui bona fide possessor pignoris fuit, eoque iure fructus percipiendo suos fecit, extenuant debitum prędonis, & creditori in solutionem sortis imputantur *d. l. 1. 2. 3. & vlt. Cod. hoc tit.* Non enim plus iuris habere potest creditor ad non imputandos fructus pignoris, quod à prędone accepit, quamuis bona fide, quàm si à vero domino aut à bonę fidei possessore idem pignus accepisset. An ergo ad vulgatam lectionem retinendam dicemus cum Accursio, hactenus prodesse prędoni, quod creditor bona fide possessor fuit, vt extenuent debitum? Minimè verò. Nam nec bonę fidei possessori, eidemq; debitori id prodesse posset. Cum enim locupletior fiat debitor quisquis à creditore suo liberatur *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. de acceptilat.* & quidem tutissimo acquisitionis genere, cùm extincta semel obligatio reuiuiscere nunquam possit *l. qui res 98. §. aream de solut.* apparet non posse dici cõsumptos fructus ex quibus solutum sit creditori, quamuis nec extent: ideoq; etiam à bonę fidei possessore restitui debere, quia in corpore patrimonij retinentur *l. idem seruandum 72. de legat. 2. l. sed etsi 25. §. consuluit & pass. supr. de hered. petit.* ergo restitui debent, perinde ac si extarent, non quidem vindicationis iudicio, quia in eos non potest cadere hęc vindicationis formula *hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, sed officio iudicis ex quo etiam à bonę fidei possessore percepti fructus prętantur *dict. titul. de offic. iudic. iunct. leg. nam etsi 13. supr. de reb. credit. l. si procuratori 14. in fin. de condict. causs. dat. l. 3. Cod. de condict. ex leg.* Proinde cùm non cedant lucro bonę fidei possessoris, nec si creditor quoq; pignus bona fide possederit, multo minus possunt cedere lucro prædonis, nec ei prodesse bona fides creditoris, nisi hactenus vt à creditore ipso eatenus liberetur, quatenus fructus à bonæ fidei possessore eodemq; creditore percepti sunt, extenuant debitum: sed ita tamen vt quatenus à creditore suo liberatur, eatenus fundi domino ad paris quantitatis restitutionem pro fructuum à creditore perceptorum æstimatione teneatur. In eo quoque deterioris conditionis est prædo, nec ei prodest quod creditor bona fide possessor fuit, quod cum creditor non alios fructus per actionem pignoratitiam aut imputare, aut restituere teneatur quàm quos percepit, prędo tamen omnes reddere cogitur, nec solùm perceptos à creditore, sed & alios qui ab eo aut à domino ipso percipi potuerunt *l. si nauis 62. in fin. supr. de rei vindic.* est tamen melioris conditionis, propter bonam fidem creditoris in eo quod per mediam creditoris bona fide possidentis personam fructus suos interim facit, eorumq; imputatione liberatur. Quod diuersum esset, si prædo ipse fructus percepisset & ex iis creditori soluisset. Nemo enim alienam rem soluendo consequitur liberationem. *l. is qui alienum 60. l. si alieni 78. infr. de solut.*

3 ¶ Si post distractum pignus debitor, qui precario rogauit, vel conduxit pignus, possessionem non restituat: contrario iudicio tenetur.

Ad §. 3. Si post distractum.

Rat. dub. Iudicium contrarium pignoratitium non datur creditori pignoratitio si non eius intersit. Agitur enim in contrariis iudiciis omnibus de calculo *leg. furti 6. §. vlt. supr. de his qui notant. infam.* id est quantum ex bona fide actori præstare æquum sit *l. ei qui 5. infr. deposit.* Atqui post distractum à creditore pignus, nihil iam interest creditoris qui soluto ab emptore precio debitum suum consecutus est, quique vendendo fecit emptorem dominum *leg. 4. supr. l. qui à creditore 18. C. de distract. pignor.* Ergo non est ei dandum pignoratitium iudicium contrarium, nec rursus emptori, qui pignus ipse non accepit. Præsertim verò cùm creditor, si in rem pignoratam agere velit aduersus debitorem, qui precariò rogauit, vel conduxit possessionem pignoris, possit creditor non modò hypothecariam exercere, ac pignus ipsum vindicare *leg. si fundus 16. §. in vindicatione infr. de pignor.* sed etiam interdictum de precario, vt benè Azo apud Accursium ex *leg. 2. l. interdictum 14. infr. de precar.* Itemque interdictum vnde vi, quasi videatur creditorem debitor expellere, cùm denegat ei possessionem *leg. vim facit 11. & seq. de vi & vi armat.* Idemque tractari potest, si post contractum pignus, & ante distractum illud debitor pignoris possessionem precariò rogauerit, vel conduxerit: vt proinde nil necesse sit cum Francisco Hottomano textum hunc emendare, & pro *distractũ* reponere *contractum* vt ille scripsit in Obseruation. cùm eadem sit vtroq; casu iuris ratio.

Dec. Contraria actio pignoratitia competit creditori ex bona fide, quoties decipitur à debitore, qui in omnibus ad pignoris causam pertinentibus bonam fidem præstare debet, vt & creditor debitori. Sunt enim actiones omnes pignoratitiæ bonæ fidei, nec minùs quæ contrariæ sunt, quàm quæ directæ. Atqui decipitur à debitore creditor, quoties possessionem pignoris, quam precariò rogauit, aut conduxit à creditore debitor, non vult restituere creditori: Qui enim precariò rogauit, non possidet, sed apud eum qui concessit possessio remanet *l. certè 6. §. is qui precario infr. de precar.* ea scilicet quæ in animo consistit non quæ corpore. Hæc enim penes eum est, qui rogauit *l. & habet 15. §. eum qui eod.* & sine qua inutiliter & frustrà is possidet, qui rogatus est. Commoda enim possessionis & fructuum qui ex possessione percipiuntur, omnia pendent à corporali, & naturali possessione. Idemq; iuris est in conductore. Qui enim conduxit, licèt verè non possideat, quia non animo domini, sed alieno nomine possidet *d. §. is qui rogauit & l. commum 7. §. neque colonus supr. de acquir. rer. domin.* in possessione tamen est *l. si quis antè 10. de acquir. poss.* Meritò igitur cõtrarium iudicium hoc casu dandum est creditori, per quod consequatur quanti sua interest deceptum non esse, sibique restitui pignoris possessionem. Interest autem etiam post distractum pignus, quia tenetur cre-

ditor transferre dominium pignoris in emptorem *d. l. 4. supr. l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. domin.* quod porrò non potest transferri citra traditionem *l. traditio 20. eod. tit. l. traditionibus 20. Cod. de pact.* nec rursus fieri traditio à non possidente, cùm nihil aliud sit traditio quàm datio possessionis, *leg. 3. in princip. de action. empt.* & quidem naturalis ac corporalis à qua scilicet rerum dominia cœperunt *leg. 1. de acquir. possess.* Rectè autem Vlpianus in vulgata editione *qui precariò rogauit vel conduxit pignoris possessionem* quia rem propriam neq; precario accipere, neque conducere quisquam potest, sed eius duntaxat possessionem *l. neque pignus 45. de regul. iur. leg. 4. §. pen. infr. de precar.* Quòd si quis editionem florentinam sequi malit, quæ habet *qui precariò rogauit vel conduxit pignus* eadem tamen interpretatio facienda est, vt de sola pignoris possessione verba illa intelligantur. Etsi autem in hoc contrario iudicio agitur de fide rupta, vt Accursius & Bartolus monent contra quàm regulariter in contrariis iudiciis obseruari soleat *d. l. furti 6. §. vlt. supr. de his qui not. infam. d. l. ei apud quem 5. infr. deposit.* Non puto tamen verum, quod iisdem placet in hoc eodem contrario iudicio etiam iurari in litē aduersus regulam *d. l. ei apud quem.* quia vt iurari possit in litem, non illud tantùm exigimus, vt is contra quem iuratur, sit in dolo, vel saltem lata culpa, sed etiam vt is qui iurare vult sit dominus, qui rē suam repetat, & qui per contumaciam nolentis restituere inuitus cogatur rem suam vendere *l. si filiofamilias 25. §. maritus infr. Solut. matrim. l. non enim 9. rer. amot.* quod in specie proposita non contingit, cùm creditor neque contrahendo, neque distrahendo pignus fiat dominus. Plus dico, Nec infamem fieri hoc casu debitorem licèt ob fidem ruptam contrario isto iudicio condemnetur proprio nomine ex *dict. leg. furti §. vlt.* quia licèt ob fidem ruptam contrarium huiusmodi iudicium detur, in eo tamen non de rupta fide agitur, neque de perfidia, sed de calculo, & de eo quod interest: Alioqui etiam is qui interdicto de precario condemnatus esset, infamis fieret, nam & is fidem rumpit, qui rem quam precariò accepit, non vult reddere *l. 2. de precar.* & tamen constat nullum interdictum famosum esse ne quidem Vnde vi *l. neque 13. infr. vnde vi.* Itaque quod scriptum est in *d. l. furti §. mandati.* Verbis edicti notari non solùm eum qui mandatū suscepit, sed & eum qui fidem quam aduersarius secutus est, non præstat, non ita generaliter accipiendum est, vt quisquis fidem rumpit, infamis fiat, sed vt ita demum si prætereà illud concurrat, vt mandati iudicio alióve directo conueniatur, vt ex exemplo apparet, quod Vlpianus ibidem subijcit in hæc verba *vt puta fideiussi pro te & solui mandati si te condemnauero, famosum facio.*

4 ¶ Si creditor, cùm venderet pignus, duplam promisit, nam vsu hoc euenerat, & conuentus ob euictionem erat, & condemnatus: an haberet regressum pignoratitiæ contrariæ actionis? & potest dici esse regressum, si modò sine dolo, & culpa sic vendidit, &, vt paterfamilias diligens, id gessit: si verò nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti vendidit, quanti vendere potuit, etiam si hæc non promisit, regressum non habere.

Ad §. vlt Si creditor.

RAT. DVB. Non debet esse in potestate creditoris etiam cui permissum est pignus vendere, vt deteriorem faciat condicionem debitoris, quàm futura erat, si debitor vendidisset, alioqui non videtur bona fide versatus creditor in vendendo pignore, in quo tamen, vt & in cæteris omnibus ad pignoris causam pertinentibus, bonam fidem prǽstare debet *l. 1. 3. & 4. C. si vendit. pignor. agat.* Atqui debitor si rem pignoratam vendidisset, duplum tamen ex causa euictionis promittere coactus non fuisset, præstare autem euictione secuta multo minùs: Quia quoties in venditione dictum non est, quantum venditorem pro euictione prǽstare oporteat, nihil prǽstare debet euictionis nomine præter simplam, & ex natura actionis exempto id quod interest *l. si in venditione 60. leg. euicta 70. infr. de euict.* Et quod contrà scriptum videtur in *l. 2. eod. tit.* si dupla non promitteretur & eo nomine ageretur, dupli condemnandum esse reum, sic proculdubio accipi debet, si ante venditionem & in tractatu ipso venditionis conuenerat, vt dupla promitteretur. Erat enim frequens eiusmodi promissio *l. si dictum 56. eod.* & vsitata atque assidua duplæ stipulatio *l. quòd si nolit 31. §. quia assidua de ædilit. edict.* Ergo si creditor cùm pignus venderet vltro duplam in casum euictionis promiserit, & secuta euictione ad duplam præstandam condemnatus sit, eamque præstiterit, non debet eo nomine per pignoratitiam actionem regressum habere aduersus debitorem, vt eum de dupla indemnem prǽstet. Sibi namque imputet, qui cùm non cogeretur, duplam vltrò promiserit. Neque verò damnum vllum sentire videtur in eo quod ex culpa sua sentit, ex regula *l. quod quis 203. de regul. iur.* Præsertim cùm nec pignoris euictionem creditor debeat, si eam non promiserit, sed tantùm vt præstet se potiorem creditorem *l. 1. & tot tit. C. credit. euict. pignor. non deber. leg. si mandatu Titij 59. §. creditor infr. mandat.* Nam & cùm in causa iudicati postulante creditore pignus distrahitur, quod posteà euictum sit, non tenetur de euictione creditor, sed debitor, cui solutio proficit *leg. si ob causam 13. C. de euict.* Fit enim debitor ea solutione locupletior, cùm à suo creditore liberetur *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. de acceptilat.* Creditor verò non fit locupletior, qui nihil nisi suum consequitur. Quid ergo cogebat creditorem, vt non modò euictionis periculum in se susciperet, sed etiam duplam ex ea causa promitteret?

DEC. Nihil potest imputari creditori, qui sine dolo malo & culpa vlla pignus vendidit, & in eo vendendo sic negotium gessit, quomodo alius quilibet bonus & diligens paterfamilias gesturus fuit, nam hoc ipsum à creditore exigimus, vt debitori pignoratitia actione non teneatur, alioqui in culpa esse videtur *l. si cùm venderet 13. §. 1. & l. seq. supr.* Atqui diligentis & boni patrisfamilias est, cùm rem aliquam vendit, sic vendere, vt quàm cariùs facere potest vend

test, vendat *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* In eo namque licet contrahentibus naturaliter se decipere *l. in causa* 16. §. *idem Pomponius supr. de minor. l. item si precio* 22. §. *vlt. infr. locat.* Vnde est, quod dicere solemus, precium venditionis non tam ex ipsa re percipi, quæ venditur, quàm ex negotiatione *l. venditor* 21. *infr. de hered. vel action. vendit.* Atqui certum est, & quotidiano vsu compertum tanto pluris vendi res solere, quanto commodioribus & emptori vtilioribus condicionibus fit emptio. Cùm pacta quæ in venditionibus & emptionibus adiiciuntur, faciant partem precij *l. fundi partem* 72. *infr. de contr. empt. l. si sterilis* 21. §. *si tibi fundum de action. empt. l. si venditor* 6. §. 1. *in fin. infr. de seru. export.* quia emptor non aliterempturus fuerat *l. vlt. C. de pact. int. emptor. & vendit.* Cumque nihil tanti esse emptori debeat, quàm vt in casum euictionis habeat venditorem de euictione obligatum, ne alioqui facile accidat, vt & rei quam emit, & precij quod soluit iacturam faciat, nemo dubitat, quin multo consultius ei sit venditorem sibi obligare de euictione, etiam de qua non aliter teneretur, & ob eam causam longè pluris fundum emere, quàm quanti fuerat empturus, si promissa ipsi euictio non fuisset. Quod si hoc etiam addat venditor, vt euictionis nomine duplum promittat emptori, qui alioqtiin aut nullo modo, aut minore precio empturus fuerat, tum verò hac maximè ratione pellicitur emptor, vt maius precium offerat, & præstet. Ergo in proposita specie, si quæratur an creditor, qui duplam præstitit regressum habere debeat contra venditorem, necessariò adhibenda distinctio est, non solùm an dolo malo & culpa id fecerit; (non enim sufficeret carere illum dolo & culpa ad obligandum venditorem,) sed etiam vtrum quasi diligens paterfamilias sic vendiderit, vt pignus pluris venderet, an verò per inconsultam facilitatem, non laturus ex venditione maius precium, quàm si duplam non promisisset: Priore casu debet creditor regressum habere pignoratitiæ contrariæ actionis contra debitorem, quia nihil ei potest imputare debitor, cuius etiam negotium gessit vtiliter creditori, quippe qui omne id quod supra debitam quantitatem ex pignoris venditione redegerit debitori restituere pignoratitia actione teneatur *l.* 1. *& vlt. C. hoc tit.* Nemo enim alienum factum impugnare potest ex quo ipse lucrum sentiat *l. si extraneus* 33. *l. cùm in fundo* 78. §. *quòd si mulier infr. de iur. dot.* Maximè verò, cùm maioris precij lucrum sit certum & indubitatum, futuræ autem euictionis periculum ex futuro euentu pendeat, multoque magis exactio promissæ duplæ *l. habere licere* 57. *de euict.* Interdum verò habet creditor, qui de euictione se obligauit ius retentionis pro contraria actione pignoratitia vt in specie *l. si necessariis* 8. §. 1. *supr.* qui tamen textus secundùm huius §. distinctionem intelligi debet, vt Accursius bene monet. Posteriore autem casu æquum non est, vt contrà debitorem regressum vllum habeat pro ea re, ex qua debitor, neque lucrum vllum senserit, neque sentire vnquam potuerit. Nihil ergo amplius à debitore quàm debiti summam consequi hoc casu creditor potest, vt ex Tryphonino subiicitur in *l. seq. iunct. l. rescriptum* 12. §. 1. *infr. de distract. pignor.* vbi vide aliam elegantem Tryphonini distinctionem. In culpa enim est, qui sine causa nulloque aut suo aut debitoris commodo persuasus, vltro duplam promisit, qui nec obligare se de euictione debuerat. Ex quo apparet quàm malè Accursius noster, ac post eum cæteri interpretes ex hoc §. infestant, non esse in culpa illum qui id facit, quod consuetum est fieri, moti ex verbis illis huius §. *nam vsu hoc euenerat.* Item ex eo quod tam frequens & assidua olim erat duplæ stipulatio, vt placuerit prudentibus etiam ex empto agi posse si duplam venditor mancipij non caueret *d. l. quòd si nolit* 31. §. *quia assidua de adilit. edict.* vbi ratio additur, quòd ea quæ sunt moris & consuetudinis in bonæ fidei iudiciis venire debeant. Nam in cæteris quidem venditoribus, ea ratio locum habere poterat, sed non in creditore pignus distrahente, quem iam diximus euictionem pignoris non debere, ac longè minùs duplam pro euictione *d. l.* 1. *&* 2. *C. credit. euict. pignor. non deber.* Neque verò aliud sibi volunt verba illa, *nam vsu hoc euenerat.* Non enim dixit Vlpianus vsum pro consuetudine, vt illi arbitrantur, sed pro facti contingentia, vt loquuntur, id est, quia ex facto id acciderat, nisi malis, quod ego mallem, pro *vsu* legere *casu.* Euenire enim dicuntur casu quæ sine maturo cõsilio nullaq; præuia deliberatione fiunt. Illud planè non nego quod volũt, excusari quẽ propter consuetudinẽ ex *l. sine herede* 22. §. *Lucius de admin. tutor.* Sed nego eam esse huius §. sententiam.

23. TRYPHONINVS libro 8. Disputationum.

NEc enim ampliùs à debitore, quàm debiti summa est, consequi poterit. Sed si stipulatio vsurarum fuerat [a], & post quinquennium forte, quàm pretium ex re obligata consecutus est, victus eam emptori restituat: etiam medij temporis vsuras à debitore petere potest: quia nihil ei solutum esse pro euictione, vt auferri non possit, palam factum est. sed si simplum præstitit, doli exceptione repellendus erit ab vsurarum petitione: quia habuit vsum pecuniæ pretij, quod ab emptore acceperat.

Ad l. Nec enim 23.

Huius legis initium pendet à §. *vlt. legis præcedentis.* hec ampliorem interpretationem desiderat, quàm quæ iam à nobis allata est. Adhibita tamen ea distinctione, quam idem Tryphoninus noster tractat fusiùs in *l. rescriptum* 12. §. 1. *infr. de distract. pignor.* quæ lex sumpta est ex eodẽ Tryphonini *libr.* 8. *Disputationum.* Sequitur ergo explicandus *versic. sed si stipulatio*, & quæ in eo rursum adhibetur distinctio, quam Bartolus meritò notabilem, & singularem esse dicit.

a *Sed si stipulatio vsurarum fuerat.* RAT. DVB. Creditor qui pignus vendidit, cum promissione duplę, etiamsi post euictionem duplam pręstiterit, non eo minùs tamen vsum habuit pecuniæ ex precio redactæ, quod ab emptore accepit. Atqui quoties habuit vsum pecuniæ precij, non est audiendus, sed doli exceptione repellendus, si prætereà pecuniæ creditæ vsuras pro medio tempore petat ex vsurarum stipulatione, vt in fine huius legis scriptum est. Alioqui duplex commodum & lucrum ex

eâdem pecunia perciperet cõtra naturalem æquitatem, quia quemadmodum pignoris vẽditi precium succedit in locũ debiti ad liberandũ debitorem in *d. l. rescriptũ 12. §. 1. de distr. pignor.* ita & vsus pecuniæ precij succedere debet in locũ vsurarũ debiti, quando vsurariũ fuit debitũ, vsuris scilicet in stipulationem deductis, citra quam nõ potest debitũ pecuniæ creditæ fieri vsurarium *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. inf. de præscript. verb.* Hoc enim est, quod lex ait *si stipulatio vsurarum fuerat.* Ergo in ꝓposita specie de debito quod fuit vsurarium, si creditor post quinquenniũ fortè, quàm preciũ ex rei obligatæ venditione consecutus est, victus tandẽ in causa proprietatis emptori satisfecerit, nõ videtur distinguẽdũ, quomodo Tryphoninus hîc distinguit, An creditor duplã emptori pręstiterit an simplã, vt priore casu etiã medij temporis vsuras à debitore petere possit, posteriore autẽ non possit: Sed vtroque casu indistinctè admittendũ, vt nullas medij & præteriti tẽporis vsuras petere ipsi liceat, quia vtroq; casu verũ est, eum pecunię precij vsum habuisse. DEC. Nemo videtur id cepisse, quod necesse habuit, alij restituere *l. aliud est capere 71. de verb. signific. l. non videtur quisquam 51. de regul. iur.* Ergo non videtur creditor vsum precij habuisse toto illo quinquennio, quod pignoris venditi euictionẽ pręcessit, si post secutã euictionem duplũ emptori restituerit. Neque enim tantũ esse potest in vsuris legitimis quinquennij quantũ in duplo precij cum vsura etiam centesima, quæ omnũ grauissima est, non nisi centesimo mense æquet fortẽ, vnde & cẽtesimæ nomẽ accepit. Quod certè diuersum est, cũ creditor ex causa euictionis nihil nisi simplũ emptori restituit, quia eo casu nihil de suo restituit, sed idipsum dũtaxat quod accepit ab emptore, quãuis nec simplũ restituere teneretur, si non promisisset (est enim hoc exẽplum ad id quod scriptum est in *l. si dictũ 56. in princip. de euict.* de pactione adhibita in vẽdendo, vt simplũ promittatur,) sed tantũ præstare emptori pignoratitiã actione contra debitorẽ *l. in creditore 38. eod. tit.* Iunge *l. 1. & 2. C. credit. euict. pignor. non deber. l. si mãdatu Titij 59. §. creditor inf. mandat.* Vsum autẽ pecuniæ precij, qua per totũ illud quinquenniũ vsus est creditor, habet in lucro, quẽadmodũ & pecuniæ creditæ vsuras conuentas in lucro haberet, si pignus non vendidisset. Quod enim Paulus scripsit in *l. cùm quidam 17. §. si pupillo infr. de vsur.* non propter lucrũ petentiũ, sed propter morã non soluẽtium infligi vsuras solere, ad eas tantũ vsuras pertinet, quæ ex sola mora nõ etiam ad illas quæ ex couentione debentur *l. qui Romæ 122. in princip. de verb. oblig.* Mero enim creditoris lucro cedunt vsuræ, quoties debitũ ab initio fuit vsurarium, quale illud fuisse ponimus, de quo cũ Tryphonino tractamus. Hinc Accursius quærit. Quid ergo si minùs sit in duplo quatenus simplũ excedit, quàm in vsuris debiti, fortè si inter venditionẽ & euictionem pignoris vicennium intercesserit, aut aliud longũ tempus, minùs tamen & breuius vicennio, cùm etiã quincunces vsuræ, quę hodie apud nos maximè frequentantur, vicesimo demũ anno sortis quantitatẽ adæquent. Respondet Accursius dubitãter, vt plerunq; solet, *Fortè, inquit, non consequetur quod est vltra.* Quasi cessante eo casu ratione, quæ Tryphoninum hîc mouit. Sed Bartolus rectiùs & veriùs pro creditore respondet, totius pręteriti tẽporis vsuras quãtascunque eũ consecuturũ, etiãsi duplũ excedãt: sicut enim inquit damnũ sentit creditor, si plus sit in duplo quã in vsuris, ita & lucrũ sentire debet si è contrario plus sit in vsuris, quàm in duplo, ex regula *l. secundũ naturã 11. de regul. iur.* Item quòd non sit audiendus debitor id petens, cuius contrariũ non fuerat in contrarium euentũ postulaturus ex *l. pen. C. de solut. l. si pater puellæ 12. C. de inoffic. testam.* Adeò autem verum est eo casu, quo creditor duplam emptori præstiterit, nihil eum vice vsurarum percepisse videri, vt nec preciũ ipsum habuisse existimandus sit. Non enim videtur solutum quod non durat solutum *l. si rem 20. l. qui res 98. in princip. & §. 1. infr. de solut.* Et ex postfacto apparet secuta pignoris euictione non fuisse liberatum debitorem, qui propter precium creditori solutum ab emptore, liberatus credebatur, vt subtiliter Tryphoninus disputat in *d. l. rescriptum 12. §. 1. infr. de distract. pignor.* Id enim est quod in hac lege idem Tryphoninus exprimit his verbis, *nihil enim ei solutum esse, vt auferri non possit, palam factum est.*

24. VLPIANVS libro trigensimo ad Edictum.

ELeganter apud me quæsitum est, si impetrasset creditor à Cæsare, vt pignus possideret, idque euictum esset[a] an habeat contrariam pignoratitiam? & videtur finita esse pignoris obligatio, & à contractu recessum. immo vtilis ex empto accommodata est: quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, vt in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum eius intersit, sed & compensationem habere potest creditor, si forte pignoratitia, vel ex alia causa cum eo agetur.

Ad l. Eleganter 24.

Iam monui in Codice Fabriano *defin. 20. de euict.* & in *postrema Decade Chiliadis de error. pragmat.* mihi valde suspectam esse legem hanc, & Triboniano magis quàm Vlpiano dignam, excepto eo quod scriptum est in *§. vlt.* quem solum Vlpiani esse agnosco. Fiet autem hoc apertius ex iis quæ nunc scribemus. Ac primùm ex primis illis verbis, *Eleganter apud me quæsitum est.* Non enim sic Vlpianus scripsisset, sed vel simpliciter *quæsitum est*, vt in *l. eleganter 23. supr. de condict. indeb.* vel hoc addito *à me*, non *apud me.* Nec rursum in libros ad Edictum quæstionem illam Vlpianus verisimiliter retulisset, sed potiùs in Disputationum libros aut Opinionum. Sequitur *si impetrasset creditor à Cæsare.* Est igitur hic casus fictitius & commentitius non qui ex facto re vera acciderit. Alioqui scribendum fuerat *cùm impetrasset creditor*, vt in *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* Addit *vt pignus possideret.* Sed prætermittit, quod maximè addi debuerat *iure dominij*, vt in *d. l. debitor*, & in *l. 1. 2. & 3. C. de iur. domin. impetr.* Aliud enim est pignus in creditum possidere, aliud verò addictũ habere in solutũ, vt in *l. à Diuo Pio 15. §. si pignora infr. de re iudic.* Aliud verò iure dominij possidere, quod ipsũ nihil aliud est quã ius dominij impetrare, quod difficilius est, nec nisi à Cæsare cõcedi olim poterat, quia intentio pignoris adeò separata est ab intentione dominij, vt loquitur *l. 1.*

§. cùm

§. cùm prædium infr. de pignor. vt causa pignoris nunquam conuerti per se possit in causam dominij, ne quidem authoritate iudicis interueniente. Nihil siquidem aliud facere iudex potest, quàm vt pignus distrahi iubeat *l. antep. §. 1. infr. de euict. l. si ob causam 13. C. eod. l. 1. & 2. C si in caus. iudic. pign. capt. sit.* aut pignus à creditore possideri in creditum aut addici ei in solutum *d. §. si pignor. a.* sequitur.

a *Idq́; euictum esset.* Hoc verò rectè. Non enim aliter fieri posset locus quæstioni, cùm pignus quod creditor iure dominij possidere cœpit, si posteà euictum non sit, desinat ipso iure pignus esse, nec proinde pignoratitiæ actionis vsum & quæstionem admittat. Non enim potest pignus perseuerare domino constituto creditore, vt ait Paulus in *l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* tanquam quod peruenerit ad eum casum, à quo incipere non potuit, quia nemini res sua obligata esse potest *l. neque pignus 45. de regul. iur.* Euictio secuta illa est, quæ locum facit quæstioni de pignoratitia actione, quia potestas euictionis tollit intellectum dominij acquisitionis vt in *leg. si patroni 55. §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* Quæstio igitur in eo est, an creditor qui à Cæsare impetrauit, vt sibi pignus iure dominij possidere liceret, si posteà pignus euictum sit, habeat contrariam actionem pignoratitiam aduersus debitorem, in id scilicet quod sua interest, alienam rem pignori datam non esse, Quemadmodum iure certissimo eandem actionem pignoratitiam eo nomine haberet, si ius dominij nunquam impetrasset *l. si rem alienam 9. in princip. & l. tutor 16. §. 1. supr. hoc tit.* In quo errasse nos agnoscimus in allegationibus nostris ad dictam *defin. 20. num. 26.* ab illis verbis, *sed longe inelegantior* ad illa vsque *sed responsio* quæ omnino tolli volumus & deleri. Videamus ergo quid ad propositam quæstionem Tribonianus respondeat. Ait autem, *Et videtur finita esse pignoris obligatio & à contractu recessum.* Hic verò Tribonianus se prodit apertiùs, Hæsitando primùm in ea re, in qua hæsitandi causa nulla suberat. Scribere namque potuerat & debuerat, quomodo vtique Vlpianus scripsisset intrepidè, finitam esse pignoris obligationem, & à contractu recessum per impetrationem dominij rei obligatæ. Quid enim certiùs, quàm quod iam diximus. Confusione pignus extingui statim atque creditor factus est pignoris dominus *d. l. penult. §. 1 de except. rei iudic. l. si rem alienam 29. infr.* Nemini enim obligata res sua esse potest, vt neque seruire *l. vti frui 5. supr. si vsusfr. pet. l. in re communi 26. vrban. præd.* Quid porrò aliud est, finitam esse pignoris obligationem, quàm extinctum esse pignus? Quanquam si subtiliùs rem totam inspicere velimus, in proposita specie dici potest, non esse finitum, aut extinctum pignus, quod nec initium vnquam habuit *leg. si in diem 46. l. Titio vsusfructus 96. de condic. & demonstr.* Nam cùm alienæ rei pignus non consistat, si non ex domini voluntate datum sit *l. 2. l. si rem alienam 9. l. aliena res 20. supr. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Consequens est vt si aliena res data sit pignori, nulla penitus contrahatur obligatio, cùm res ipsa non obligetur. Ideoque nec hypothecariam actionem in eam rem exercere creditor potest, si fortè possessionem eius amiserit quam per pignoris dationem acceperat, vt in *l. si creditor 28. infr. hoc tit.* Quia ad hypothecariam inducendam non sufficit conuentio sola pignoris, nisi talis conuentio sit per quam res ipsa afficiatur, & obligetur cùm pignoris persecutio in rem sit non in personam *l. 1. l. pignoris 17. infr. de pignor.* Quamuis sola illa conuentio pignoris rei alienæ sufficiat ad inducendam pignoratitiam actionem personalem siue directam siue contrariam, quoniam ad personam tantùm obligandam siue eius qui pignus dat, siue eius qui accipit, nihil omnino refert, an quis alienam rem pignori dederit, an suam *d. l. si rem 9. in princip. & §. penult. d. l. tutor 16. §. 1. supr. hoc tit.* Potest enim hoc casu, id est, re aliena data pignori, pignoratitia actio competere, tum quoque cùm obligatio pignoris nulla est, nihil siquidem commune habet obligatio pignoris cum nuda conuentione, nisi cùm à domino facta conuentio fuit. Et hoc vnum est maximè ni fallor quod inscitiam Triboniani detegit, si sensit de pignore dato rei alienæ, quæ postmodùm euicta sit, vt solet prima euictionis causa illa esse, si quis rei dominium petierit, & euicerit. Quamquam enim per Seruianam quoque actionem fundus euincitur, non tamen præcisa & absoluta euictio ista est, sed causatiua, vt loquuntur, nisi malit possessor pignoris satisfacere creditori *l. si mancipium 34. §. vlt. & l. seq. infr. de euict.* Putauit autem Tribonianus, non posse tractari de pignoratitia actione personali, quin supponatur obligatio pignoris, quasi in necessarium antecedens, cùm scribat videri finitam esse pignoris obligationem, quod ridiculum est. Nam quod diximus finiri & extingui pignus dominio creditori acquisito, ita verum est, si supponantur termini habiles, id est si pignus ab initio ritè contractum fuit, rei scilicet propriæ, non alienæ. Quæ species est *d. l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* vbi agitur de fundo pignori dato à domino, sed qui anteriori creditori fuerat iam antè obligatus: ex qua causa euictio fundi fuerat secuta. Ergo fatendum est, vel restringendam legem hanc ad eum casum quo fundi euictio secuta sit, ex causa pignoris non dominij, vel ineptum esse, quod lex ait de finita pignoris obligatione. Nec alio casu potest fieri locus quæstioni, an ius pignoris quod per acquisitionem dominij iure quodam confusionis extinctum fuerat, ressuscitetur propter subsecutam euictionem quàm cùm ab initio pignus constitit. Restitui enim quomodo posset pignus quod nunquam fuisset? *l. si partem fundi 19. iunct. l. si locus 14. supr. quemadm. seruit. amitt. leg. si ager 23. & seq. supr. quibus modus vsusfr. amitt.* Planè cùm pignoris vinculum ab initio constitit, dicimus subsecuta euictione pignus restitui, quod interciderat, quia ex postfacto apparet, non fuisse acquisitum creditori dominium, quod ei ex anteriore causa ablatum est, vt Tryphoninus dicebat in lege proximè præcedente, & in *leg. rescriptum 12. §. 1. infr. de distract. pignor.* Quemadmodum nec videtur solutum, quod non durat solutum *l. si rem meam 20. l. si quis aliam 46. l. qui res 98. in princip. & §. 1. de solut.* De illo tantùm quæri potest, an euicta re quæ in solutum data fuerat, duret ac maneat pristina actio, an verò noua detur, id est vtilis ex empto, ad exemplum directa, quæ daretur euicta re vendita *leg. ex empto 11. & pass. de action. empt. l. si in venditione 60. l. euicta 70. de euict.* Sunt enim plerique iuris loci quibus probatur manere pristinam obligationem, nec videri vnquã liberatum debitorem, qui rem aut alienam, aut iam alij obligatã in solutũ dedit *d. l. si rem meam,* vbi Põponius sic loquitur, vt ostendat ad impediendam liberationẽ non illud exigi, vt res in solutũ data sit euicta, sed sufficere quod euinci res possit, & auocari ab eo cui data est, putà si pignoris nomine anteà fuerat alij obligata. Cui cõsentit Tryphoninus in *l. præcedente* in illis verbis *quia nihil ei solutũ esse vt auferri nõ possit, palã factũ est,* & in *d. l. rescriptũ §. 3.*

ibi interim quidem nihil à debitore peti posse sed in suspenso haberi liberationem & in fine legis *quia apparuit non esse liberatum*. Sed apertiùs Marcianus in *d. l. si quis aliam 46. de solut.* ait si quis aliam rem pro alia nolenti soluerit & ea euicta sit, manere pristinam obligationem, Et si pro parte fuerit euicta, pro solido tamen durare obligationem. Et paulò post, sed etsi duos fundos verbi gratiâ pro debito dederit, euicto altero fundo remanere integram obligationem. Denique tunc rem vnam pro alia solutam præstare liberationem, cùm pro solido facta est accipientis. Sic & in *l. si creditor 26. eod. tit.* Pomponius scribit, si seruus pignoratus à creditore venditus sit, quandiu in ea causa est, vt possit redhiberi, non liberari debitorem. Et Paulus non minùs apertè quàm eleganter in *l. qui res 98. eod. tit.* ait, Rerum quæ in solutum datæ sunt solutionem non posse, nisi ex euentu liberare, scilicet eo casu quo certum erit illas apud accipientem remansuras. Adde *l. libera 8. C. de sentent. & interloc. omn. iudic.* At in contrarium vrget valde quod ab Imp. Antonino rescriptum est in *l. si prædium 4. C. de euict.* Si prædium tibi pro soluto datum sit, quod aliis creditoribus fuerat obligatum causam pignoris mutatam non esse, id est non eo minùs creditorum anteriorum ius & pignus perseuerare. Sed si hoc iure creditoris & pignoris fuerit tibi euictum prædium, vtilem tibi actionem contra debitorem competere, quòd huiusmodi contractus vicem venditionis obtineat. Cui conuenit quod in hac lege scribitur, accommodatam esse creditori vtilem actionem ex empto: Quemadmodum si pro soluto data ei res fuerit. Quibus verbis alludere videtur ad rescriptum illud Antonini. Quasi verò cùm creditor impetrauit à Cæsare, vt sibi liceat iure dominij pignus possidere, dici possit contractum illum esse venditioni simillimum, qui tamen ne quidem contractus est. Torquent se nostri summoperè in his locis conciliandis, Tanquam si essent ista contraria & incompatibilia, Euicto pignore manere pristinam debitoris obligationem incorruptam; & vtilem ex empto actionem dari creditori qui euictionem passus est. Nec habent quod respondeant, nisi quod Accursius primus docuit, multùm referre an species data sit in solutum pro alia specie, an pro debito pecuniario. Quod tamen ridiculum est, pugnatque apertè cum *d. l. qui res in princip.* Sed quoniam longior hic tractatus est, vt ex iis constat, quæ scripsimus in *error. 7. 8. & 9. Decadis vltima totius Chiliadis nostræ de error. pragmat.* longè meliùs ac subtiliùs quàm in allegat. ad *dict. defin. 20. de euict.* plura hîc non scribemus. Nam & cætera omnia quæ ad huius loci interpretationem, & ad Triboniani manum & inscitiam detegendam pertinent, tam copiosè & fusè ibi explicauimus, vt nihil nunc addi posse existimemus.

1 ¶ Qui reprobos nummos soluit creditori, an habet pignoratitiam actionem, quasi soluta pecunia, quæritur. & constat, neque pignoratitia eum agere, neque liberari posse: quia reproba pecunia non liberat soluentem: reprobis videlicet nummis reddendis [a].

Ad §. 1. Qui reprobos.

RAT. DVB. Etiam aliud pro alio solui volenti creditori potest, contingitque ex ea solutione liberatio, quia debet sibi imputare is qui accepit, nec vlla fit volenti iniuria, *l. manif. si 17. C. de solut. l. si non sortem 26. §. si centum supr. de condict. indeb. l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqua pluu. arcend.* Ergo etiam is qui reprobos nummos pro bonis & probis soluit, liberatur, cùm volenti soluerit non inuito, & consequenter tanquam liberatus debet habere directam pignoratitiam actionem. DEC. Reproba pecunia non potest liberare soluentem, quia nec vllam habet æstimationem, nisi quæ constituta est à legislatore, & magistratu, cuius de ea re notio & iurisdictio est, probis autem duntaxat nummis non reprobis aut ærosis æstimatio directa est *l. 3. supr. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc. l. creditor 102. infr. de solut.* Æstimatur enim nummus quilibet ex materiæ suæ bonitate & qualitate, quæ in Repub. benè constituta semper vna & eadem esse debet, vt vna quoque semper & vbique ac certa sit æstimatio *d. l. 3. de in lit. iur.* Qua de re plura scripsimus in tractatu nostro de variis nummariorum debitorum solutionibus. Et verò is qui reprobos nummos pro bonis & probis ignorans accipit siue in solutum, siue in creditum, aut qua alia de causa, non tam paciscitur quàm decipitur, vt Vlpianus loquitur in *l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam, sup. de transact.* neque errantis voluntas vlla, vel consensus vllus est, *l. sed hoc ita 20. de aqua & aqua pluu. arcend. l. nihil consensui 116. §. vlt. de aqua & aqua pluu. arcend.* Fieret ergo ipsi iniuria si debitor reprobos nummos soluendo liberaretur, qui nec alienos, quamuis probos dando liberari posset, *l. si alieni 78. infr. de solut.* Minus siquidem est reprobos nummos dare quàm alienos, quoniam alieni habent suum vsum, suamque æstimationem, adeoque suum dominum, Et sunt ex earum rerum numero, quæ recipiunt functionem in suo genere. Nummi verò reprobi non modò vsum nullum habent, nullamque æstimationem, vt diximus, sed neque dominum vllum ne quidē rempublicam. Reprobos enim nummos intelligo qui lege publica sunt reprobati siue ex proba materia sint, siue ex improba. Quòd si nec ille liberatur, qui rem ipsam reddit debitam quidem, sed deteriorem factam, *l. 3. §. si reddita supr. tit. prox. l. 1. §. si res 16. infr. deposit. l. qui sibi 33. §. in fin. de solut.* quanto minùs liberari debet, qui probos nummos debens, reprobos soluit? Nec aliud est, si pecunia reproba fuerit à campsore adprobata, vt Bartolus post Accursium concludit, quia erratum est in substantiali qualitate *arg. l. in venditionibus 9. §. inde quæritur inf. de contr. empt. l. 2. in fin. de opt. legat.* Imò verò etiamsi is qui reprobos nummos in solutum accepit, eos expenderit pro bonis & probis, adhuc idem dicendum est, non quasi eorum æstimationē, vt Accursius tentat, prǽstare possit, quę nulla est, vt diximus, sed quia licèt reprobos nummos non possit reddere, quos iam expendit, tamen nec ipse liberatus est ab iis creditoribus quibus soluit, vt idem Accursius, & post eum Bartolus docet. Ideoque nec videri potest captare lucrum ex damno alieno, cùm ipse nullum lucrum sentiat: Longeque diuersa species est, si quis alienos nummos soluent, quorū dominium postea nactus sit. Conualescit enim per hāc dominij acquisitionem solutio *l. indebiti 15. §. sed etsi nummi supr. de cōdict. indeb.* Pecunia verò reproba quæ tanquā proba expensa est, non eo magis fit proba, & quod expēsa

est ne-

est negotiationi dantis acceptum ferri debet aut stultitiæ accipientis, vt in *l. venditor 21. de hæred. vel act. vendit. l. 3. ad leg. falcid.* Plane si creditor sciens reprobos nummos pro bonis & probis acceperit liberabitur debitor, quia non potest videri decepisse creditorem à se ipso deceptum *leg. tutor 16. §. 1. vers. sed si sciens sup. hoc tit. l. nam si fit 26. supr. de rei vindic.*

a *Reprobus videlicet nummus redde idis.* RAT. DVB. Qui sciens indebitum soluit, non repetit, quia donasse videtur *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. indebitum 9. C. de condict. indeb.* Ergo nec repetet is qui sciens reprobos nummos soluit, tanquam qui sciens indebitum soluerit, cum sciret non reprobos nummos se debere, sed probos. DEC. Non habet animum donandi qui habet animum decipiendi, inquit Bartolus ex *l. si cùm aurum 50. de solut.* Sicut & de eo dicimus, qui animo deprædandi aliena negotia inuasit, & in ea aliquid expendit *l. si pupilli 6. §. sed & si quis supr. de negot. gest.* Sed tamen verum est, quod Accursius notat repetere hunc non posse, qui sciens reprobos nummos soluit, quia sciens hoc fecit, vt Paulus respondet in *d. l. si cùm aurum.* non quasi donauerit, sed quia per errorem fecisse dici non potest, quod sciens fecit: Condictio autem indebiti nunquam locum habere potest, nisi probato errore facti, vt sæpiùs diximus ad *tit. supr. de condict. indeb.* An ergo sequemur temperamentum illud quod Paulo placuit in *d. l. si cum aurum.* Vt petentem te nummos probos quos tibi debeo exceptione doli summoueam, si non reddas reprobos quos accepisti? Sic putat Accursius motus ex his postremis verbis huius §. *& ex d. l. si cum aurum.* Sed hoc probare vix possum, qui video non fieri locupletiorem ex alieno damno eum qui reprobos nummos retinet, & probos petit, cùm reprobæ pecuniæ nullus sit vsus, vt diximus, nullaque æstimatio. Neque verò quicquam videri potest interesse illius, qui reprobos nummos dedit, vt eos recipiat, quippe quibus nunquam nisi in alterius damnum sit vsurus, sicut de malis medicamentis & venenis, & libris magicis aliisque huiusmodi rebus damnatis scriptum est in *l. 4. §. 1. sup. Famil. ercisc.* Non enim solùm interest hominis beneficio adfici hominem *l. si venditor 6. §. 1. & l. seq. infr. de seru. export.* sed etiam prouideri quantùm fieri potest, ne cuiquam mortalium iniuria & damnum inferatur. Multo magis ne libertati & vtilitati commerciorum. Itaque cum iudex quilibet boni & innocentis viri officio fungi debeat, protinus corrumpenda sunt ista c[illegible], quorum vsus non nisi malus esse potest, vt scriptum est in *d. l. 4. §. 1.* & consequenter tollendi penitus nummi reprobi non reddendi, *d. l. creditor 102. de solut.* Nec aliter Vlpianum hic scripsisse, aut sensisse arbitror, magisque esse puto, vt postrema hæc huius §. verba Triboniano adscribi oporteat, quem supradictum Pauli responsum in *d. l. si cùm aurum fefellerit.* Non animaduertentem, longè aliam esse rationem eius qui reprobos nummos soluit, & illius qui cum aurum promisisset soluit æs pro auro ignoranti. Æris enim & vsus aliquis est, & aliqua æstimatio cuius commodum, si sibi retinere velit auri creditor, & nihilominùs aurum petere, dolo certè facit qui per huius occasionem captat lucrum ex damno alieno, ideoque doli mali exceptione repellendus est *l. 1. infr. de doli except.* quam accommodari ei quoque æquum est qui decipiendi animo æs pro auro soluit, quoniam & ipsius interest saltem æs habere. At reprobos nummos habere, nihil planè interest eius qui soluit, nec si ignorans soluerit. Nec ad rem pertinet si quis obiiciat, posse quemlibet etiam id habere, quod ei non expediat habere *leg. ex fundo 19. supr. de seruit.* Id enim tum verè dicitur, cùm nulla in eam rem aut actio aut exceptio necessaria est: Cùm actiones aut exceptiones omnes comparatæ sint ad hoc, vt sibi quisque acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri l. 3. §. 1. de verb. oblig. l. 1. ad leg. 15. §. 1. ad S. C. Trebell.* Non autem possit dici interesse cuiquam, nisi cum ex iusta & honesta causa interest *l. 3. §. sciendum supr. ad exhib. l. cuius interfuit 10. infr. de furt.* Aliud sanè est, Repeti quid posse, aliud verò reddi debere. Repetitio fit per viam actionis, redditio autem extorqueri potest, etiam per viam exceptionis, sed illud tamen vtrique commune est, quod non magis exceptio, quàm repetitio dari vnquam potest ei cuius nihil interest, & quidem ex iusta & honesta causa, vt diximus. Et hoc est quod ad initium huius legis scripsimus Tribonianum in hac lege sub Vlpiani nomine loqui sæpius contra sensum Vlpiani, certamque iuris rationem. Erit autem Triboniani manus manifestior in §. *seq.*

2 ¶ Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quàm debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit: an pignoratitio iudicio conueniri possit ad superfluum reddendum, an verò vel exspectare debeat, quoad emptor soluat, vel suscipere actiones aduersus emptorem? & arbitror nõ esse vrgendum ad solutionem creditorem: sed aut exspectare debere debitorem, aut, si non exspectat, mandandas ei actiones aduersus emptorem, periculo tamen venditoris. Quòd si accepit iam pecuniam, superfluum reddit.

Ad §. 2. Si vendiderit.

RAT. DVB. Creditor vendens pignus non præsenti pecunia, sed ea lege, vt post certum tẽpus precium soluatur, vtique habet fidem de precio, ideoque transfert dominium pignoris venditi in emptorem *l. 4. supr. l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. dom.* quod dominium transferre alioqui non posset *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt.* Ergo perinde est, ac si totum precium iam inde ab initio solutum ei fuisset. Sibi namque imputet, qui fidem emptoris quam secutus est, pro præsenti pecunia habuit. Atqui si totum precium percepisset, nemo dubitaret, quia superfluum precij, id est, quod plus in precio quàm in debito esset, creditori restituere pignoratitia actione deberet, vt Paulus *lib. 2. sentent. tit. 13. §. 1.* scribit. *l. qui occidit 30. §. 1. sup. ad l. Aquil. l. si inter 21. §. 1. inf. de pignor. l. creditoris 15. inf. de furt. l. vlt. C. de distract. pignor.* Idẽ ergo est etiã hoc casu in quo emptori fidẽ habuit creditor de precio, dicendũ est, vt superfluũ precij ex pignoris venditione redacti, creditor debitori restituere teneatur, nec sit audiẽdus si cogere debitorẽ velit, vt vel debiti soluendi diẽ expectet, vel mandãdas sibi per creditorẽ actiones etiã inter

ibi *interim quidem nihil à debitore peti posse sed in suspenso haberi liberationem* & in fine legis *quia apparuit non esse liberatum.* Sed apertiùs Marcianus in *d. l. si quis aliam 46. de solut.* ait si quis aliam rem pro alia nolenti soluerit & ea euicta sit, manere pristinam obligationem, Et si pro parte fuerit euicta, pro solido tamen durare obligationem. Et paulò post, sed etsi duos fundos verbi gratiâ pro debito dederit, euicto altero fundo remanere integram obligationem. Denique tunc rem vnam pro alia solutam præstare liberationem, cùm pro solido facta est accipientis. Sic & in *l. si creditor 26. eod. tit.* Pomponius scribit, si seruus pignoratus à creditore venditus sit, quandiu in ea causa est, vt possit redhiberi, non liberari debitorem. Et Paulus non minùs apertè quàm eleganter in *l. qui res 98. eod. tit.* ait, Rerum quæ in solutum datæ sunt solutionem non posse, nisi ex euentu liberare, scilicet eo casu quo certum erit illas apud accipientem remansuras. Adde *l. libera 8. C. de sentent. & interloc. omn. iudic.* At in contrarium vrget valde quod ab Imp. Antonino rescriptum est in *l. si prædium 4. C. de euict.* Si prędium tibi pro soluto datum sit, quod aliis creditoribus fuerat obligatum causam pignoris mutatam non esse, id est non eo minùs creditorum anteriorum ius & pignus perseuerare. Sed si hoc iure creditoris & pignoris fuerit tibi euictum prædium, vtilem tibi actionem contra debitorem competere, quòd huiusmodi contractus vicem venditionis obtineat. Cui conuenit quod in hac lege scribitur, accommodatam esse creditori vtilem actionem ex empto: Quemadmodum si pro soluto data ei res fuerit. Quibus verbis alludere videtur ad rescriptum illud Antonini. Quasi verò cùm creditor impetrauit à Cæsare, vt sibi liceat iure dominij pignus possidere, dici possit contractum illum esse venditioni simillimum, qui tamen ne quidem contractus est. Torquent se nostri summoperè in his locis conciliandis, Tanquam si essent ista contraria & incompatibilia, Euicto pignore manere pristinam debitoris obligationem incorruptam; & vtilem ex empto actionem dari creditori qui euictionem passus est. Nec habent quod respondeant, nisi quod Accursius primus docuit, multùm referre an species data sit in solutum pro alia specie, an pro debito pecuniario. Quod tamen ridiculum est, pugnatque apertè cum *d. l. qui res in princip.* Sed quoniam longior hic tractatus est, vt ex iis constat, quæ scripsimus in *error. 7. 8. & 9. Decadis vltimæ totius Chiliadis nostræ de error. pragmat.* longè meliùs ac subtiliùs quàm in allegat. ad *dict. defin. 20. de euict.* plura hîc non scribemus. Nam & cætera omnia quæ ad huius loci interpretationem, & ad Triboniani manum & inscitiam detegendam pertinent, tam copiosè & fusè ibi explicauimus, vt nihil nunc addi posse existimemus.

1 ¶ Qui reprobos nummos soluit creditori, an habet pignoratitiam actionem, quasi soluta pecunia, quæritur. & constat, neque pignoratitia eum agere, neque liberari posse: quia reproba pecunia non liberat soluentem: reprobis videlicet nummis reddendis [a].

Ad §. 1. Qui reprobos.

RAT. DUB. Etiam aliud pro alio solui volenti creditori potest, contingitque ex ea solutione liberatio, quia debet sibi imputare is qui accepit, nec vlla fit voléti iniuria, *l. manif. sit 17. C. de solut. l. si non sortem 26. §. si centum supr. de condict. indeb. l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Ergo etiam is qui reprobos nummos pro bonis & probis soluit, liberatur, cùm volenti soluerit non inuito, & consequenter tanquam liberatus debet habere directam pignoratitiam actionem. DEC. Reproba pecunia non potest liberare soluentem, quia nec vllam habet æstimationem, nisi quæ constituta est à legislatore, & magistratu, cuius de ea re notio & iurisdictio est, probis autem duntaxat nummis non reprobis aut ærosis æstimatio directa est *l. 3. supr. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc. l. creditor 102. infr. de solut.* Æstimatur enim nummus quilibet ex materiæ suæ bonitate & qualitate, quæ in Repub. benè constituta semper vna & eadem esse debet, vt vna quoque semper & vbique ac certa sit æstimatio *d. l. 3. de in lit. iur.* Qua de re plura scripsimus in tractatu nostro de variis nummariorum debitorum solutionibus. Et verò is qui reprobos nummos pro bonis & probis ignorans accipit siue in solutum, siue in creditum, aut quá alia de causa, non tam paciscitur quàm decipitur, vt Vlpianus loquitur in *l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam, sup. de transact.* neque errantis voluntas vlla, vel consensus vllus est, *l. sed hoc ita 20. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. nihil consensui 116. §. vlt. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Fieret ergo ipsi iniuria si debitor reprobos nummos soluendo liberaretur, qui nec alienos, quamuis probos dando liberari posset, *l. si alieni 78. infr. de solut.* Minus siquidem est reprobos nummos dare quàm alienos, quoniam alieni habent suum vsum, suamque æstimationem, adeoque suum dominum, Et sunt ex earum rerum numero, quæ recipiunt functionem in suo genere. Nummi verò reprobi non modò vsum nullum habent, nullamque æstimationem, vt diximus, sed neque dominum vllum ne quidé rempublicam. Reprobos enim nummos intelligo qui lege publica sunt reprobati siue ex proba materia sint, siue ex improba. Quòd si nec ille liberatur, qui rem ipsam reddit debitam quidem, sed deteriorem factam, *l. 3. §. si reddita supr. tit. prox. l. 1. §. si res 16. infr. deposit. l. qui sibi 33. § in fin. de solut.* quantò minùs liberari debet, qui probos nummos debens, reprobos soluit? Nec aliud est, si pecunia reproba fuerit à campsore adprobata, vt Bartolus post Accursium concludit, quia erratum est in substantiali qualitate *arg. l. in venditionibus 9. §. inde quæritur inf. de contr. empt. l. 2. in fin. de opt. legat.* Imò verò etiamsi is qui reprobos nummos in solutum accepit, eos expenderit pro bonis & probis, adhuc idem dicendum est, non quasi eorum æstimationé, vt Accursius tentat, pręstare possit, quę nulla est, vt diximus, sed quia licèt reprobos nummos non possit reddere, quos iam expendit, tamen nec ipse liberatus est ab iis creditoribus quibus soluit, vt idem Accursius, & post eum Bartolus docet. Ideoque nec videri potest captare lucrum ex damno alieno, cùm ipse nullum lucrum sentiat: Longeque diuersa species est, si quis alienos nummos soluerit, quorũ dominium postea nactus sit. Conualescit enim per hãc dominij acquisitionem solutio *l. indebiti 15. §. sed etsi nummi supr. de cõdict. indeb.* Pecunia verò reproba quæ tanquã proba expensa est, non eo magis fit proba, & quod expẽsa

est ne-

est negotiationi dantis acceptum ferri debet aut stultitiæ accipientis, vt in *l. venditor 21. de hered. vel act. vendit. l. 3. ad leg. falcid.* Planè si creditor sciens reprobos nummos pro bonis & probis acceperit liberabitur debitor, quia non potest videri decepisse creditorem à seipso deceptum *leg. tutor 16. §. 1. vers. sed si sciens sup. hoc tit. l. nam si sit 26. supr. de rei vindic.*

a *Reprobis videlicet nummis reddendis.* RAT. DVB. Qui sciens indebitum soluit, non repetit, quia donasse videtur *l. cum per errorem 53. de regul. iur. l. indebitum 9. C. de condict. indeb.* Ergo nec repetet is qui sciens reprobos nummos soluit, tanquam qui sciens indebitum soluerit, cùm sciret non reprobos nummos se debere, sed probos. DEC. Non habet animum donandi qui habet animum decipiendi, inquit Bartolus ex *l. si cùm aurum 50. de solut.* Sicut & de eo dicimus, qui animo deprædandi aliena negotia insuasit, & in ea aliquid expendit *l. si pupilli 6. §. sed & si quis supr. de negot. gest.* Sed tamen verum est, quod Accursius notat repetere hunc non posse, qui sciens reprobos nummos soluit, quia sciens hoc fecit, vt Paulus respondet in *d. l. si cùm aurum.* non quasi donauerit, sed quia per errorem fecisse dici non potest, quod sciens fecit: Condicio autem indebiti nunquam locum habere potest, nisi probato errore facti, vt sæpiùs diximus ad *tit. supr. de condict. indeb.* An ergo sequemur temperamentum illud quod Paulo placuit in *d. l. si cùm aurum.* Vt petentem te nummos probos quos tibi debeo exceptione doli summoueam, si non reddas reprobos quos accepisti? Sic putat Accursius motus ex his postremis verbis huius §. & ex *d. l. si cùm aurum.* Sed hoc probare vix possum, qui video non fieri locupletiorem ex alieno damno eum qui reprobos nummos retinet, & probos petit, cùm reprobæ pecuniæ nullus sit vsus, vt diximus, nullaque æstimatio. Neque verò quicquam videri potest interesse illius, qui reprobos nummos dedit, vt eos recipiat, quippe quibus nunquam nisi in alterius damnum sit vsurus, sicut de malis medicamentis & venenis, & libris magicis aliisque huiusmodi rebus damnatis scriptum est in *l. 4. §. 1. sup. Famil. ercisc.* Non enim solùm interest hominis beneficio adfici hominem *l. si venditor 6. §. 1. & l. seq. infr. de seru. export.* sed etiam prouideri quantùm fieri potest, ne cuiquam mortalium iniuria & damnum inferatur. Multo magis ne libertati & vtilitati commerciorum. Itaque cum iudex quilibet boni & innocentis viri officio fungi debeat, protinus corrumpenda sunt ista c[illegible], quorum vsus non nisi malus esse potest, vt scriptum est in *d. l. 4. §. 1.* & consequenter tollendi penitus nummi reprobi non reddendi, *d. l. creditor 102. de solut.* Nec aliter Vlpianum hîc scripsisse, aut sensisse arbitror, magisque esse puto, vt postrema hæc huius §. verba Triboniano adscribi oporteat, quem supradictum Pauli responsum, in *d. l. si cùm aurum fefellerit.* Non animaduertentem, longè aliam esse rationem eius qui reprobos nummos soluit, & illius qui cùm aurum promisisset soluit æs pro auro ignoranti. Æris enim & vsus aliquis est, & aliqua æstimatio cuius commodum, si sibi retinere velit auri creditor, & nihilominùs aurum petere, dolo certè facit qui per iuris occasionem captat lucrum ex damno alieno, ideoque doli mali exceptione repellendus est *l. 1. infr. de doli except.* quam accommodari ei quoque æquum est qui decipiendi animo æs pro auro soluit, quoniam & ipsius interest saltem æs habere. At reprobos nummos habere, nihil planè interest eius qui soluit, nec si ignorans soluerit. Nec ad rem pertinet si quis obiiciat, posse quemlibet etiam id habere, quod ei non expediat habere *leg. ei fundo 19. supr. de seruit.* Id enim tum verè dicitur, cùm nulla in eam rem aut actio aut exceptio necessaria est: Cùm actiones aut exceptiones omnes comparatæ sint ad hoc, vt sibi quisque acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri l. 3. §. 1. de verb. oblig. l. ille à quo 13. §. 1. ad SC. Trebell.* Non autem possit dici interesse cuiusquam, nisi cùm ex iusta & honesta causa interest *l. 3. §. sciendum supr. ad exhib. l. cuius interfuit 10. infr. de furt.* Aliud sanè est, Repeti quid posse, aliud verò reddi debere. Repetitio fit per viam actionis, redditio autem extorqueri potest, etiam per viam exceptionis, sed illud tamen vtrique commune est, quod non magis exceptio, quàm repetitio dari vnquam potest ei cuius nihil interest, & quidem ex iusta & honesta causa, vt diximus. Et hoc est quod ad initium huius legis scripsimus Tribonianum in hac lege sub Vlpiani nomine loqui sæpiùs contra sensum Vlpiani, certamque iuris rationem. Erit autem Triboniani manus manifestior in *§. seq.*

2 ¶ Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quàm debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit: an pignoratitio iudicio conueniri possit ad superfluum reddendum, an verò vel exspectare debeat, quoad emptor soluat, vel suscipere actiones aduersus emptorem? & arbitror nõ esse vrgendum ad solutionem creditorem: sed aut exspectare debere debitorem, aut, si non exspectat, mandandas ei actiones aduersus emptorem, periculo tamen venditoris. Quòd si accepit iam pecuniam, superfluum reddit.

Ad §. 2. Si vendiderit.

RAT. DVB. Creditor venderis pignus non præsenti pecunia, sed ea lege, vt post certum tẽpus pretium soluatur, vtique habet fidem de precio, ideoque transfert dominium pignoris venditi in emptorem *l. 4. supr. l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. dom.* quod dominium transferre alioqui non posset *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt.* Ergo perinde est, ac si totum precium iam inde ab initio solutum ei fuisset. Sibi namque imputet, qui fidem emptoris quam secutus est, pro præsenti pecunia habuit. Arqui si totum precium percepisset, nemo dubitaret, quia superfluum precij, id est, quod plus in precio quàm in debito esset, creditor restituere pignoratitia actione deberet, vt Paulus *lib. 2. sentent. tit. 13. §. 1.* scribit. *l. qui occidit 30. §. 1. sup. ad l. Aquil. l. si inter 21. §. 1. inf. de pignor. l. creditoris 15. inf. de furt. l. vlt. C. de distract. pignor.* Idẽ ergo est etiã hoc casu in quo emptori fidẽ habuit creditor de precio, dicendũ est, vt superfluũ precij ex pignoris venditione redacti, creditor debitori restituere teneatur, nec sit audiẽdus si cogere debitorẽ velit, vt vel debiti soluendi diẽ expectet, vel mandãdas sibi per creditorẽ actiones etiã inter-

ibi interim quidem nihil à debitore peti posse sed in suspenso haberi liberationem & in fine legis *quia apparuit non esse liberatum*. Sed apertiùs Marcianus in *d. l. si quis aliam 46. de solut.* ait si quis aliam rem pro alia nolenti soluerit & ea euicta sit, manere pristinam obligationem, Et si pro parte fuerit euicta, pro solido tamen durare obligationem. Et paulò post, sed etsi duos fundos verbi gratiâ pro debito dederit, euicto altero fundo remanere integram obligationem. Denique tunc rem vnam pro alia solutam præstare liberationem, cùm pro solido facta est accipientis. Sic & in *l. si creditor 26. eod. tit.* Pomponius scribit, si seruus pignoratus à creditore venditus sit, quandiu in ea causa est, vt possit redhiberi, non liberari debitorem. Et Paulus non minùs apertè quàm eleganter in *l. qui res 98. eod. tit.* ait, Rerum quæ in solutum datæ sunt solutionem non posse, nisi ex euentu liberare, scilicet eo casu quo certum erit illas apud accipientem remansuras. Adde *l. libera 8. C. de sentent. & interloc. omn. iudic.* At in contrarium vrget valde quod ab Imp. Antonino rescriptum est in *l. si prædium 4. C. de euict.* Si prædium tibi pro soluto datum sit, quod aliis creditoribus fuerat obligatum causam pignoris mutatam non esse, id est non eo minùs creditorum anteriorum ius & pignus perseuerare. Sed si hoc iure creditoris & pignoris fuerit tibi euictum prædium, vtilem tibi actionem contra debitorem competere, quòd huiusmodi contractus vicem venditionis obtineat. Cui conuenit quod in hac lege scribitur, accommodatam esse creditori vtilem actionem ex empto: Quemadmodum si pro soluto data ei res fuerit. Quibus verbis alludere videtur ad rescriptum illud Antonini. Quasi verò cùm creditor impetrauit à Cæsare, vt sibi liceat iure dominij pignus possidere, dici possit contractum illum esse venditioni simillimum, qui tamen ne quidem contractus est. Torquent se nostri summoperè in his locis conciliandis, Tanquam si essent ista contraria & incompatibilia, Euicto pignore manere pristinam debitoris obligationem incorruptam; & vtilem ex empto actionem dari creditori qui euictionem passus est. Nec habent quod respondeant, nisi quod Accursius primus docuit, multùm referre an species data sit in solutum pro alia specie, an pro debito pecuniario. Quod tamen ridiculum est, pugnatque apertè cum *d. l. qui res in princip.* Sed quoniam longior hic tractatus est, vt ex iis constat, quæ scripsimus in *error. 7. 8. & 9. Decadis vltimæ totius Chiliadis nostræ de error. pragmat.* longè meliùs ac subtiliùs quàm in allegat. ad *dict. defin. 20. de euict.* plura hîc non scribemus. Nam & cætera omnia quæ ad huius loci interpretationem, & ad Triboniani manum & inscitiam detegendam pertinent, tam copiosè & fusè ibi explicauimus, vt nihil nunc addi posse existimemus.

1 ¶ Qui reprobos nummos soluit creditori, an habet pignoratitiam actionem, quasi soluta pecunia, quæritur. & constat, neque pignoratitia eum agere, neque liberari posse: quia reproba pecunia non liberat soluentem: reprobis videlicet nummis reddendis [2].

Ad §. 1. Qui reprobos.

RAT. DVB. Etiam aliud pro alio solui volenti creditori potest, contingitque ex ea solutione liberatio, quia debet sibi imputare is qui accepit, nec vlla fit volẽti iniuria, *l. manif. si 17. C. de solut. l. si non sortem 26. §. si centum supr. de condict. indeb. l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Ergo etiam is qui reprobos nummos pro bonis & probis soluit, liberatur, cùm volenti soluerit non inuito, & consequenter tanquam liberatus debet habere directam pignoratitiam actionem. DEC. Reproba pecunia non potest liberare soluentem, quia nec vllam habet æstimationem, nisi quæ constituta est à legislatore, & magistratu, cuius de ea re notio & iurisdictio est, probis autem duntaxat nummis non reprobis aut ærosis æstimatio directa est *l. 3. supr. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc. l. creditor 102. infr. de solut.* Æstimatur enim nummus quilibet ex materiæ suæ bonitate & qualitate, quæ in Repub. benè constituta semper vna & eadem esse debet, vt vna quoque semper & vbique ac certa sit æstimatio *d. l. 3. de in lit. iur.* Qua de re plura scripsimus in tractatu nostro de variis nummariorum debitorum solutionibus. Et verò is qui reprobos nummos pro bonis & probis ignorans accipit siue in solutum, siue in creditum, aut qua alia de causa, non tam paciscitur quàm decipitur, vt Vlpianus loquitur in *l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam, sup. de transact.* neque errantis voluntas vlla, vel consensus vllus est, *l. sed hoc ita 20. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. nihil consensui 116. §. vlt. de aqua & aqua pluu. arcend.* Fieret ergo ipsi iniuria si debitor reprobos nummos soluendo liberaretur, qui nec alienos, quamuis probos dando liberari posset, *l. si alieni 78. infr. de solut.* Minus siquidem est reprobos nummos dare quàm alienos, quoniam alieni habent suum vsum, suamque æstimationem, adeoque suum dominum, Et sunt ex earum rerum numero, quæ recipiunt functionem in suo genere. Nummi verò reprobi non modò vsum nullum habent, nullamque æstimationem, vt diximus, sed neque dominum vllum ne quidẽ rempublicam. Reprobos enim nummos intelligo qui lege publica sunt reprobati siue ex proba materia sint, siue ex improba. Quòd si nec ille liberatur, qui rem ipsam reddit debitam quidem, sed deteriorem factam, *l. 3. §. si reddita supr. tit. prox. l. 1. §. si res 16. infr. deposit. l. qui sibi 33. §. in fin. de solut.* quanto minùs liberari debet, qui probos nummos debens, reprobos soluit? Nec aliud est, si pecunia reproba fuerit à campsore adprobata, vt Bartolus post Accursium concludit, quia erratum est in substantiali qualitate *arg. l. in venditionibus 9. §. inde quæritur inf. de contr. empt. l. 2. in fin. de opt. legat.* Imò verò etiamsi is qui reprobos nummos in solutum accepit, eos expenderit pro bonis & probis, adhuc idem dicendum est, non quasi eorum æstimationẽ, vt Accursius tentat, præstare possit, quę nulla est, vt diximus, sed quia licèt reprobos nummos non possit reddere, quos iam expendit, tamen nec ipse liberatus est ab iis creditoribus quibus soluit, vt idem Accursius, & post eum Bartolus docet. Ideoque nec videri potest captare lucrum ex damno alieno, cùm ipse nullum lucrum sentiat. Longeque diuersa species est, si quis alienos nummos soluerit, quorũ dominium postea nactus sit. Conualescit enim per hãc dominij acquisitionem solutio *l. indebiti 15. §. sed etsi nummi supr. de cõdict. indeb.* Pecunia verò reproba quæ tanquã proba expensa est, non eo magis fit proba, & quod expẽsa est ne-

est negotiationi dantis acceptum ferri debet aut stultitiæ accipientis, vt in *l. venditor 21. de hæred. vel act. vendit. l. 3. ad l. g. falcid.* Plane si creditor sciens reprobos nummos pro bonis & probis acceperit liberabitur debitor, quia non potest videri decepisse creditorem à seipso deceptum *leg. tutor 16. §. 1. vers. sed si sciens sup. hoc tit. l. nam si fetit 26. supr. de rei vindic.*

a *Reprobus videlicet nummus reddendus.* RAT. DVB. Qui sciens indebitum soluit, non repetit, qui donasse videtur *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. indebitum 9. C. de condict. indeb.* Ergo nec repetet is qui sciens reprobos nummos soluit, tanquam qui sciens indebitum soluerit, cum sciret non reprobos nummos se debere, sed probos. DEC. Non habet animum donandi qui habet animum decipiendi, inquit Bartolus ex *l. si cum aurum 50. de solut.* Sicut & de eo dicimus, qui animo deprædandi aliena negotia inuasit, & in ea aliquid expendit *l. si pupilli 6. §. sed & si quis supr. de negot. gest.* Sed tamen verum est, quod Accursius notat repetere hunc non posse, qui sciens reprobos nummos soluit, quia sciens hoc fecit, vt Paulus respondet in *d. l. si cum aurum.* non quasi donauerit, sed quia per errorem fecisse dici non potest, quod sciens fecit: Condictio autem indebiti nunquam locum habere potest, nisi probato errore facti, vt sæpius diximus *ad tit. supr. de condict. indeb.* An ergo sequemur temperamentum illud quod Paulo placuit in *d. l. si cum aurum.* Vt petentem te nummos probos quos tibi debeo exceptione doli summoueam, si non reddas reprobos quos accepisti? Sic putat Accursius motus ex his postremis verbis huius *§. & ex d. l. si cum aurum.* Sed hoc probare vix possum, qui video non fieri locupletiorem ex alieno damno eum qui reprobos nummos retinet, & probos petit, cùm reprobæ pecuniæ nullus sit vsus, vt diximus, nullaque æstimatio. Neque verò quicquam videri potest interesse eius, qui reprobos nummos dedit, vt eos recipiat, quippe quibus nunquam nisi in alterius damnum sit vsurus, sicut de malis medicamentis & venenis, & libris magicis aliisque huiusmodi rebus damnatis scriptum est in *l. 4. §. 1. sup. Famil. ercisc.* Non enim solùm interest hominis beneficio adfici hominem *l. si venditor 6. §. 1. & l. seq. infr. de seru. export.* sed etiam prouideri quantùm fieri potest, ne cuiquam mortalium iniuria & damnum inferatur. Multo magis ne libertati & vtilitati commerciorum. Itaque cum iudex quilibet boni & innocentis viri officio fungi debeat, prorsus corrumpenda sunt ista c[illegible], quorum vsus non nisi malus esse potest, vt scriptum est in *d. l. 4. §. 1.* & consequenter tollendi penitus nummi reprobi non reddendi, *d. l. creditor 102. de solut.* Nec aliter Vlpianum hîc scripsisse, aut sensisse arbitror, magisque esse puto, vt postrema hæc huius §. verba Triboniano adscribi oporteat, quem supradictum Pauli responsum, in *d. l. si cum aurum fefellerit.* Non animaduertentem, longè aliam esse rationem eius qui reprobos nummos soluit, & illius qui cum aurum promisisset soluit æs pro auro ignoranti. Aeris enim & vsus aliquis est, & aliqua æstimatio cuius commodum, si sibi retinere velit auri creditor, & nihilominùs aurum petere, dolo certè facit qui per nummos occasionem captat lucrum ex damno alieno, ideoque doli mali exceptione repellendus est *l. 1. infr. de doli except.* quam accommodari ei quoque æquum est qui decipiendi animo æs pro auro soluit, quoniam & ipsius interest saltem æs habere. At reprobos nummos habere, nihil planè interest eius qui soluit, nec si ignorans soluerit. Nec ad rem pertinet si quis obuciat, posse quemlibet etiam id habere, quod ei non expediat habere *leg. ei fundo 19. supr. de seruit.* Id enim tum verè dicitur, cùm nulla in eam rem aut actio aut exceptio necessaria est: Cùm actiones aut exceptiones omnes comparatæ sint ad hoc, vt sibi quisque acquirat quod [illegible] *l. stipulatio ista 38. §. alteri l. 3. §. 1. de verb. o[illegible] l. [illegible] 13. §. 1. ad S. C. Trebell.* Non autem possit dici [illegible] esse cuiquam, nisi cum ex iusta & honesta causa interest *l. 3. §. secundum supr. ad exhib. l. cuius interfuit [illegible] infr. de furt.* Aliud sanè est, Repeti quid posse, aliud verò reddi debere. Repetitio fit per viam actionis, redditio autem extorqueri potest, etiam per viam exceptionis, sed illud tamen vtrique commune est, quod non magis exceptio, quàm repetitio dari vnquam potest ei cuius nihil interest, & quidem ex iusta & honesta causa, vt diximus. Et hoc est quod ad initium huius legis scripsimus Tribonianum in hac lege sub Vlpiani nomine loqui sæpius contra sensum Vlpiani, certamque iuris rationem. Erit autem Triboniani manus manifestior in *§. seq.*

2 ¶ Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quàm debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit: an pignoratitio iudicio conueniri possit ad superfluum reddendum, an verò vel exspectare debeat, quoad emptor soluat, vel suscipere actiones aduersus emptorem? & arbitror nō esse vrgendum ad solutionem creditorem: sed aut exspectare debere debitorem, aut, si non exspectat, mandandas ei actiones aduersus emptorem, periculo tamen venditoris. Quòd si accepit iam pecuniam, superfluum reddit.

Ad §. 2. Si vendiderit.

RAT. DVB. Creditor vendens pignus non præsenti pecunia, sed ea lege, vt post certum tēpus precium soluatur, vtique habet fidem de precio, ideoque transfert dominium pignoris venditi in emptorem *l. 4. supr. l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. dom.* quod dominium transferre alioqui non posset *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt.* Ergo perinde est, ac si totum precium iam inde ab initio solutum ei fuisset. Sibi namque imputet, qui fidem emptoris quam securus est, pro præsenti pecunia habuit: Atqui si totum precium percepisset, nemo dubitaret, quia superfluum precij, id est, quod plus in precio quàm in debito esset, creditori restituere pignoratitia actione deberet, vt Paulus *lib. 2. senten. tit. 13. §. 1.* scribit. *l. qui occidit 30. §. 1. sup. ad l. Aquil. l. si inter 21. §. 1. inf. de pignor. l. creditoris 15. inf. de furt. l. vlt. C. de distract. pignor.* Ideo ergo est etiā hoc casu in quo emptori fidē habuit creditor de precio, dicendū est, vt superfluū precij ex pignoris venditione redacti, creditor debitori restituere teneatur, nec sit audiēdus si cogere debitorē velit, vt vel debiti soluendi diē expectet, vel mandādas sibi per creditorē actiones etiā inter-

ibi *interim quidem nihil à debitore peti posse sed in suspenso haberi liberationem* & in fine legis *quia apparuit non esse liberatum*. Sed apertiùs Marcianus in *d. l. si quis aliam 46. de solut.* ait si quis aliam rem pro alia nolenti soluerit & ea euicta sit, manere pristinam obligationem, Et si pro parte fuerit euicta, pro solido tamen durare obligationem. Et paulò post, sed etsi duos fundos verbi gratiâ pro debito dederit, euicto altero fundo remanere integram obligationem. Denique tunc rem vnam pro alia solutam præstare liberationem, cùm pro solido facta est accipientis. Sic & in *l. si creditor 26. eod. tit.* Pomponius scribit, si seruus pignoratus à creditore venditus sit, quandiu in ea causa est, vt possit redhiberi, non liberari debitorem. Et Paulus non minùs apertè quàm eleganter in *l. qui res 98. eod. tit.* ait, Rerum quæ in solutum datæ sunt solutionem non posse, nisi ex euentu liberare, scilicet eo casu quo certum erit illas apud accipientem remansuras. Adde *l. libera 8. C. de sentent. & interloc. omn. iudic.* At in contrarium vrget valde quod ab Imp. Antonino rescriptum est in *l. si prædium 4. C. de euict.* Si prædium tibi pro soluto datum sit, quod aliis creditoribus fuerat obligatum causam pignoris mutatam non esse, id est non eo minùs creditorum anteriorum ius & pignus perseuerare. Sed si hoc iure creditoris & pignoris fuerit tibi euictum prædium, vtilem tibi actionem contra debitorem competere, quòd huiusmodi contractus vicem venditionis obtineat. Cui conuenit quod in hac lege scribitur, accommodatam esse creditori vtilem actionem ex empto: Quemadmodum si pro soluto data ei res fuerit. Quibus verbis alludere videtur ad rescriptum illud Antonini. Quasi verò cùm creditor impetrauit à Cæsare, vt sibi liceat iure dominij pignus possidere, dici possit contractum illum esse venditioni simillimum, qui tamen ne quidem contractus est. Torquent se nostri summoperè in his locis conciliandis, Tanquam si essent ista contraria & incompatibilia, Euicto pignore manere pristinam debitoris obligationem incorruptam; & vtilem ex empto actionem dari creditori qui euictionem passus est. Nec habent quod respondeant, nisi quod Accursius primus docuit, multùm referre an species data sit in solutum pro alia specie, an pro debito pecuniario. Quod tamen ridiculum est, pugnatque apertè cum *d. l. qui res in princip.* Sed quoniam longior hic tractatus est, vt ex iis constat, quæ scripsimus in *error. 7. 8. & 9. Decadis vltimæ totius Chiliadis nostræ de error. pragmat.* longè meliùs ac subtiliùs quàm in allegat. ad *dict. defin. 20. de euict.* plura hîc non scribemus. Nam & cætera omnia quæ ad huius loci interpretationem, & ad Triboniani manum & inscitiam detegendam pertinent, tam copiosè & fusè ibi explicauimus, vt nihil nunc addi posse existimemus.

1 ¶ Qui reprobos nummos soluit creditori, an habet pignoratitiam actionem, quasi soluta pecunia, quæritur. & constat, neque pignoratitia eum agere, neque liberari posse: quia reproba pecunia non liberat soluentem: reprobis videlicet nummis reddendis [a].

Ad §. 1. Qui reprobos.

Rat. dub. Etiam aliud pro alio solui volenti creditori potest, contingitque ex ea solutione liberatio, quia debet sibi imputare is qui accepit, nec vlla fit volēti iniuria, *l. manifesti 17. C. de solut. l. si non sortem 26. §. si centum supr. de condict. indeb. l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqua pluu. arcend.* Ergo etiam is qui reprobos nummos pro bonis & probis soluit, liberatur, cùm volenti soluerit non inuito, & consequenter tanquam liberatus debet habere directam pignoratitiam actionem. Dec. Reproba pecunia non potest liberare soluentem, quia nec vllam habet æstimationem, nisi quæ constituta est à legislatore, & magistratu, cuius de ea re notio & iurisdictio est, probis autem duntaxat nummis non reprobis aut æreis æstimatio directa est *l. 3. supr. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc. l. creditor 102. infr. de solut.* Æstimatur enim nummus quilibet ex materiæ suæ bonitate & qualitate, quæ in Repub. benè constituta semper vna & eadem esse debet, vt vna quoque semper & vbique ac certa sit æstimatio *d. l. 3. de in lit. iur.* Qua de re plura scripsimus in tractatu nostro de variis nummariorum debitorum solutionibus. Et verò is qui reprobos nummos pro bonis & probis ignorans accipit siue in solutum, siue in creditum, aut qua alia de causa, non tam paciscitur quàm decipitur, vt Vlpianus loquitur in *l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam, sup. de transact.* neque errantis voluntas vlla, vel consensus vllus est, *l. sed hoc ita 20. de aqua & aqua pluu. arcend. l. nihil consensui 116. §. vlt. de aqua & aqua pluu. arcend.* Fieret ergo ipsi iniuria si debitor reprobos nummos soluendo liberaretur, qui nec alienos, quamuis probos dando liberari posset, *l. si alieni 78. infr. de solut.* Minus siquidem est reprobos nummos dare quàm alienos, quoniam alieni habent suum vsum, suamque æstimationem, adeoque suum dominum, Et sunt ex earum rerum numero, quæ recipiunt functionem in suo genere. Nummi verò reprobi non modò vsum nullum habent, nullamque æstimationem, vt diximus, sed neque dominum vllum ne quidē rempublicam. Reprobos enim nummos intelligo qui lege publica sunt reprobati siue ex proba materia sint, siue ex improba. Quòd si nec ille liberatur, qui rem ipsam reddit debitam quidem, sed deteriorem factam, *l. 3. §. si reddita supr. tit. prox. l. 1. §. si res 16. infr. deposit. l. qui sibi 33. §. in fin. de solut.* quanto minùs liberari debet, qui probos nummos debens, reprobos soluit? Nec aliud est, si pecunia reproba fuerit à campsore adprobata, vt Bartolus post Accursium concludit, quia erratum est in substantiali qualitate *arg. l. in venditionibus 9. §. inde quæritur inf. de contr. empt. l. 2. in fin. de opt. legat.* Imò verò etiamsi is qui reprobos nummos in solutum accepit, eos expenderit pro bonis & probis, adhuc idem dicendum est, non quasi eorum æstimationē, vt Accursius tentat, præstare possit, quę nulla est, vt diximus, sed quia licèt reprobos nummos non possit reddere, quos iam expendit, tamen nec ipse liberatus est ab iis creditoribus quibus soluit, vt idem Accursius, & post eum Bartolus docet. Ideoque nec videri potest captare lucrum ex damno alieno, cùm ipse nullum lucrum sentiat. Longeque diuersa species est, si quis alienos nummos soluerit, quorū dominium postea nactus sit. Conualescit enim per hāc dominij acquisitionem solutio *l. indebiti 15. §. sed etsi nummi supr. de condict. indeb.* Pecunia verò reproba quæ tanquā proba expensa est, non eo magis fit proba, & quod expēsa est ne-

est negotiationi dantis acceptum ferri debet aut stultitiæ accipientis, vt in *l. venditor 21. de hered. vel act. vendit. l. 3. ad leg. falcid.* Planè si creditor sciens reprobos nummos pro bonis & probis acceperit liberabitur debitor, quia non potest videri decepisse creditorem à seipso deceptum *leg. tutor 16. §. 1. vers. sed si sciens sup. hoc tit. l. nam si scit 26. supr. de rei vindic.*

a *Reprobis videlicet nummis reddendis.* RAT. DVB. Qui sciens indebitum soluit, non repetit, quia donasse videtur *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. indebitum 9. C. de condict. indeb.* Ergo nec repetet is qui sciens reprobos nummos soluit, tanquam qui sciens indebitum soluerit, cùm sciret non reprobos nummos se debere, sed probos. DEC. Non habet animum donandi qui habet animum decipiendi, inquit Bartolus ex *l. si cùm aurum 50 de solut.* Sicut & de eo dicimus, qui animo deprædandi aliena negotia inuasit, & in ea aliquid expendit *l. si pupilli 6. §. sed & si quis supr. de negot. gest.* Sed tamen verum est, quod Accurtius notat repetere hunc non posse, qui sciens reprobos nummos soluit, quia sciens hoc fecit, vt Paulus respondet in *d. l. si cùm aurum.* non quasi donauerit, sed quia per errorem fecisse dici non potest, quod sciens fecit: Condicio autem indebiti nunquam locum habere potest, nisi probato errore facti, vt sæpiùs diximus ad *tit. supr. de condict. indeb.* An ergo sequemur temperamentum illud quod Paulo placuit in *d. l. si cùm aurum.* Vt petentem te nummos probos quos tibi debeo exceptione doli summoueam, si non reddas reprobos quos accepisti? Sic putat Accursius motus ex his postremis verbis huius §. *& ex d. l. si cùm aurum.* Sed hoc probare vix possum, qui video non fieri locupletiorem ex alieno damno eum qui reprobos nummos retinet, & probos petit, cùm reprobæ pecuniæ nullus sit vsus, vt diximus, nullaque æstimatio. Neque verò quicquam videri potest interesse illius, qui reprobos nummos dedit, vt eos recipiat, quippe quibus nunquam nisi in alterius damnum sit vsurus, sicut de malis medicamentis & venenis, & libris magicis aliisque huiusmodi rebus damnatis scriptum est in *l. 4. §. 1. sup. Famil. ercisc.* Non enim solùm interest hominis beneficio adfici hominem *l. si venditor 6. §. 1. & l. seq. infr. de seru. export.* sed etiam prouideri quantùm fieri potest, ne cuiquam mortalium iniuria & damnum inferatur. Multo magis ne libertati & vtilitati commerciorum. Itaque cum iudex quilibet boni & innocentis viri officio fungi debeat, protinus corrumpenda sunt ista c[illegible], quorum vsus non nisi malus esse potest, vt scriptum est in *d. l. 4. §. 1.* & consequenter tollendi penitus nummi reprobi non reddendi, *d. l. creditor 102. de solut.* Nec aliter Vlpianum hîc scripsisse, aut sensisse arbitror, magisque esse puto, vt postrema hæc huius §. verba Triboniano adscribi oporteat, quem supradictum Pauli responsum, in *d. l. si cùm aurum fefellerit.* Non animaduertentem, longè aliam esse rationem eius qui reprobos nummos soluit, & illius qui cùm aurum promisisset soluit æs pro auro ignoranti. Æris enim & vsus aliquis est, & aliqua æstimatio cuius commodum, si sibi retinere velit auri creditor, & nihilominùs aurum petere, dolo certè facit qui per iuris occasionem captat lucrum ex damno alieno, ideoque doli mali exceptione repellendus est *l. 1. infr. de doli except.* quam accommodari ei quoque æquum est qui decipiendi animo æs pro auro soluit, quoniam & ipsius interest saltem æs habere. At reprobos nummos habere, nihil planè interest eius qui soluit, nec si ignorans soluerit. Nec ad rem pertinet si quis obiiciat, posse quemlibet etiam id habere, quod ei non expediat habere *leg. ei fundo 19. supr. de seruit.* Id enim tum verè dicitur, cùm nulla in eam rem aut actio aut exceptio necessaria est: Cùm actiones aut exceptiones omnes comparatæ sint ad hoc, vt sibi quisque acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri l. 3. §. 1. de verb. oblig. l. ille à quo 13. §. 1. ad SC. Trebell.* Non autem possit dici interesse cuiusquam, nisi cùm ex iusta & honesta causa interest *l. 3. §. sciendum supr. ad exhib. l. cuius interfuit 10. infr. de furt.* Aliud sanè est, Repeti quid posse, aliud verò reddi debere. Repetitio fit per viam actionis, redditio autem extorqueri potest, etiam per viam exceptionis, sed illud tamen vtrique commune est, quod non magis exceptio, quàm repetitio dari vnquam potest ei cuius nihil interest, & quidem ex iusta & honesta causa, vt diximus. Et hoc est quod ad initium huius legis scripsimus Tribonianum in hac lege sub Vlpiani nomine loqui sæpiùs contra sensum Vlpiani, certamque iuris rationem. Erit autem Triboniani manus manifestior in §. *seq.*

2 ¶ Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quàm debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit: an pignoratitio iudicio conueniri possit ad superfluum reddendum, an verò vel exspectare debeat, quoad emptor soluat, vel suscipere actiones aduersus emptorem? & arbitror nō esse vrgendum ad solutionem creditorem: sed aut exspectare debere debitorem, aut, si non exspectat, mandandas ei actiones aduersus emptorem, periculo tamen venditoris. Quòd si accepit iam pecuniam, superfluum reddit.

Ad §. 2. Si vendiderit.

RAT. DVB. Creditor vendens pignus non præsenti pecunia, sed ea lege, vt post certum tēpus precium soluatur, vtique habet fidem de precio, ideoque transfert dominium pignoris venditi in emptorem *l. 4. supr. l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. dom.* quod dominium transferre alioqui non posset *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt.* Ergo perinde est, ac si totum precium iam inde ab initio solutum ei fuisset. Sibi namque imputet, qui fidem emptoris quam secutus est, pro præsenti pecunia habuit: Atqui si totum precium percepisset, nemo dubitaret, quia superfluum precij, id est, quod plus in precio quàm in debito esset, creditori restituere pignoratitia actione deberet, vt Paulus *lib. 2. sentent. tit. 13. §. 1.* scribit. *l. qui occidit 30. §. 1. sup. ad l. Aquil. l. si inter 21. §. 1. inf. de pignor. l. creditoris 15. inf. de furt. l. vlt. C. de distract. pignor.* Idē ergo est etiā hoc casu in quo emptori fidē habuit creditor de precio, dicendū est, vt superfluū precij ex pignoris venditione redacti, creditor debitori restituere teneatur, nec sit audiēdus si cogere debitorē velit, vt vel debiti soluendi diē expectet, vel mandādas sibi per creditorē actiones etiā inter-

eâdem pecunia perciperet cōtra naturalem æquitatem, quia quemadmodum pignoris vēditi precium succedit in locū debiti ad liberandū debitorem in *d. l. rescriptū 12. §. 1. de distr. pignor.* ita & vsus pecuniæ precij succedere debet in locū vsurarū debiti, quando vsurariū fuit debitū, vsuris scilicet in stipulationem deductis, citra quam nō potest debitū pecuniæ creditæ fieri vsurarium *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. inf. de præscript. verb.* Hoc enim est, quod lex ait *si stipulatio vsurarum fuerat.* Ergo in ꝓposita specie de debito quod fuit vsurarium, si creditor post quinquenniū fortè, quàm preciū ex rei obligatæ venditione consecutus est, victus tandē in causa proprietatis emptori satisfecerit, nō videtur distinguēdū, quomodo Tryphoninus hîc distinguit, An creditor duplā emptori prǣstiterit an simplā, vt priore casu etiā medij temporis vsuras à debitore petere possit, posteriore autē non possit: Sed vtroque casu indistinctè admittendū, vt nullas medij & præteriti tēporis vsuras petere ipsi liceat, quia vtroq; casu verū est, eum pecuniǣ precij vsum habuisse. DEC. Nemo videtur id cepisse, quod necesse habuit, alij restituere *l. aliud est capere 71. de verb. signific. l. non videtur quisquam 51. de regul. iur.* Ergo non videtur creditor vsum precij habuisse toto illo quinquennio, quod pignoris venditi euictionē prǣcessit, si post secutā euictionem duplū emptori restituerit. Neque enim tantū esse potest in vsuris legitimis quinquennij quantū in duplo precij cum vsura etiam centesima, quæ omniū grauissima est, non nisi centesimo mense æquet sortē, vnde & cētesimæ nomē accepit. Quod certè diuersum est, cū creditor ex causa euictionis nihil nisi simplū emptori restituit, quia eo casu nihil de suo restituit, sed idipsum dūtaxat quod accepit ab emptore, quāuis nec simplū restituere teneretur, si non promisisset (est enim hoc exēplum ad id quod scriptu est in *l. si dictū 56. in princip. de euict.* de pactione adhibita in vendendo, vt simplū promittatur,) sed tantū præstare emptori pigneratitiā actione contra debitorē *l. in creditore 38. eod. tit.* Iunge *l. 1. & 2. C. credit. euict. pignor. non deber. l. si mādatu Titij 59. §. creditor inf. mandat.* Vsum autē pecuniæ precij, qua per totū illud quinquenniū vsus est creditor, habet in lucro, quēadmodū & pecuniæ creditæ vsuras conuentas in lucro haberet, si pignus non vendidisset. Quod enim Paulus scripsit in *l. cùm quidam 17. §. si pupillo infr. de vsur.* non propter lucrū petentiū, sed propter morā non soluētium infligi vsuras solere, ad eas tantū vsuras pertinet, quæ ex sola mora nō etiam ad illas quæ ex conuentione debentur *l. qui Romæ 122. in princip. de verb. oblig.* Mero enim creditoris lucro cedunt vsuræ, quoties debitū ab initio fuit vsurarium, quale illud fuisse ponimus, de quo cū Tryphonino tractamus. Hinc Accursius quærit. Quid ergo si minùs sit in duplo quatenus simplū excedit, quàm in vsuris debiti, forte si inter venditionē & euictionem pignoris vicenniū intercesserit, aut aliud longū tempus, minùs tamē & breuius vicennio, cùm etiā quincunces vsuræ, quǣ hodie apud nos maximè frequentantur, vicesimo demū anno sortis quantitatē adæquent. Respondet Accursius dubitāter, vt plerunq; solet, *Fortè, inquit, non consequetur quod est vltra.* Quasi cessante eo casu ratione, quæ Tryphoninum hîc mouit. Sed Bartolus rectiùs & veriùs pro creditore respondet, totius prǣteriti tēporis vsuras quātascunque eū consecuturū, etiāsi duplū excedāt: sicut enim inquit damnū sentit creditor, si plus sit in duplo quā in vsuris, ita & lucrū sentire debet si è contrario plus sit in vsuris, quàm in duplo, ex regula *l. secundū naturā 11. de regul. iur.* Item quòd non sit audiendus debitor id petens, cuius contrariū non fuerat in contrarium euentū postulaturus ex *l. pen. C. de solut. l. si pater puellæ 12. C. de inoffic. testam.* Adeò autem verum est eo casu, quo creditor duplam emptori præstiterit, nihil eum vice vsurarum percepisse videri, vt nec preciū ipsum habuisse existimandus sit. Non enim videtur solutum quod non durat solutum *l. si rem 20. l. qui res 98. in princip. & §. 1. infr. de solut.* Et ex postfacto apparet secuta pignoris euictione non fuisse liberatum debitorem, qui propter precium creditori solutum ab emptore, liberatus credebatur, vt subtiliter Tryphoninus disputat in *d. l. rescriptum 12. §. 1. infr. de distract. pignor.* Id enim est quod in hac lege idem Tryphoninus exprimit his verbis, *nihil enim ei solutum esse, vt auferri non posset, palam factum est.*

24. VLPIANVS libro trigensimo ad Edictum.

ELeganter apud me quæsitum est, si impetrasset creditor à Cæsare, vt pignus possideret, idque euictum esset[a] an habeat contrariam pignoratitiam? & videtur finita esse pignoris obligatio, & à contractu recessum. immo vtilis ex empto accommodata est: quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, vt in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum eius intersit, sed & compensationem habere potest creditor, si forte pignoratitia, vel ex alia causa cum eo agetur.

Ad l. Eleganter 24.

Iam monui in Codice Fabriano *defin. 20. de euict.* & in *postrema Decade Chiliadis de error. pragmat.* mihi valde suspectam esse legem hanc, & Triboniano magis quàm Vlpiano dignam, excepto eo quod scriptum est in *§. vlt.* quem solum Vlpiani esse agnosco. Fiet autem hoc apertius ex iis quæ nunc scribemus. Ac primùm ex primis illis verbis, *Eleganter apud me quæsitum est.* Non enim sic Vlpianus scripsisset, sed vel simpliciter *quæsitum est*, vt in *l. eleganter 23. supr. de condict. indeb.* vel hoc addito *à me*, non *apud me*. Nec rursum in libros ad Edictum quæstionem illam Vlpianus verisimiliter retulisset, sed potiùs in Disputationum libros aut Opinionum. Sequitur *si impetrasset creditor à Cæsare.* Est igitur hic casus fictitius & commentitius non qui ex facto re vera acciderit. Alioqui scribendum fuerat *cùm impetrasset creditor*, vt in *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* Addit *vt pignus possideret.* Sed prætermittit, quod maximè addi debuerat *iure dominij*, vt in *d. l. debitor*, & in *l. 1. 2. & 3. C. de iur. domin. impetr.* Aliud enim est pignus in creditum possidere, aliud verò addictū habere in solutū, vt in *l. à Diuo Pio 15. §. si pignora infr. de re iudic.* Aliud verò iure dominij possidere, quod ipsū nihil aliud est quā ius dominij impetrare, quod difficilius est, nec nisi à Cæsare cōcedi olim poterat, quia intentio pignoris adeò separata est ab intentione dominij, vt loquitur *l. 1.*

§. cùm

§. *cùm prædium infr. de pignor.* vt causa pignoris nunquam conuerti per se possit in causam dominij, ne quidem authoritate iudicis interueniente. Nihil siquidem aliud facere iudex potest, quàm vt pignus distrahi iubeat *l. antep. §. 1. infr. de euict. l. si ob causam* 13. *C. eod. l. 1. & 2. C si in caus. iudic. pign. capt. sit.* aut pignus à creditore possideri in creditum aut addici ei in solutum *d. §. si pignora.* sequitur.

a *Idq; euictum esset.* Hoc verò rectè. Non enim aliter fieri posset locus quæstioni, cùm pignus quod creditor iure dominij possidere cœpit, si posteà euictum non sit, desinat ipso iure pignus esse, nec proinde pignoratitiæ actionis vsum & quæstionem admittat. Non enim potest pignus perseuerare domino constituto creditore, vt ait Paulus in *l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* tanquam quod peruenerit ad eum casum, à quo incipere non potuit, quia nemini res sua obligata esse potest *l. neque pignus* 45. *de regul. iur.* Euictio secuta illa est, quæ locum facit quæstioni de pignoratitia actione, quia potestas euictionis tollit intellectum dominij acquisitionis vt in *leg. si patroni* 55. *§. vlt. infr. ad SC. Trebell.* Quæstio igitur in eo est, an creditor qui à Cæsare impetrauit, vt sibi pignus iure dominij possidere liceret, si posteà pignus euictum sit, habeat contrariam actionem pignoratitiam aduersus debitorem, in id scilicet quod sua interest, alienam rem pignori datam non esse, Quemadmodum iure certissimo eandem actionem pignoratitiam eo nomine haberet, si ius dominij nunquam impetrasset *l. si rem alienam 9. in princip. & l. tutor* 16. *§. 1. supr. hoc tit.* In quo errasse nos agnoscimus in allegationibus nostris ad dictam *defin. 20. num. 26.* ab illis verbis, *sed longè inelegantior* ad illa vsque *sed responsio* quæ omnino tolli volumus & deleri. Videamus ergo quid ad propositam quæstionem Tribonianus respondeat. Ait autem, *Et videtur finita esse pignoris obligatio & à contractu recessum.* Hîc verò Tribonianus se prodit apertiùs, Hæsitando primùm in ea re, in qua hæsitandi causa nulla suberat. Scribere namque potuerat & debuerat, quomodo vtique Vlpianus scripsisset intrepidè, finitam esse pignoris obligationem, & à contractu recessum per impetrationem dominij rei obligatæ. Quid enim certius, quàm quod iam diximus. Confusione pignus extingui statim atque creditor factus est pignoris dominus *d. l. penult. §. 1. de except. rei iudic. l. si rem alienam 29. infr.* Nemini enim obligata res sua esse potest, vt neque seruire *l. vti frui 5. supr. si vsusfr. pet. l. in re communi 26. vrban. præd.* Quid porrò aliud est, finitam esse pignoris obligationem, quàm extinctum esse pignus? Quanquam si subtiliùs rem totam inspicere velimus, in proposita specie dici potest, non esse finitum, aut extinctum pignus, quod nec initium vnquam habuit *leg. si in diem 46. l. Titio vsusfructus 96. de condic. & demonstr.* Nam cùm alienæ rei pignus non consistat, si non ex domini voluntate datum sit *l. 2. l. si rem alienam 9. l. aliena res 20. supr. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Consequens est vt si aliena res data sit pignori, nulla penitus contrahatur obligatio, cùm res ipsa non obligetur. Ideoque nec hypothecariam actionem in eam rem exercere creditor potest, si fortè possessionem eius amiserit quam per pignoris dationem acceperat, vt in *l. si creditor 28. infr. hoc tit.* Quia ad hypothecariam inducendam non sufficit conuentio sola pignoris, nisi talis conuentio sit per quam res ipsa afficiatur, & obligetur cùm pignoris persecutio in rem sit non in personam *l. 1. l. pignoris 17. infr. de pignor.* Quamuis sola illa conuentio pignoris rei alienæ sufficiat ad inducendam pignoratitiam actionem personalem siue directam siue contrariam, quoniam ad personam tantùm obligandam siue eius qui pignus dat, siue eius qui accipit, nihil omnino refert, an quis alienam rem pignori dederit, an suam *d. l. si rem 9. in princip. & §. penult. d. l. tutor 16. §. 1. supr. hoc tit.* Potest enim hoc casu, id est, re aliena data pignori, pignoratitia actio competere, tum quoque cùm obligatio pignoris nulla est, nihil siquidem commune habet obligatio pignoris cum nuda conuentione, nisi cùm à domino facta conuentio fuit. Et hoc vnum est maximè ni fallor quod inscitiam Triboniani detegit, si sensit de pignore dato rei alienæ, quæ postmodùm euicta sit, vt solet prima euictionis causa illa esse, si quis rei dominium petierit, & euicerit. Quamquam enim per Seruianam quoque actionem fundus euincitur, non tamen præcisa & absoluta euictio ista est, sed cautatiua, vt loquuntur, nisi malit possessor pignoris satisfacere creditori *l. si mancipium 34. §. vlt. & l. seq. infr. de euict.* Putauit autem Tribonianus, non posse tractari de pignoratitia actione personali, quin supponatur obligatio pignoris, quasi in necessarium antecedens, cum scribat videri finitam esse pignoris obligationem, quod ridiculum est. Nam quod diximus finiri & extingui pignus dominio creditori acquisito, ita verum est, si supponantur termini habiles, id est si pignus ab initio rite contractum fuit, rei scilicet propriæ, non alienæ: Quæ species est *d. l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* vbi agitur de fundo pignori dato à domino, sed qui anteriori creditori fuerat iam antè obligatus: ex qua causa euictio fundi fuerat secuta. Ergo fatendum est, vel restringendam legem hanc ad eum casum quo fundi euictio secuta sit, ex causa pignoris non dominij, vel ineptum esse, quod lex ait de finita pignoris obligatione. Nec alio casu potest fieri locus quæstioni, an ius pignoris quod per acquisitionem dominij iure quodam confusionis extinctum fuerat, resuscitetur propter subsecutam euictionem quàm cùm ab initio pignus constitit. Restitui enim quomodo posset pignus quod nunquam fuisset? *l. si partem fundi 19. iunct. l. si locus 14. supr. quemadm. seruit. amitt. leg. si ager 23. & seq. supr. quibus modis vsusfr. amitt.* Planè cùm pignoris vinculum ab initio constitit, dicimus subsecuta euictione pignus restitui, quod interciderat, quia ex postfacto apparet, non fuisse acquisitum creditori dominium, quod ei ex anteriore causa ablatum est, vt Tryphoninus dicebat in lege proximè præcedente, & in *leg. rescriptum 12. §. 1. infr. de distract. pignor.* Quemadmodum nec videtur solutum, quod non durat solutum *l. si rem meam 20. l. si quis aliam 46. l. qui res 98. in princip. & §. 1. de solut.* De illo tantùm quæri potest, an euicta re quæ in solutum data fuerat, duret ac maneat pristina actio, an verò noua detur, id est vtilis ex empto, ad exemplum directa, quæ datetur euicta re vendita *leg. ex empto 11. & pass. de action. empt. l. si in venditione 60. l. euicta 70. de euict.* Sunt enim plerique iuris loci quibus probatur manere pristinam obligationem, nec videri vnquã liberatum debitorem, qui rem aut alienam, aut iam alij obligatã in solutũ dedit *d. l. si rem meam*, vbi Pōponius sic loquitur, vt ostendat ad impediendam liberationē non illud exigi, vt res in solutũ data sit euicta, sed sufficere quod euinci res possit, & auocari ab eo cui data est, putà si pignoris nomine anteà fuerat alij obligata. Cui cōsentit Tryphoninus in *l. præcedente* in illis verbis *quia nihil ei solutũ esse vt auferri nō possit, palã factũ est*, & in *d. l. rescriptũ §. 3.*

est negotiationi dantis acceptum ferri debet aut stultitiæ accipientis, vt in *l. venditor 21. de hæred. vel act. vendit, l. 3. ad leg. falcid.* Planè si creditor sciens reprobos nummos pro bonis & probis acceperit liberabitur debitor, quia non potest videri decepisse creditorem à seipso deceptum *leg. tutor 16. §. 1. vers. sed si sciens sup. hoc tit. l. nam si fecit 26. supr. de rei vindic.*

a *Reprobis videlicet nummis reddendis.* RAT. DVB. Qui sciens indebitum soluit, non repetit, quia donasse videtur *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. indebitum 9. C. de condict. indeb.* Ergo nec repetet is qui sciens reprobos nummos soluit, tanquam qui sciens indebitum soluerit, cùm sciret non reprobos nummos se debere, sed probos. DEC. Non habet animum donandi qui habet animum decipiendi, inquit Bartolus ex *l. si cùm aurum 50. de solut.* Sicut & de eo dicimus, qui animo deprædandi aliena negotia inuasit, & in ea aliquid expendit *l. si pupilli 6. §. sed & si quis supr. de negot. gest.* Sed tamen verum est, quod Accursius notat repetere hunc non posse, qui sciens reprobos nummos soluit, quia sciens hoc fecit, vt Paulus respondet in *d. l. si cùm aurum.* non quasi donauerit, sed quia per errorem fecisse dici non potest, quod sciens fecit: Condicio autem indebiti nunquam locum habere potest, nisi probato errore facti, vt sæpiùs diximus ad *tit. supr. de condict. indeb.* An ergo sequemur temperamentum illud quod Paulo placuit in *d. l. si cùm aurum.* Vt petentem te nummos probos quos tibi debeo exceptione doli summoueam, si non reddas reprobos quos accepisti? Sic putat Accursius motus ex his postremis verbis huius §. & *ex d. l. si cùm aurum.* Sed hoc probare vix possum, qui video non fieri locupletiorem ex alieno damno eum qui reprobos nummos retinet, & probos petit, cùm reprobæ pecuniæ nullus sit vsus, vt diximus, nullaque æstimatio. Neque verò quicquam videri potest interesse illius, qui reprobos nummos dedit, vt eos recipiat, quippe quibus nunquam nisi in alterius damnum sit vsurus, sicut de malis medicamentis & venenis, & libris magicis aliisque huiusmodi rebus damnatis scriptum est in *l. 4. §. 1. sup. Famil. ercisc.* Non enim solùm interest hominis beneficio adfici hominem *l. si venditor 6. §. 1. & l. seq. infr. de seru. export.* sed etiam prouideri quantùm fieri potest, ne cuiquam mortalium iniuria & damnum inferatur. Multo magis ne libertati & vtilitati commerciorum. Itaque cum iudex quilibet boni & innocentis viri officio fungi debeat, protinus corrumpenda sunt ista c[illegible], quorum vsus non nisi malus esse potest, vt scriptum est in *d. l. 4. §. 1.* & consequenter tollendi penitus nummi reprobi non reddendi, *d. l. creditor 102. de solut.* Nec aliter Vlpianum hîc scripsisse, aut sensisse arbitror, magisque esse puto, vt postrema hæc huius §. verba Triboniano adscribi oporteat, quem supradictum Pauli responsum, in *d. l. si cùm aurum fefellerit.* Non animaduertentem, longè aliam esse rationem eius qui reprobos nummos soluit, & illius qui cùm aurum promisisset soluit æs pro auro ignoranti. Æris enim & vsus aliquis est, & aliqua æstimatio cuius commodum, si sibi retinere velit auri creditor, & nihilominùs aurum petere, dolo certè facit qui per iuris occasionem captat lucrum ex damno alieno, ideoque doli mali exceptione repellendus est *l. 1. infr. de doli except.* quam accommodari ei quoque æquum est qui decipiendi animo æs pro auro soluit, quoniam & ipsius interest saltem æs habere. At reprobos nummos habere, nihil planè interest eius qui soluit, nec ei ignorans soluerit. Nec ad rem pertinet si quis obiiciat, posse quemlibet etiam id habere, quod ei non expediat habere *leg. ei fundo 19. supr. de seruit.* Id enim tum verè dicitur, cùm nulla in eam rem aut actio aut exceptio necessaria est: Cùm actiones aut exceptiones omnes comparatæ sint ad hoc, vt sibi quisque acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri l. 3. §. 1. de verb. oblig. l. ille à quo 13. §. 1. ad SC. Trebell.* Non autem possit dici interesse cuiusquam, nisi cùm ex iusta & honesta causa interest *l. 3. §. sciendum supr. ad exhib. l. cuius interfuit 10. infr. de furt.* Aliud sanè est, Repeti quid posse, aliud verò reddi debere. Repetitio fit per viam actionis, redditio autem extorqueri potest, etiam per viam exceptionis, sed illud tamen vtrique commune est, quod non magis exceptio, quàm repetitio dari vnquam potest ei cuius nihil interest, & quidem ex iusta & honesta causa, vt diximus. Et hoc est quod ad initium huius legis scripsimus Tribonianum in hac lege sub Vlpiani nomine loqui sæpiùs contra sensum Vlpiani, certamque iuris rationem. Erit autem Triboniani manus manifestior in *§. seq.*

2 ¶ Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quàm debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit: an pignoratitio iudicio conueniri possit ad superfluum reddendum, an verò vel exspectare debeat, quoad emptor soluat, vel suscipere actiones aduersus emptorem? & arbitror nō esse vrgendum ad solutionem creditorem: sed aut exspectare debere debitorem, aut, si non exspectat, mandandas ei actiones aduersus emptorem, periculo tamen venditoris. Quòd si accepit iam pecuniam, superfluum reddit.

Ad §. 2. Si vendiderit.

RAT. DVB. Creditor vendens pignus non præsenti pecunia, sed ea lege, vt post certum tēpus precium soluatur, vtique habet fidem de precio, ideoque transfert dominium pignoris venditi in emptorem *l. 4. supr. l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. dom.* quod dominium transferre alioqui non posset *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt.* Ergo perinde est, ac si totum precium iam inde ab initio solutum ei fuisset. Sibi namque imputet, qui fidem emptoris quam secutus est, pro præsenti pecunia habuit. Atqui si totum precium percepisset, nemo dubitaret, quia superfluum precij, id est, quod plus in precio quàm in debito esset, creditori restituere pignoratitia actione deberet, vt Paulus *lib. 2. sentent. tit. 13. §. 1.* scribit. *l. qui occidit 30. §. 1. sup. ad l. Aquil. l. si inter 21. §. 1. inf. de pignor. d. creditoris 15. inf. de furt. l. vlt. C. de distract. pignor.* Idē ergo est etiā hoc casu in quo emptori fidē habuit creditor de precio, dicendū est, vt superfluū precij ex pignoris venditione redacti, creditor debitori restituere teneatur, nec sit audiēdus si cogere debitorē velit, vt vel debiti soluendi diē expectet, vel mandādas sibi per creditorē actiones etiā inter

posita delegatione suscipiat. Et ita Papinianus apertè respondit in *l. penult. infr. hoc tit.* creditorem scilicet iure cogi posse iudicio, quod de pignore dato proponitur, id est actione pignoratitia, vt superfluum precij etiam cum vsuris restituat, nec audiendum esse, si emptorem qui nondum soluerit delegare velit, addita etiam ratione, quòd in venditione quæ fit ex pacto (sic enim legendum arbitror non vt Florent. *ex facto* quod & Cuiacius ante nos bene obseruauit suum creditor negotium gerat. Nec sanè dici potest, quātopere se torqueant interpretes post Accursium in *d. l. pen.* vt responsum illud Papiniani cum hoc §. concilient. Neque tamen puto quemquam adhuc dixisse id quod oportuit, quodq; nos pro ratione decidendi statim subiiciemus.

Dec. Multùm interest an creditor pignus vendat ex pacto, id est iure conuentionis vt in *l. 4. in princip. supr.* & apud Papinianum in *d. l. penult. & in l. cùm prior 3. infr. de distract. pignor. l. vlt. infr. de pignor.* an verò citra pactum, & iure rantùm creditoris non conuentionis *d. l. 4. supr.* in illis verbis *sed etsi non conuenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure vtimur, vt liceat distrahere.* Vtroque casu creditor vendit iure creditoris, sed priore casu iure creditoris & conuentionis, legemque venditionis exercet. Posteriore verò iure creditoris tantùm & non reluctante lege pignoris, vt loquitur *l. si cessante 7. cum seq. C. de distract. pignor.* Priore casu venditio fit ex voluntate expressa creditoris, cui sufficit vt soluendæ pecuniæ dies iam venerit, (nec enim aliud quicquam requiritur *arg. l. cùm soluendæ 4. de distract. pignor.*) Posteriore autem fit venditio ex necessitate *leg. quæsitum 9. in princip. eod. titul.* Priore casu creditor vendit per se, nec adhibet iudicis authoritatem, aut denunciationum & programmatum solemnitates, quas posteriore casu adhiberi necesse est, vt ritè, ac solemniter, & bona fide non per collusionem facta venditio dici possit *l. quæ specialiter 9. leg. si in hoc 14. C. de distract. pignor. & tit. C. si vendit. pignor. agat.* priore casu creditor non debitoris, sed suum negotium gerit, quia ius pacti sui & suæ conuentionis exequitur *d. l. pen. infr. l. fideiussor 52. sup. de negot. gest.* Posteriore verò negotium debitoris magis quàm suum gerere videtur, cùm id faciat ex necessitate, vt ab inuito debitore solutionem extorqueat, quam alioquin consequi non posset *d. l. pen. & d. l. quæsitum 9.* Sicut & cùm in executione iudicati postulante creditore pignora venduntur iussu & officio iudicis iudicatum exequentis, quo casu dicimus factum iudicis esse factum debitoris non creditoris *l. 1. & 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit l. si ob causam 13. C. de euict.* Denique quod ad rem nostram pertinet, priore casu creditor qui pignus conuentionis iure vendidit, & emptori fidem habuit de precio, non eò minùs tenetur statim superfluum precij cum vsuris reddere, priùs etiam quàm precij pecuniam perceperit, quia cùm suum negotium gesserit, imputare sibi debet, si malè gessit *d. l. penult.* sensus est, delegationem tunc pro iusta præstatione esse, cùm is qui delegationem offert, non alia de causa tenetur, quàm quòd alium habeat obligatum, vt idem Papin. ait in *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* Hîc autem creditor non tam ideo tenetur quòd emptorem habeat obligatum, quàm quia suum negotium gesserit. Posteriore verò non tenetur, quia cùm debitoris non suum negotium gesserit, eiusmodi venditio tanquam ex necessitate facta non potest liberare debitorem nisi pecunia demum percepta *d. l. quæsitum.* Est autem præposterum vt debitor antequàm liberatus sit, pignoratitiam habeat actionem *l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia & l. solutum 11. supr.* Simile est quod dicimus venditionem rei obligatæ transferendi in alium pignoris causa factam, non adimere posteriori creditori ius offerendi *l. cùm secundus 5. §. 1. & leg. seq. infr. de distract. pignor. l. si mandatu 59. §. 1. infr. mandat.* Nempe quia non nisi ex necessitate iuris fieri solet, vt idem Papinianus ait in *leg. 2. in fin. de distract. pignor.* Ergo quod in hoc §. scriptum est. Si pignus creditor vendiderit pluris quàm debitum erat, nondum autem precium ab emptore perceperit, non debere illum pignoratitio iudicio ad reddendum superfluum conueneri, sed vel expectare debitorem debere, aut si nolit expectare mandandas ei actiones aduersus emptorem, periculo tamen venditoris, de ea pignoris venditione accipiendum est, quam creditor fecerit non ex pacto, sed ex iuris necessitate, quæ venditio non nisi totâ pecuniâ solutâ liberat debitorem. Quam interpretationē nostram illud adiuuat quod nulla hîc pacti mentio fit, quo cessante certum est non posse fieri venditionem ex pacto: nec eò minùs tamen fieri posse à creditore, & quidem iure creditoris, tum quoque cùm conuenit nihil de distrahendo pignore, adeoque cùm conuēnit ne creditori liceat distrahere, quia nec per pactum auferri potest creditori facultas distrahendi pignoris, quod alioqui esset inutile. Quamuis eiusmodi pacto difficultas augeatur distractionis propter trinam illam denunciationem quam præcedere necesse est, priusquàm distrahi pignus hoc casu possit *d. l. 4. supr. hoc tit.* Obseruauimus quidem antehac interpretum & pragmaticorum errorem, qui venditionem pignoris à creditore factam iure creditoris confundunt cum ea, quam vel debitor ipse fecerit, vel nomine debitoris magistratus postulante creditore. Sed nondum obseruaramus, quod nunc docemus: aliud esse iure creditoris vendere, aliud verò vendere iure conuentionis. Hoc plus est, illud minùs. Vendit iure creditoris etiam is, qui non vendit iure conuentionis, sed ex necessitate iuris. At è contrario non vendit iure conuentionis, quisquis vendit iure creditoris. Tametsi quisquis emit à creditore distrahēte iure creditoris, siue ius etiam conuentionis concurrat, siue non, perinde fiat dominus nec de proprietate vinci possit *leg. qui à creditore 18. & tot. tit. C. de distract. pignor.* Pignoris iudicialis hoc est, quod in causa iudicati capitur & distrahitur, alia ratio est, quia non nisi præsenti pecunia vendi debet, non sic vt post tempus pecunia soluatur *l. à Diuo Pio 15. §. sed si emptor de re iudic.* quia noluit prætor ex obligationibus obligationes fieri, & ex litibus decisis nouas lites *l. 4. §. ait Prætor eod. tit.* quod tamen vt plurimùm euenire necesse esset, si emptor pignoris iudicialis ad licitationem nulla præsenti pecunia admitteretur. Proinde in id genus pignoris dubitatio huius §. cadere nunquam potest, sed tantùm in pignus conuentionale in quo prætor non se interponit, nisi hactenus, vt contrahentium pacta & conuentiones tueatur *l. in conuentionalibus 52. infr. de verb. oblig.* Atque hæc quidem omnia ex mera rectaque ratione iuris, verissimè, ni fallor, disputantur. Sed tamen nō facilè possum mihi persuadere quæstionem huius §. ab Vlpiano ita conceptam & explicatam fuisse. Explicasset enim haud dubiè Vlpianus extricandæ omnis dubitationis gratia, de ea pignoris venditione se intelligere quæ ex necessitate iuris facta esset, de qua, & Paulus in *d. l. quæsitum.* Sicuti Papinianus in *d. l. pen.* de ea nominatim tractat quæ ex

pacto fa-

pacto facta sit. Deinde dictiones illæ *quidem, autem,* Triboniano certè familiariores sunt quàm Vlpiano. Quemadmodum & interrogatiunculæ illæ ineptæ, quibus hic totus §. scatet ab illis verbis *an pignoratitio iudicio conueniri posit ad superfluum reddendum, an verò vel expectare debeat, quoad emptor soluat, vel suscipere actiones aduersus emptorem.* Quid verò illud est, quęrere an expectare debitor debeat, quoad emptor creditori soluat? Quid enim si nunquam velit soluere? Quid si nec creditor ipse agere, an interim prohibebitur debitor pignoratitia experiri aduersus creditorem? Sed videamus quibus verbis Tribonianus ad quæstionē propositā respōdeat. *Et arbitror, inquit, non esse vrgendum ad solutionem creditorem.* in quo solutionem dixit pro restitutione, non enim datur pignoratitia debitori contra creditorem, vt soluat aliquid creditor, sed tantùm vt reddat & restituat id, quod ex pignoris venditione plus debito accepit. *Sed aut expectare debere debitorem,* (video *ταυτολογίαν*?) *aut si non expectat, mandandas ei actiones aduersus emptorem periculo tamen venditoris.* Relinquit ergo Tribonianus in arbitrio & potestate debitoris, an expectare velit, necne, vt dies soluendi precij veniat. Quod est ridiculum. Nec enim iuris authoritas in potestate & arbitrio cuiusquam esse potest *l. 1. §. sed non vtique in fin. infr. ad SC. Turpill. l. ordo 15. ad municip.* Sed quid illud est *si non expectat* pro eo quod voluit Tribonianus & debuit scribere *aut si expectare nolit.* Quamquam cùm nemo agere possit sine actione *l. si pupilli 6. §. vlt. sup. de negot. gest.* & prætoris sit actionem dare vel denegare, vt ex totius edicti perpetui contextu apparet *l. necessariis 57. de acquir. hered. & tot. tit. inf. quar. rer.* exactio non dat, (sic enim legendum est, non vt vulgò *actio* vt apparet ex *l. 1. §. quæ oneranda & §. si libertatis ill. tit.*) planè non video, qua ratione possit quis ex sola sua agendi impatientia nancisci actionem, cuius exercendæ tempus alioquin expectare deberet. Rursum quis vnquam audiit cogi quem mandare actionem, quæ nondum competat, ac proinde quam nondum habeat? Priùs siquidem est, vt qui vult mādare actiones possit petere, quàm vt eas mandet *l. quòd si in diem 16. §. idem Iulianus ait de hered. petit. l. si ea res 31. infr. de action. empt.* Delegatione in eam rem opus est, non mandato actionis, vt qui iam obligatus quidem est, sed tamen à delegante conueniri nondum potest, obliget se nouo stipulatori, cui delegatio fit, vt vel statim vel post id tempus quod delegatione præstitutum erit, conueniri possit. Et idcirco benè ac subtiliter Papinianus in *d. l. pen. infr. de delegatione*, non de actionibus mandandis locutus est. At Tribonianus ignoratione principiorum iuris delegationem & mandatum actionum pro synonimis accepit. Cur verò mandandas actiones in plurali dixit Tribonianus, cùm non nisi vnica actio sit, eaque ex vendito, quam creditor debitori aduersus emptorem mandare possit, nec id tamen priusquàm dies præstandæ pecuniæ venerit. Nam & idem Vlpianus noster in *l. in creditore 38. infr. de euict.* vbi similiter tractat de creditore, qui pignus vendidit, Ait, Re euicta teneri saltem actione ex empto creditorem, vt præstet ei actionem, quam habet contra debitorem, non actiones, quia vnam tantùm habet, contrariam scilicèt pignoratitiam actionem. Addit Tribonianus mandandas actiones contra emptorem periculo tamen venditoris. Quod vtique non indistinctè verum est. Illa namque distinctio adhiberi necessariò debet, an in culpa sit creditor, puta si vendiderit non præsenti pecunia, & sine fideiussore ei qui iam tum erat non soluendo, an vero diuiti emptori & idoneo sed lapso posteà facultatibus, quomodo Accursius benè distinguit ex *d. l. quæsitum 9. de distract. pignor. l. 2. §. si eo tempore inf. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* Sed illud omnium maximè stultum est, & Triboniani inscitiam prodit apertiùs, quod addit, vt quæstionem hanc totam subtiliter, si Diis placet, concludat, *Quòd si iam accepit pecuniam, superfluum reddit.* Quid enim erat necesse hoc addere? Aut quid attinebat quęrere, de quo ne anus quidem dubitâret, an debitori superfluum reddere pignoratitia actione deberet creditor, qui totius precij pecuniam ab emptore pignoris accepisset? Imò verò proposita quæstio de creditore est, qui precium nondum acceperat, non de illo qui acceperat. Illud certè prætermittendum non est vulgatam lectionem & veterem valde corruptam esse. Sic enim habet. *Quòd si accepit iam pecuniam nec superfluum reddidit, in pignoratitio iudicio venit.* Cùm tamen postrema hæc verba sine quibus sequentium nullus sensus est, initium constituant §. sequentis. De quo iam tempus est, vt dicamus.

3 ¶ In pignoratitio iudicio venit, quemadmodum & si res pignori datas malè tractauit creditor, vt seruos debilitauit: Planè si pro maleficiis suis coërcuit [a], vel vinxit, vel obtulit præfecturæ, vel præsidi: dicendum est pignoratitia creditorem non teneri, quare si prostituit ancillam [b], vel aliud improbatum facere coegit: illico pignus ancillæ soluitur.

Ad §. vlt. In pignoratitio.

RAT. DVB. Pignoratitium iudicium non ad aliud datur debitori contra creditorem, quàm vt creditor idipsum pignus quod accepit reddat. Ideoque dicitur iudicium quod de pignore dato, proponitur à Papiniano in *l. penult. infr. l. fideiussor 32. supr. de negot. gest.* vt scilicet reddatur. Atqui eandem rem reddit qui rem obligatam, quamuis deteriorem factam reddit, puta seruum debilitatum. Non enim ob id minùs idem seruus est, qui pignori datus fuerat, quòd debilitatus reddatur. Ergo in pignoratitio iudicio non debet venire, si creditor res pignori datas malè tractauerit, puta seruos quos ex ea causa debilitauerit. DEC. Non videtur reddi res obligata quæ deterior redditur *l. 3. §. si reddita supr. tit. prox.* neque fit ea redditio ex bona fide, cùm intercessit factum & culpa eius qui debet reddere, nisi prætereà offerat æstimationem quanto deterior res facta est *l. pen. supr. de condict. tritic.* Imò potest dici dolo malo, non reddi, quod deterius redditur *l. 1. §. si res deposita 16. infr. deposit. l. qui sibi 33. §. 1. in fin. de solut.* Quid autem tam contrarium bonæ fidei, quæ in omnibus maximè bonæ fidei iudiciis dominatur, & consequenter in iudicio pignoratitio, quod ex hoc numero est, quàm dolus malus? *l. 3. in fin. infr. pro socio leg. si*

dolo 5. C. de rescind. vendit. Ergo in hoc iudicio etiam id venire debet, quo deterior facta est res pignorata, cùm creditoris culpa, & factum aliquod seu negligentia interuenit. Negligentia, inquam, non quidem minima, sed quæ in diligentem patremfamilias non caderet, quæque culpam nec latam nec leuissimam inducit, sed leuem. Non enim tenetur creditor de culpa leuissima, sed tantùm de leui, quia contractus fit gratia vtriusque *l. si cùm venderet 13. §. 1. & l. seq. supr. l. 5. §. nunc videndum supr. tit. prox.* Multo magis tamen de lata, quæ ipsa dolus est, aut saltem propè ad dolum accedit *l. magna negligentia 226. de verb. signific.* Et sanè quemadmodum impensæ quas creditor bona fide in vtilitatem & meliorationem rei obligatæ fecit, sunt ei restituendæ, vt dicemus ad *l. seq. ex l. Paulus 29. §. domus infr. de pignor.* Ita & si qua in re deterior facta sit, aut quia creditor in ea malè sit versatus, siue faciendo id quod non debuit, siue quod effectu idem est, non faciendo, quod debuit, æquum est indemnitatem ab eo præstari debitori actione pignoratitia directa *l. creditor 7. C. hoc tit. d. l. prox. versic. sicut enim, infr.* Nam sæuitia domini quę in propriis seruis culpanda est, in alienis est coercenda *l. si constante 24. §. si maritus in fin. infr. solut. matrim.* nec cuiquam permittendum est, vt re aliqua abutatur etiam sua multo minus vt aliena *§. sed hoc tempore, Instit. de his qui sui vel alien. iur. sunt.*

a *Planè si pro maleficiis suis coercuit.* RAT. DVB. Permittitur quidem domino seruum suum occidere si eum in facinore deprehenderit, aut facinoris conscium reperit, nec eo nomine tenetur, licèt seruum hunc alij debeat, siue ex testamento, siue ex stipulatione *l. quid ergo 53. §. si hæres de legat. 1. l. qui seruum 96. de verb. oblig.* Sed alij quàm domino, & in seruum alienum sæuire nemini permissum est, vt modò dicebamus ex *l. si constante 24. §. si maritus in fin. solut. matrim.* Quod si quid malè ac perfidè à seruo alieno admissum est, consuli potest non modo indemnitati, sed etiam vindictæ illius qui damnum aut iniuriam passus est, si seruus detur præfecturæ, vt est præfecto vrbi, in vrbe, aut Præsidi in prouincia castigandus, aut etiam præfecto vigilum, cui datum est, seruos etiam vltimo supplicio afficere *l. 1. de offic. præfect. vrb. l. ex omnibus 10. de offic. Præsid. l. vlt. de condict. caus. dat.* Ne alioqui videatur sibi & in causa sua ius dicere, vel sine iudice se vindicare: quod extra casus certos, in quibus hic non est, nemini facere licet *tot. tit. C. ne quis in caus. sua iudic. vel ius dic. & tit. C. quand. lic. vnic. sin. iudic. se vindic.* Atqui creditor pignoratitius pignoris dominus non est, nec esse potest, manente pignore, vt sæpius diximus ex *l. neque pignus 45. de regul. iur. l. pen. §. 1. ad fin. infr. de except. rei iudic. l. si rem alienam 29. infr.* Ergo si seruum pignoratum pro maleficiis suis coercuerit, vel vinxerit creditor, dicendum est actione pignoratitia directa eum teneri.

DEC. Creditor licèt non sit dominus pignoris, tamen vice & loco domini quodammodo est, tanquam ipsius procurator in rem suam *l. si pignori 29. in fin. supr. Famil. ercisc.* facereque non tantùm potest sed etiam debet in pignore quicquid dominus, & diligens alius quilibet paterfamilias facturus esset *l. ea igitur 14. supr. hoc tit.* Atqui diligens paterfamilias, non pateretur impunitum esse delictum quod seruus admisisset, pertinet enim id ad vtilitatem non modò publicam, sed etiam priuatam dominorum, ne seruorum delicta impunito remaneant, & vt seruilis ingenij nequitia coerceatur: Quam in rem modica castigatio non est deneganda domino *l. vlt. C. an seruus pro suo fact.* dum ne nimia ipsius sæuitia arguatur *l. 1. & 2. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt d. §. sed tempore, Instit. eod.* Adeò vt etiam ex causa, & pro qualitate admissi atque atrocitate delicti possit impunè seruum occidere *d. l. qui seruum 96. de verb. oblig. d. l. quid ergo 63. §. si hæres de leg. 1.* Ergo neque creditori castigatio leuior deneganda est, quia non magis ei quàm domino licet contra seruum agere siue ciuiliter siue criminaliter *l. cum seruo 107. de regul. iur. & d. l. vlt. C. an seruus ex suo fact.* Et absurdum esset permitti seruo pignorato, vt noceat creditori impunè, cùm datus ei sit, vt magis cautum haberet creditor, nec habet debitor quod conqueratur, qui etiam indemnitatem præstare deberet creditori, per actionem contrariam pignoratitiam si quid damni ex serui pignorati malitia & improbitate creditor passus esset *l. si seruus pignori 31. infr. l. si seruus 61. §. quod vero infr. de furt.* An non ergo vtilius est debitori eidemque domino serui pignorati vt delinquentem seruum creditor conueniat domi quomodo loquuntur Imppi in *d. l. vlt. C. an seruus pro suo fact.* quàm vt debitor ipse eo nomine pignoratitia actione contraria conueniatur? Cùm itaque hoc faciat creditor ex domini voluntate, ac veluti mādato, adeoque iure permittente, nihil causæ est cur ex eo facto quasi malè versatus in pignore pignoratitia actione directa teneatur. Sufficit enim factum quid esse lege permittente, vt pœnam non mereatur *l. Gracchus 5. C. ad leg. Iul. de adult.* Planè non dubitatur quin non modò modestiùs, sed etiam tutiùs creditor facturus sit, si seruum delinquentem præfecturæ, ac Præsidi castigandum tradat, quàm si ipse castiget, vel ob hoc ipsum ne quæstioni locum relinquat, an supra modum sæuierit, quæ res iustam querelæ occasionem creditori daret: quomodo & inter virum & vxorem disputari aliquando solet *d. l. si constante §. si maritus solut. matr.*

b *Quare si prostituit ancillam.* RAT. DVB. Nihil tam naturale est, quàm vnumquodque dissolui eo modo quo colligatum est *l. prout 80. de solut. l. nihil tam naturale 35. de regul. iur.* Atqui pignus non nisi consensu & voluntate debitoris & creditoris interueniente contrahitur *l. 1. supr.* & quidem quo magis cautum sit creditori eius pecuniæ nomine quæ debetur, quousque solutum ei sit, aut aliter eo nomine satisfactum *l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia. & l. solutum 11. sup.* Adeo vt nec ei prosit ad habendam actionem pignoratitiam, quòd creditori aliter quàm per solutionem satisfacere paratus sit, si non etiam satisfecerit *l. item liberatur 6. §. qui paratus infr. quib. mod. pign vel hypoth. solut.* Ergo non est hic legitimus modus soluendi pignoris, si creditor pignoratitius ancillam pignoratam prostituerit, aut quid aliud improbatum eam facere coegerit. Neque verò modus hic computatur inter cæteros, qui proponuntur in *tit. quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* Satisque esse debet domino, eidemque debitori, quod si creditor ancillam prostituerit, aut quid aliud turpe & contra bonos mores facere coegerit, habet eum per actionem pignoratitiam directam obligatum, tanquam qui malis istis actibus rem pignoratam corruperit, & deteriorem fecerit *l. 1. §. persuadere, & §. vlt. & l. 2. & pass. supr. de seruo corrupt.*

DEC. Contractus pignoris bonæ fidei est, vt sæpius diximus. Non potest autem videri factum ex bona fide, quod turpiter & contra bonos mores factum est, contraque verecundiam & publicam honestatem *l. filius 15. & l. praeced. infr. de condic. instit.* Cui

legislator

legislator ciuilis tantùm defert, vt primùm iuris prçceptum constituatur in honestè viuendo *leg. iustitia 10.§.1.supr.de iustit.& iur.* Adeò vt neque stipulationes turpes vllius omnino sint momenti, nec vlla sit necessaria doli exceptio ad actiones ex iis elidendas, sed omnimodo Prætoris officio contineatur, vt ex eis actionem deneget *l. generaliter 26.& l. seq. l. stipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig. l. ex eo 4. C. de inutil. stipulat.* Idemque in condicionibus turpibus iuris est, vt eas prætor ab initio remittere debeat, habendo eas non pro impletis, sed pro non implendis *l. condiciones 14.& seq. l. quæ sub condicione 8. de condic. instit. l. facta 63.§. si sub condicione, inf. ad SC. Trebell.* Atqui turpissimè facit creditor, qui ancillam sibi pignoratam prostituit, aut ad tale quid aliud probrosum admittendum compellit. Meritò igitur ciuilis legislator constituit, vt pignus hoc casu ipso iure soluatur, ne iuris vinculum superesse aliquod videatur, vbi honestas publica læditur. Nam si non licèt creditori vti pignore, quia hoc ipso furtum committat *l. si pignore 54. infr. de furt.* quamuis hoc solum ad soluendum pignus non sufficiat, quanto minùs permittendum ei est, vt abutatur contra debitam legibus, & honestati verecundiam? Quidni autem ex hac causa pignus soluatur, cùm etiam dominica & patria potestas tollatur, si tale quid pater filiæ aut dominus ancillæ imperet *l. si lenones 12. C. de episc. op. audient. l. lenones 6. C. de spectacul. & lenon. libr. 11. tit. 40. l. fœdissimã 7. C. de postlim. reuers. & redempt.* Indignus enim pater est, indignus dominus, qui potestatem illam in liberos vel seruos retineat, qua tam turpiter improbè ac impiè abutatur. Quamquam non tam ex mera iuris ratione illud fit, quàm ex supradictis Impp. constitutionibus, quod in specie huius §. diuersum est.

25. IDEM libro 31. ad Edictum.

SI seruos pignoratos, artificiis instruxit creditor: si quidem imbutos, vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si verò nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria. non tamen sic, vt cogatur seruis carere pro quantitate sumptuum debitor, sicut enim neglegere creditorem dolus & culpa, quam præstat, non patitur: ita nec talem efficere rem pigneratam, vt grauius sit debitori ad recipiendum. putà saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere: tu acceptum pignori excoluisti sic, vt magni pretij faceres, alioquin non est æquum, aut quærere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere. mediè igitur hæc à iudice erunt dispicienda: vt neque dilicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.

Ad l. Si seruos 25.

Proponuntur in hac lege tres casus de impensis à creditore pignoratitio in rem obligatam factis. Duo priores sunt de impensis vtilibus, & permanentibus, tertius de necessariis. Priores duo de sumptibus à creditore factis ex domini eiusdemque debitoris voluntate vel tacita vel expressa, vt Accursius benè obseruat. Ex tacita, si seruos iam imbutos, id est, vt ille interpretatur, imbui coeptos artificiis instruxerit. Videtur enim facere ex domini voluntate quisquis id facit, quod dominus facere consueuit *l. 5. §. custodiam vers. sed an etiam hominis, supr. tit. prox. l. vel vniuersorum 12. supr. hoc tit. l. item si 7. aliàs l. sed Iulianus §. quod dicitur infr. de SC. Maced. l. Iulianus 15. §. præterea 12. de action. empt. l. si tamen 48. §. ei qui de adilit. edict.* Rebus scilicet in eodem statu manentibus, vt Bartolus limitat ex *l. cùm quis 38. l. si cùm Cornelius 82. in fin. de solut.* Et dummodò voluntas iam ad effectum perduci cœperit, non aliter ex *l. 1. §. si defunctus infr. de reb. eor. qui sub tutel.* Ex voluntate verò expressa, si fortè mandauerit creditori, vt eos instrueret vt in *l. 3. §. sed si mutua infr. de in rem vers.* Tertius verò de sumptibus factis citra vllam debitoris voluntatem siue expressam siue tacitam, sed tamen necessariis, id est qui si facti non essent, res aut peritura fuerat aut saltem deterior futura. Hæc enim necessariarum impensarum definitio est *l. impensæ 79. de verb. signific. l. 4. l. impensæ 14. de impens. in reb. dotal. fact.* Priores duo casus nullam prorsus habent dubitationem, quin creditori à debitore per contrariam actionem pignoratitiam restitui debeant indistinctè, quia & illud indistinctè verum est, nullam videri posse factam iniuriam ei qui semel voluit *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* sibique debet imputare cur voluerit. Sed tertius casus dubitabilis est, de impensis necessariis à creditore in pignus factis nulla intercedente domini voluntate, si fortè creditor eas per pignoratitiam contrariam omnino velit repetere, quamuis tam ingentes proponantur, vt iis reddendis impar sit debitor, & seruis suis, ni omnes reddat, carere cogatur. Ait autem Vlpianus sequendum esse hoc temperamentum, vt pro iis quidem impensis danda sit pignoratitia contraria, sed non vsque adeò absolutè, vt cogendus sit debitor re sua carere, & ad reddendas impensas, seruos ipsos, in quos factæ sunt, vendere.

RAT. DVB. Impensæ necessariæ illæ sunt, vt modò diximus, quæ si factæ non fuissent, res omnimodo vel peritura vel deterior futura erat. Ideoque dicuntur minuere dotem quantumuis fauorabilem, non quidem ipsa in re nisi cùm dos pecuniaria est, (absurdum enim esset dicere corporum diminutionem ipso iure fieri propter pecuniam *l. quod dicitur 5. de impens. in reb. dotal. fact.*) sed tamen ipso iure *l. si is qui Stichum 56. § quod dicitur, inf. de iur. dot. l. dote relegata 5. de dot. releg.* Quidni ergo minuent etiam pignus, adeoque ita vt totam eius æstimationem absorbeant? Alioqui pateretur damnum & iniuriam creditor, cui minus restitueretur, quàm ipse in rem pignoratam non tantùm bona fide, sed etiam necessariò impendisset: Cùm è contrario nulla fiat in-

iuria domino eidemque debitori, cui liberum est se exonerare, si modò velit pignore carere, & rem derelinquere *l. sed an vltro* 10. §. 1. *supr. de negot. gest. l. si cum quo* 7. §. 1. *de aqua & aqua pluu. arcend.* Nulla enim res siue animata siue inanimata onerare vnquam dominium vltrà quàm quanti est, potest *l. Prætor ait* 7. §. *hoc edictum, de damn. infect.*

Dec. Impensa quæ ab initio fuit necessaria, talis esse desinit, statim atque ad eam vsque quantitatem ascendit, quæ pluris sit, quàm quanti res ipsa est. Ita enim fit, vt tota res domino pereat, si ad totius impensæ quantumlibet necessariæ restitutionem vrgeatur. Quænam enim dominij vtilitas est, quòd per eiusmodi impensam necessariam res salua facta sit, si domino ipsi perierit? Aut quid eius interest, an absolutè perierit, an soli domino? Cui certè grauius est, videre rem suam prætextu impensarum translatam in creditorem, quàm si ob non factas impensas tota res absolutè periisset *arg. l. cùm oportet* 6. *versic. sic etenim C. de bon. quæ liber. l. lex quæ tutores* 22. *versic. & tolerabilius C. de admin. tutor.* Neque verò ex bona fide est, vt creditor prætextu impensæ necessariæ pignus sibi retineat, quod ab initio ea lege accepit, vt redderet, quod nec bonæ fidei possessori permittitur, qui in alienam rem impensas bona fide fecit etiam necessarias *l. in fundo* 38. vbi diximus *supr. de rei vindic.* Fateor non posse imputari creditori, cur in pignus impenderit, qui si neglexisset impendere de dolo aut saltem de culpa leui eo nomine se obligasset *leg. quemadmodum* 29. §. *magistratus supr. ad leg. Aquil.* Sed non debet eo prætextu talem facere rem pignoratam, vt grauior fiat debitori pignoris luitio. Id enim iam extra & contra bonam fidem est. Affert autem exemplum Vlpianus, si saltum grandem pignori dederit creditor, tam pauper, vt vix luere vnquam possit, nedum excolere. Creditorem verò, acceptum cum pignori sic excoluisse, vt magni pretij fecerit: An non iniquissimum sit in eas angustias redigi miserum debitorem, vt vel nouos creditores quærere cogatur, & versuram facere, quod vix vnquam vtile, semper verò ferè inhonestum est, vel pro immoderatis sumptibus pignus distrahere, quod receptum & recuperatum velit, vel denique penuria coactum, rem obligatam creditori derelinquere, quod magis miserum, vt diximus ac lucrosum est. Erunt igitur, inquit Vlpianus, omnia hæc mediè dispicienda & temperanda arbitrio boni iudicis, pro personarum, rerum, temporum, & locorum qualitate *d. l. in fundo*, vt neque delicatum debitorem audiat, qui colore paupertatis velit magnum ex damno creditoris lucrum sibi comparare, neque onerosum creditorem, qui pro immodicis impensis ne quid ex iis amittat, totum pignus velit sibi acquirere & retinere. Itaque eliciet bonus iudex & eliget ex duobus contrariis medium temperamentum, vt Accursius hîc notat ex *l. 1. & l. 2. §. si quis tamen supr. si quis caution. l. Quintus* 7. *in fin. infr. de ann. legat. l. continuus* 137. §. *cùm ita versic. item qui insulam. de verb. oblig. l. quod dicimus* 105. *infr. de solut.* Obseruandum autem est loqui Vlpianum in hac lege de impensis siue necessariis, siue vtilibus (nec enim seruos artificiis, aut disciplinis instruere necesse est, sed vtile) quæ quoniam ad animi & ingenij culturam pertinent, tolli nullo modo possunt. Nam si tolli possent, permittendum esset creditori, cui non omnes præstarentur, cæteras tollere quæ sine detrimento rei tolli possent *dict. l. in fundo & l. præced. iunct. l. fin. autem* 27. §. *vlt. & leg. seqq. supr. de rei vindic. l. vtiles* 39. *in fin. de hered. petit. l. domum* 5. *C. de rei vindic. d. l. Iulianus* 13. §. *præterea infr. de action. empt.*

26. Idem libro 3. Disputationum.

Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit pignus constitui: cùm testamento quoque pignus constitui posse [a], Imperator noster cum patre sæpissime rescripsit.

Ad l. Non est mirum 26.

Rat. dvb. Non valet pignus rei alienæ, nisi quod constitutum sit saltem ex domini voluntate *l. aliena res* 20. vbi diximus *supr.* Atqui pignus quod à prætore, alióve magistratu constituitur, quodque ideò prætorium appellamus, de quo in *tit. C. de prætor. pignor.* non nisi in re aliena constitui potest, nec enim bona, in quorum possessionem Prætor mittit, sunt Prætoris, sed vel Titij vel Sempronij, nec magistratus quisquam potest dominum se dicere bonorum, quæ ad priuatos pertinent *l. magistratibus* 12. *sup. de iurisdict. l. quemadmodum* 29. §. *pen. ad leg. Aquil. l. nec magistratibus* 32. *infr. de iniur.* Multo minùs dici potest eiusmodi pignus valere propter concurrentem domini voluntatem, cùm & ius & iudicium æquè reddatur in inuitum *leg. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Agimus enim cum inuito, sed non contrahamus cum inuito, quamuis dici soleat, quod & verum est, sed alio sensu, in iure & iudicio quasi contrahi *l. 3. §. idem scribit infr. de pecul. l. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *de nouat. & delegat.* Ergo pignus à Prætore alióve magistratu constitui nullum potest.

Dec. Quemadmodum respublica domina est, & bonorum & personarum omnium quæ sunt in republica, quia reipublicæ priusquàm nobis aut parentibus nostris omnes nascimur *l. 1. §. & generaliter* 15. *infr. de ventr. in poss. mitt.* adeò vt nemo se dominum membrorum suorum possit dicere *l. liber homo* 13. *in princip. ad leg. Aquil.* Ita & lex qua nihil maius, nihil dignius potentiúsve est in republica, sine qua, nec vlla stare respublica posset *l. 1. & 2. l. legis virtus* 6. *supr. de legib.* Atqui lex imperat, vt in republica sint magistratus, qui singulis ius dicant, qui iura reddant in ciuitate, maximè verò Prætores, qui sunt veluti viua vox iuris ciuilis *l. nam & ipsum* 8. *supr. de iustit. & iur. l. 2. § posteà ne diutiùs, & §. quod ad magistratus cum seqq. de orig. iur.* Ergo etiam ad Prætores aliosque magistratus pertinet, quorum ea iurisdictio est, vt quoties ius & æquitas id suggerit, pignus constituere possint in rebus priuatorum, putà rei seruandæ causa, si fortè debitor latitet, nec a quoquam defendatur, ne contra eum sequi condemnatio possit. Nam cùm actionum omnium instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscatur, quæ est de in ius vocando, vt Iustinianus scribit in §. *omnium Instit. de pœn. temer. litig.* qui autem latitat vocari in ius non possit, quia vocatio fiebat per corporalem prehensionem, vt scripsimus ad *tit. de in ius vocand.* consequens est, vt aduersus latitantem non alio remedio succurri cre-

ditoribus

ditoribus possit, quàm vt mittantur in possessionem bonorum debitoris, atque ita in iis bonis pignus prætorium constituatur, vt iisdem postulantibus, ea bona posteà vendantur, & ex precio creditoribus satisfiat *tot. tit. quib. ex caus. in poss. eat. & de reb. author. iudic. posid.* Aliud exemplum prętorij pignoris est, cùm legatorum vel fideicommissorum seruādorum gratia mittūtur legatarij vel fideicommissarij in possessionem bonorum defuncti ex *tit. vt in possess. legat. vel fideic. seruand. caus. ess. liceat l. creditoribus 4. §. 1. de separat.* qui locus de hoc pignore prætorio accipiendus est, non de tacita, vt Bartolus putat hypotheca: nam cùm olim & ante Iustiniani constitutionem quæ extat in *l. 1. C. commun. de legat.* nulla pro legatis & fideicommissis tacita hypotheca competeret, necessarium erat auxilium pignoris prætorij, vt legata vel fideicommissa etiam condicionalia in tuto collocarentur, & eueniente quandocunque condicione præstari possent. Nec enim poterat iis consuli simul cum cæteris creditoribus, quia legatarius vel fideicommissarius condicionalis non est creditor ne quidem condicionalis, ideoque nec quicquam transmittit ad heredem *l. is cui 42. de oblig. & act.* quod in stipulatore condicionali diuersum est *§. ex condicionali Instit. de verb. oblig.* Neque verò mittuntur legatarij vel fideicommissarij in possessionem in pœnam latitantis heredis, vt cæteri creditores in bona latitantis debitoris, sed vt voluntati testatoris satisfiat nisi satisdare paratus sit heres cuiuscunque dignitatis sit, & quarumcunque facultatum *l. 1. & tot. tit. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Proinde cùm hodie ex supradicta Iustiniani lege legatarij & fideicommissarij omnes tacitam hypothecam habeant, potest defendi nullam amplius superesse necessitatem, aut æquitatem retinendi pro legatis vel fideicommissis prætorij pignoris *l. is cui 5. §. qui legatorum vt in poss. legat. seruand. caus.* Tertium exemplum est, si ventris nomine missio in possessionem facta sit, ex illa parte edicti quæ est de *ventr. in poss. mitt.* Sunt enim hæ tres ferè causæ ex quibus missio fieri solet in possessionem bonorum, scilicet vniuersorum: nam ex causa damni infecti si non caueatur, missio quidem fit in possessionem, sed eius tantùm rei in qua damnum timetur, vt scriptum est in *l. 1. quib. ex caus. in poss. eat.* Nec minùs fit missio in possessionem ex causa damni infecti animo constituendi pignoris, quamuis non fiat in ordine ad venditionem, sed vt is qui missus est in possessionem damni infecti nomine, si duretur non caueri, possit fieri dominus bonitarius ex secundo decreto quo iubetur sibi possidere, posteà futurus quiritiarius si vsucapio sequatur *l. 3. §. 1. de reb. eor. qui sub tutel.* vbi quod additur *vt procedat iuberi etiam possideri poterit,* mēdosum mihi videtur, maloque legere *si procedat* scilicet pignus, nolente nimirum vicino cauere *l. Prætoris 5. l. si finita 15. §. Iulianus infr. de damn. infect.* Est tamen hoc commune omnibus qui in possessionem missi sunt, siue rei seruandæ causa, siue legatorum, siue ventris, siue damni infecti nomine, quod non verè possident, sed habent tantùm custodiam & obseruationem rerum *l. cum legatorum 12. quib. ex caus. in poss. eat. l. 3. §. vlt. de acquir. poss. l. si in princip. vt in possess. legat. l. 3. §. creditores infr. vti possid.* Prætorium igitur pignus est, quod ex Prætoris imperio & authoritate constituitur, sicut & iudiciale quod in executione iudicati capitur à iudice iudicatum exequente, de quo in *l. à Diuo Pio 15. de re iudic. & in tit. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Vtrumque tamen sub Prætorij appellatione comprehendi voluit Iustinianus in *l. 2. C. de pignor. prætor.* vbi duplicem tantùm pignoris speciem agnoscit, Conuentionalis & prætorij. Ideò fortassis quod iudiciale quoque pignus ex prætoris authoritate capi videtur, posteaquàm à Diuo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani, vt iudicum à se datorum sententias exequantur *d. l. à Diuo Pio.* non quasi Prætor ipse in executione iudicati capiat pignora, sed quia ad hoc ipsum dat iudicem pro exequendo iudicato, vt quiuis intelligat authoritate ipsius fieri executionem, non iudicis pedanei ad hoc dati: nec immeritò, cùm sententiæ vigor in executione consistat *l. pen. C. de execut. rei iudic.* Sunt tamen pleræque differentiæ inter pignus prætorium & iudiciale, sicut & inter pignus prætorium & conuentionale, quas nos latiùs prosecuti sumus in libris Coniecturarum, neque hîc repetere attinet. Hoc tantùm notare placet adeò verum esse quod Vlpianus hîc scribit, Pignus à magistratu cōstitui posse, vt maioris potestatis illud sit, quàm si ex domini voluntate per pactionem constitutum esset, nimirum propter interueniētem magistratus & iudicis authoritatem *d. l. 3. §. 1. infr. de reb. eor. qui sub tutel.* vbi hanc ob causam scriptum est, pignori capi iussu magistratus vel Præsidis, vel alterius potestatis, & distrahi fundum pupillarem posse: sed & in possessionem mitti rerum pupillarium à Prætore quem posse, & ius pignoris contrahi siue legatorum seruādorum causa, siue damni infecti nomine. Has enim obligationes, & alienationes locum habere, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate fiunt, sed ex magistratuum authoritate.

a *Cùm testamento quoque pignus constitui posse.* RAT. DVB. Testator plus facere potest quàm Prætor, aliùsve magistratus quilibet. Potest enim testator facere non modò ius, sed etiam legem *§. disponat Nouell. 22. de nupt. l. verbis legis 120. de verb. signific.* vnde & testamenti factio dicitur iuris publici in *l. 3. infr. qui testam. facer. poss.* At neque Prætor, neque alius vllus magistratus legem facere potest *§. quos autem Instit. de bonor. poss.* adeoque nec Senatus ipse, sed tantùm similem legi constitutionem, vt ibidem scriptum est: non enim ambigitur quidem Senatum ius facere posse *l. non ambigitur 9. supr. de legib.* At ius facere multò minùs est, quàm facere legem. Nam & prętor ius facit *l. nam & ipsum ius 8. de iustit. & iur.* Ergo non est bona consecutio & ratiocinatio Vlpiani, vt pignus à magistratu constitui possit, quia & à testatore potest. Nec enim valet argumentum à maiori ad minus affirmatiuè, sed negatiuè tantùm. Sicut è contrario à minori ad maius non valet negatiuè, sed affirmatiuè duntaxat.

DEC. Magistratus omnes sunt legum, & iuris ciuilis executores, & quamuis non possint legem facere, faciunt tamen ex præscripto, & authoritate legum quod faciunt, ideoque tantam potestatem habent, quantam lex ipsa, cuius viuam quodammodo vocem repræsentant, vt suprà dicebamus ex *d. l. nam & ipsum 8. de iustit. & iur.* Itaque non minoris sunt potestatis & authoritatis, quàm testator quilibet. Imò tanto maioris quod personam publicam gerunt, & officium publicum exercent. Testatoris autem persona priuata est, cui nec legem facere licet, nisi ex mera legis indulgentia, legis scilicet duodecim tabularum, quæ testamentorum ius confirmauit iis verbis, *Paterfamilias vti super sua re legassit,* id est, vt alibi interpretati sumus, *legem fecerit, ita ius esto d. l. verbis legis.* Quod autem magistratus facit, non ex indulgentia legis facit, sed *propter vim imperij,* vt Pau-

lus loquitur in *l. cùm Prætor 12. §. 1. supr. de iudic.* quamuis imperium illud habeat à lege & à populo qui solus legem facere potest. Habent enim magistratus omnes hanc potestatem iure magistratus, nisi si quid eis specialiter lege, vel senatusconsultis vel principum constitutionibus tributum sit *l. 1. supr. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* Quidni ergo magistratibus licebit, quod etiam priuato cuilibet testatori concessum est, vt pignus testamento constituere possit: Nam testamento constitui pignus posse non dubitatur *l. Lucius 12. infr. de alim. legat.* non ergo in codicillis, quia non continent solemnem volũtatem, nisi cùm sunt testamentarij, quo casu vires capiunt ex testamento *l. 2. §. 1. de iur. codicill.* Ratio tamen dubitandi illa afferri potest ad hunc versiculum, quòd pignus non constituatur, nisi vel conuentione vel traditione *l. 1. supr.* quorum tamen neutrum in testamento interuenit, sed decidendi ratio est, quia potest testator rei suæ quam vult legem dicere, adeoque rei suæ dominium etiam post mortẽ suam citra traditionẽ transferre *l. 1. in fin. & l. 2. supr. de Public. in rem act. l. legatum 80. de leg. 2.* Quanto magis nudũ pignus constituere?

1 ¶ Sciendum est, vbi iussu magistratus pignus constituitur, non aliàs constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.

Ad §. 1. Sciendum est.

Rat. dub. Missio in possessionem vice traditionis est, quia semper incipit Prætor à missione in possessionem, vt possessionem transferat, sine qua nihil in re aliena fieri potest, præsertim verò cùm id agit Prætor, vt dominium bonitarium in aliquem transferat (quiritiarium enim non magis transferre potest, quàm legem facere *§. quos autem Instit. de bonor. possess. iunct. §. vlt. de hered. qualit. & differ.*) aut pignus: vtrumque enim traditionem requirit regulariter, nisi quod ad constituendam hypothecam sufficit nuda conuentio, nec translatio possessionis necessaria est *l. 1. supr. l. cùm & sortis 35. §. 1. infr. iunct. l. si rem 9. §. propriè supr.* Atqui plus potest facere magistratus quàm testator propter authoritatem quam habet à Republica, vt proximè diximus. Testator autem pignus in testamento suo constituere potest, nuda voluntate, adeoque etiam absente creditore *l. Lucius 12. infr. de alim. & cibar. legat.* Ergo & pignus prætorium multo magis constitui poterit sola voluntate & authoritate Prætoris, priùs etiam quàm ventum sit in possessionem.

Dec. Pignora sicut & dominia à naturali possessione cœperunt *l. 1. infr. de acquir. possess.* Vnde & pignoris nomen deductum est, quasi à pugno *l. plebs est 238. §. pignus de verbor. significat.* Vt verò cœperit pignus posse constitui nuda conuentione factum postea est à Prętoribus ad publicam hominum & commerciorum vtilitatem respicientibus *§. item Seruiana Instit. de action.* Atqui cùm Prætor se interponit in constituendo pignore siue prętorio siue iudiciali, nihil aliud agit, nisi vt suppleat & repræsentet factum debitoris, vt pignus à magistratu constitutum, à debitore ipso constitutum videatur *l. si ob causam. 13. C. de euict.* Id enim est quod iactari solet factum Prætoris aut iudicis esse factum partis, & in vicem iustæ obligationis succedere authoritatem iubentis, vt scriptum est in *l. 1. Cod. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Iusta autem obligatio pignoris, id est, iure ciuili non prætorio introducta, vt in *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* illa est quæ per intercedentem traditionem contrahitur. Necesse igitur est, vt Prætor aliquid faciat in constituendo pignore prætorio, quod sit vice traditionis, eiusmodi porrò est missio in possessionem, quam traditioni æquipollere constat *l. 4. §. duas ergo res & seq. l. Prætoris 5. & pass. de damn. infect.* Nihil porrò refert quid ex æquipollentibus fiat *l. vlt. §. 1. infr. mandat. l. mulier. 22. §. Brasidas ad SC. Trebell.* Cur ergo aliud est, inquies, in pignore iudiciali, quod non per missionem in possessionem constituitur vt prætorium, sed per solam capionem *d. l. à Diuo Pio per tot. de re iudic.* Respondeo, Imò verò capionem pignoris iudicialis pro traditione esse. Quid enim aliud est tradere, quàm facere, vt corporalem possessionem quam quis habet, alius capiat? Sed differentiam in eo tantùm esse, quòd in pignore prætorio constituendo nulla fit capio pignoris, sed in iudiciali tantùm: In iudiciali verò nulla missio in possessionem, vt in prætorio, sed tantùm capio, nempe quia Prętorium constituitur ad dandam custodiam, & obseruationem bonorum, quæ porrò non aliter dari potest, quàm si actor mittatur in possessionem *l. 3. §. vlt. de acquir. poss. l. cùm legatorum 12. de reb. author. iudic. possid.* vt tædio longæ possessionis extorqueat cautionem vel solutionem *d. l. 4. §. si duretur & pass. de damn. infr. l. is cui 5. in princip. infr. vt in possess. legat. vel fideic. seruand. caus.* At pignus iudiciale non capitur, nisi vt statim distrahatur, & quidem præsenti pecunia *d. l. à Diuo Pio §. si pignora §. sed si emptor & pass. de re iudic.* Vt autem venditio fiat ex eiusdem magistratus authoritate, ex qua & capio fit, non est necessaria missio in possessionem, quæ etsi non esset impedimento venditioni: *Tit. de reb. author. iudic. possid.* venditionis tamen differendæ & retardandæ causam ac materiam præberet. Iunge *l. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. possid.* vbi dicitur pignus prætorium acquiri non tantùm personæ creditoris postulantis se mitti in possessionem, sed creditoribus omnibus quasi in rem facta concessione.

27. Idem libro 6. Opinionum.

PEtenti mutuam pecuniam creditori, cùm præ manu debitor non haberet, species auri dedit, vt pignori apud alium creditorem poneret: si iam solutione liberatas, receptásque eas, is, qui susceperat, tenet: exhibere iubendus est. quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt [a]: voluntate domini nexæ videntur: sed, vt liberatæ tradantur, domino earum propria actio aduersus suum creditorem competit.

Ad l. Pe-

Ad l. Petenti 27.

RAT. DVB. Actio pignoratitia directa competit debitori aduersus creditorem statim atque finitum est pignus, & liberatum per solutionem pecuniæ pro qua datum fuerat, *l. si rem 9. §. omnis pecunia & l. solutum 11. & pass. supr.* Atqui ponimus in specie huius legis species auri quas repetenti mutuam pecuniam creditori debitor cùm præ manu non haberet, dederat, vt pignori apud alium creditorem poneret, iam solutione liberatas, receptasque à secundo debitore, qui eas creditori suo pignori dederat. Ergo ad eas recuperandas pignoratitia actio competit primo debitori aduersus proprium creditorem, nec necesse est, vt agat ad exhibendum. Habet enim actio illa hoc incommodum, quod etsi datur omnibus quorum interest, non tamen contra alium datur, quàm qui possidet *l. 3. §. sciendum §. vlt. & l. seq. supr. ad exhib.* cùm tamen pignoratitia actio quæ tota personalis est, nec in rem scripta, detur etiam contra non possidentem. DEC. Non potest actio pignoratitia ei competere, qui ipse pignori non dedit, nec similiter contra eum qui pignori non accepit: nec enim nisi de pignore dato proponitur *l. penult. infr. l. fideiussor 32. supr. de negot. gest.* Atqui has species auri de quibus tractamus neque primus debitor pignori dedit, neque primus creditor accepit in pignus, sed in hoc tantùm vt eas ipse alteri pignori obligaret: quod longè diuersum est. Non igitur potest inter has personas actio pignoratitia locum habere. Actio igitur ad exhibendum necessaria est contra primum creditorem, si is res debitoris sui datas pignori suo creditori possideat liberatas iam à secundo creditore. Sed & vindicatio earum rerum habere locũ potest, vt bene Accursius notat. Quod enim ponimus debitorem has auri species dedisse suo creditori, non sic accipi debet quasi earum dominium in creditorem suum transtulerit, quæ propria dandi significatio est *l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* (nulla enim hîc subest satis iusta causa transferendi dominij sine qua tamen nunquam dominium transfertur *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.*) sed ita vt simpliciter tradiderit suo creditori ad dandas eas pignori, & vt in iis pignus constitui posset à primo creditore per traditionem. Neque verò vt valeat pignus, necesse est translatum fuisse rerum dominium in eum qui pignorauit, sed satis est vt nexæ sint res & obligatæ ex voluntate domini, quomodo scriptum est in hac lege, & in *l. aliena 20. supr. hoc tit.* Sed & obseruandum est, non loqui hîc Vlpianum de pignore pignori dato, siquidem eo casu per solutionem factam primo creditori, pignus liberatum esset à secundo *l. debitor 40. §. vlt. infr. l. 1. & 2. C. si pign. pignor. dat. sit. l. de accessionibus 14. §. & si mihi infr. de diuers. tempor. præscript.* sed de speciebus auri simpliciter, vt diximus, traditis vt à primo creditore alij creditori darentur pignori. Addit Accursius, nec malè, præter actionem ad exhibendum & vindicationem, competere in hac specie debitori etiam propriam actionem, id est, quæ propriè & ex natura huius contractus nascitur: actionem scilicet præscriptis verbis, vt idem Accursius interpretatur. Non quia soleat ea actio competere quoties alia deficit quæ certum nomen nõ habeat *l. quoties 11. & pass. inf. de præscr. verb.* (competit enim hoc casu etiam nominata actio commodati, vt Accursius concludit, & Bartolus benè probat ex *l. 5. §. rem tibi dedi 12. supr. tit. prox. l. 3. C. eod. tit. commod.*) Sed quia nihil vetat actionem præscriptis verbis cum alia quoque competere *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* licèt tutius sit agere præscriptis verbis quoties vel minima incurrit hæsitatio an alia competat *l. si gratuitam 17. in princip. l. Titius 24. de præscr. verb.* propter periculum quod subest malè electæ actionis, quamuis eo casu actio præscriptis verbis assumat naturam & præstationes ferè omnes eius actionis nominatæ & bonæ fidei ad quam contractus proximè accedit *d. l. Titius l. eum qui 10. §. 1. supr. tit. prox.* quod & Bartolus hîc notat. Quamquam quomodo accipiendum illud sit, dicemus latiùs ad *d. l. Titius & ad l. naturalis §. penult. eod. tit.*

a *Quòd si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt.* RAT. DVB. Is qui species istas auri creditori suo dedit, vt eas alij creditori obligaret, nõ ideò videri potest dedisse illas pignori ei, cum quo non contraxit. Pignus enim siue traditione siue nuda conuentione contrahatur, mutuã semper voluntatẽ exigit & eius qui dat, & illius cui datur *l. 1. sup. l. in omnibus negotiis 57. de oblig. & act. l. 1. §. 1. supr. de pact.* Ergo etiam hoc casu, id est, tum quoque cùm species auri apud creditoris creditorẽ adhuc sunt, dicendũ est, æquè contra eum cõpetere actionem, non quidem præscriptis verbis, quæ ex cõtractu nascitur: sed actionem ad exhibendum, & vindicationem quæ ex præsenti possessione nascuntur *l. non aliàs 24. §. sed si postulatur sup. de iudic. l. vnic. C. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. 3. §. vlt. supr. ad exhib.* atque si is possideret cui datæ sunt, vt pignori darentur.

DEC. Quoties pignus à non domino datur ex domini voluntate, perinde tenet in præiudicium domini atque si ab ipso domino datum esset, nec tantùm si ab initio voluntas domini interuenerit, sed etiam si ex postfacto per ratihabitionem secuta sit *l. aliena 20. supr. hoc tit. l. si fundus 16. §. 1. infr. de pignor. l. pen. & vlt. C. si res alien. pignor. dat. sit.* Atqui ponimus in huius legis specie nexas fuisse & obligatas auri species, à non domino quidẽ, sed tamen ex domini voluntate, qui eas dederat ob hoc ipsũ vt pignori obligarentur. Ergo non est permittendum debitori eidemque domino vt eas vindicet à creditore creditoris, vel per actionem ad exhibendum eas persequatur quousque solutum sit ei debitum, pro quo sunt pignoratæ, non magis quàm si is ipse dominus illas pignori dedisset. Veniret enim contra factum suum & ad suam vtilitatem, quod nemini vnquam conceditur *l. post mortem 25. supr. de adopt. l. etsi 10. infr. de distract. pignor. l. si non sortem 26. §. si filiusfamilias supr. de condict. indeb.* Superest ergo vt qui res suas creditori suo dedit vt eas alij creditori pignoraret, contra eundem suum creditorem agere debeat. Non quidem vindicatione aut actione ad exhibendum, vt in priore casu, cùm non possideat, sed propria actione ex contractu, id est, vt iam cum Accursio interpretati sumus, præscriptis verbis, quæ ex hoc contractu omnimodo competit, hoc est, siue gratuito, siue accepta mercede, aut qua alia re loco mercedis species illæ auri datæ proponantur: quod in actione commodati diuersum est; quæ licet in hac quoque specie competat si gratuitum commodatum fuit, non tamen competeret si gratuitum non esset *dict. l. 5. §. rem tibi dedi supr. titul. proxim. iunct. dict. l. 3. Cod. commod. l. si gratuitam 17. aliàs l. si rem tibi §. si cum vnum bouem infr. de præscr. verb.* dummodò sciamus non eo minùs gratuitum esse hoc commodatum quod à debitore factum sit præ manibus non habente pecuniam quæ ab

eo petebatur. Non enim mercedis loco haberi potest quod huiusmodi siue officio siue beneficio debitor à creditoris interpellatione se liberauerit, sibique longiorem solutionis faciendæ diem acquisierit. Adeò vt priùs etiam quàm debitor creditori suo soluerit debitam ei pecuniam, nihilominùs agere contra eum possit supradicta actione, vt pignus à se datum creditori suo liberet, tum reddat, quoniam actioni Commodati nulla retentio debiti obiici potest, vt rectè concludit Accursius, & post eum Bartolus ex *l. vlt. C. commod.* sed tantùm actioni pignoratitiæ *l. si rem 9. §. omnis pecunia. & §. vlt. sup. hoc tit.* quæ porrò locum habere hîc non potest aduersus eum cui pignus datum non est, sed tantummodò permissum, vt res sibi traditas alij pignori daret.

28. IVLIANVS libro 11. Digestorum.

SI creditor, qui rē pignori acceperat, amissa eius possessione, & Seruiana actione petierit, & litis æstimationem consecutus sit: postea debitor eandem rem petens, exceptione summouetur: nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est.

Ad l. Si creditor 28.

RAT. DVB. Litis æstimatio similis quidem est emptioni, adeò vt possessor qui litis æstimationem obtulit, incipiat pro emptore possidere *l. 1. l. 2. §. vlt. & l. 3. infr.* & quod magis est, dominium rei nanciscatur, si modò præsens res fuit *l. eius rei 46. & seq. supr. de rei vindic. l. sed & si 7. §. 1. de Publician. in rem act. l. si propter 22. infr. rer. amot.* Sed id intelligi debet, cùm litis æstimatio soluta est domino. Alioqui non potest dominium transferre is qui non habet, sed vsucapiendi tantùm facultatem *l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. clauibus 74. de contr. empt.* Atqui ponit Iulianus in specie huius legis, solutam fuisse litis æstimationem non domino, sed creditori, qui amissam pignoris possessionem per Seruianam actionem petierat. Non potest igitur ea solutio acquirere dominium vllum possessori, neque exceptionem vllam aduersus debitorem, eundemque dominum rem suam vindicantem, cùm eiusmodi solutione non fuerit debitor liberatus à creditore, quippe cui possessor litis æstimationem soluit non debitoris nomine, sed suo, vt se à proposita actione liberaret *l. Papinianus 28. infr. mandat. l. si quid possessor 31. in princip. supr. de hered. petit.* DEC. Dolo facit quisquis per iuris ciuilis occasionem cōtra æquitatem naturalem lucrum captat ex damno alieno *l. 1. infr. de doli mal. except.* Atqui cùm creditor Seruiana, aut potiùs quasi Seruiana actione pignus petiit, ad auocandam à possessore possessionem quam amiserat, & litis æstimationem à possessore consecutus est, hoc ipso fit locupletior debitor ex pecunia possessoris, quoniam ex illa solutione acquiritur debitori exceptio doli aduersus creditorem, si fortè is post acceptam à possessore litis æstimationem pergat debitum petere *l. sicut 8. §. vlt. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* quandoquidem dolo etiam facit, qui bis idem consequi velit, quamuis à diuersis personis *l. si quis dolo 51. §. 1. in fin. de re iudic.* Ergo & doli mali exceptione repellendus est debitor, si pignoratam rem vindicare velit à possessore, qui litis æstimationem obtulit, nec offerat ipse debitum quod pro eo solutum est. Lego enim hîc pro *debitor, debitum,* vt in *l. 2. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* vbi eadem ex Caio quæ hîc ex Iuliano sententia proponitur. Sed alia tamen atque alia hoc & illo casu concedendæ doli exceptionis ratio est. Creditor qui postquàm litis æstimationem à possessore per Seruianam consecutus est, si contra debitorem agat, ideò doli exceptione repellitur, quia bis idem exigit, vt diximus: Debitor verò qui à possessore rem vindicat, pro qua possessor litis æstimationem obtulit, quam nolit debitor reddere, idcirco doli exceptione summouetur, quia id agit, vt ex aliena iactura locupletetur, & ex alterius pecunia partam exceptionem sibi retineat, vt & in specie *l. emptor 63. supr. de rei vindic. l. communi 7. §. inter eos 12. commun. diuid.* Cuius exceptionis ope tantundem in effectu consequitur, quantùm si ipso iure liberatus esset. Quid enim refert, an liberatus sit ipso iure, an verò acquisiuerit sibi exceptionem perpetuam & fauorabilem, qua tutus possit creditorem suum repellere? *l. nihil interest 112. de regul. iur.* Nam & actionem contra eum dandam esse possessori ad repetendum quod pro litis æstimatione soluit, putat Accursius quamuis dubitanter ex *l. qua vtiliter 45. §. 1. sup. de negot. gest.* Quod tamen non puto verum, quia ponimus possessorem hunc litis æstimationem soluisse non alieno nomine, vt in *d. §. 1. sed suo.* nec vt alium sibi obligaret, sed vt se liberaret. Proinde exceptionē tantùm habere debet, non actionem, vt Bartolus Accursium reprehendens bene notat, & probatur ex *l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. si quis cùm 29. supr. commun. diuid.*

1 ¶ Si seruus pro peculiari nomine pignus acceperit, actio pignoratitia aduersus dominum debitori competit.

A §. 1. Si seruus.

RAT. DVB. Non datur actio pignoratitia, nisi ei qui pignus dedit, nec contra alium, quàm eum qui ipse pignori accepit, vt diximus ad *l. prox. supr.* Atqui cùm seruus accepit pignus licèt peculiari nomine, verum est seruum ipsum accepisse pignus, non autem dominum. Pignoris enim datio sicut & traditio facti est *l. consilio 7. §. vltim. infr. de curat. furios.* Quæ autem facti sunt non transeunt à seruo in dominum *l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* Ergo non potest hoc casu pignoratitia actio debitori contra dominum competere.

DEC. Quicquid in re peculiari facit seruus, ex domini sui voluntate facere intelligitur, præsertim cùm meliorem peculij causam facit: quomodo facit quisquis pignus accipit. Nam si agatur de re peculiari quam seruus pignori dederit, adhibenda distinctio est, an seruus liberam admini-

administrationem peculij habuerit, vt eam rem alienare quoque potuerit, cùm per dationem pignoris etiam ad alienationem perueniatur *l. si conuenerit 18. §. vlt. & l. seq. supr.* Ergo cùm seruus peculiari nomine rem aliquam accepit, perinde haberi debet ac si dominus ipse accepisset. Porrò si ipse accepisset, non dubitaretur, quin soluto debito actione pignoratitia teneretur. Consequens igitur est vt ex contractu serui perinde teneri debeat: cum hac tamen differentia, quòd ex proprio suo contractu teneretur in solidum. Ex contractu verò serui non tenetur, nisi de peculio & de in rem verso, & si quid dolo malo ipsius captus fraudatusque actor est *l. in bonae fidei 36. infr. de pecul.* Alioqui nulla superesset actio debitori ad sui pignoris repetitionem, quandoquidem cum seruo ipso nulla actio esse potest *l. cum seruo 107. de regul. iur.* Quamquam non haec vera & germana ratio fuit inducendae actionis de peculio, (nec enim haberet locum aduersus patrem ex contractu filiifamilias, quippe qui ex omnibus penè causis, & agere & conueniri potest *l. filiusfamilias 39. de oblig. & act.*) sed quia tam dominus quàm pater concedendo peculium seruo & filiofamilias permittunt iis, vt de re ac negotio peculiari pro arbitrio contrahant, dummodò citra alienationem & oppignerationem, nisi liberam peculij administrationem dederint, vt diximus. Ideoq; aequum est vt ex eorũ facto & persona teneantur, non quidem in solidum, sed ad finem vsque peculij *l. si quis cum filiofamilias 44. & pass. infr. de pecul.* si tamen actio ex contractu veniat non etiam si ex delicto *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* Ex delicto enim serui noxalis tantùm non de peculio in dominum actio est, in patrem verò ex delicto filij nulla.

29. IDEM libro 14. Digestorum.

SI rem alienam bona fide emeris, & mihi pignori dederis, ac precariò rogaueris, deinde me dominus heredem instituerit: desinet pignus esse, & sola precarij rogatio supererit [a], idcirco vsucapio tua interpellabitur.

Ad l. Si rem alienam 29.

RAT. DVB. Non potest desinere pignus esse, quod nunquam fuit *l. si in diem 46. l. Titio vsusfructus 96. infr. de condic. & demonstr. l. non potest videri 208. de regul. iur.* Atqui pignus rei alienae quamuis bona fide possessae datum purè citra domini voluntatem ab initio non valuit *l. alienã 20. supr. hoc tit. l. si fundus 16. §. aliena res infr. de pignor.* Ergo nec potest desinere pignus esse ob id solùm, quòd in creditoris dominium venerit. DEC. Ius creditoris pignus accipientis pendet ex iure debitoris pignus dantis. Et ideo quemadmodum si nullum ius in re pignorata debitor habuit, nullum quoque ius pignoris transferre in creditorem potest. Ita si ius aliquod habuit, quamuis non veri dominij, sed quasi dominij, dicendum est eum dando rem pignori ius quasi pignoris in creditorem transtulisse videri *l. tutor 16. §. vltim. supr.* Atqui bonae fidei possessor alienae rei cum titulo iusto, quia eam vsucapere potest, vtique Publicianam habet eius rei nomine ad eam vindicandam, si qua fortè de causa sine culpa sua possessionem eius amiserit, quia Praetor fingit eum vsucepisse, habetque illum interim pro domino *§. namque Instit. de action. & tot. tit. de Publician. in rem action.* Ergo si ab eo qui Publiciana vti potuit pignus acceperim, sic tueri me debet Praetor per Seruianam, quemadmodum debitorem per Publicianam, vt Paulus scribit in *l. si ab eo 18. infr. de pignor.* Vtraque enim actio praetoria est, nec haberet Praetor bonae fidei possessorem pro domino, & pro eo qui iam vsucepisset, si non tueretur pignus ab eo datum, praesertim cùm bonae fidei possessor quod ad fructus pertinet, penè domini loco sit, vt idem Paulus loquitur in *l. bona fidei 48. de acquir. rer. domin.* Fructus autem rei sit vel pignori dare licere *l. vltim. infr. de vsur.* Idem ergo iuris constitui debet de pignore dato à bonae fidei possessore, quod constitueretur si à domino ipso datum esset, scilicet quandiu ius bonae fidei possessoris durat, id est, quandiu euicta res non est: secuta enim euictione non potest durare ius quasi pignoris, quod etiamsi à vero domino datum esset, qui posteà dominus esse desineret ex antecedente causa, hoc ipso statim euanesceret *l. lex vectigali fundo 31. infr. de pignor. l. vbi autem 4. aliàs l. si ex duobus §. sed & Marcellus de in diem addict.* Atqui pignus etiam à vero domino constitutum extinguitur, nec potest perseuerare, postquàm creditor factus est dominus irreuocabiliter *l. eleganter 24. supr. l. penult. §. 1. infr. de except. rei iudic. l. debitor 59. ad SC. Trebell.* Ergo & in huius legis specie si rem alienam bona fide emeris, & mihi pignori dederis, ac precariò rogaueris, deinde me dominus heredem instituerit, desinet pignus esse. Sequitur

a *Et sola precarij rogatio supererit.* RAT. DVB. Quoties debitor rem pigneratam precariò rogauit, soluta pecunia, non minùs precarium quàm pignus soluitur, quia id actum videtur vt eo vsque duntaxat & precarium & pignus teneret *l. si debitor 11. infr. de precar.* sicut nec precarium magis quàm pignus rei propriae potest consistere *l. neque pignus 45. de regul. iur.* Ergo similiter dicendum est, tum quoque cùm pignus per acquisitionem dominij à creditore quoquomodo factam extinctum est, non magis rogationem precarij quàm pignus superesse.

DEC. Nihil commune habet proprietas cum possessione *l. naturaliter 12. §. 1. infr. de acquir. poss.* neque harum rerum siue nomina siue iura permisceri & confundi debent *l. penult. eod. titul.* Proprietas enim iuris est. Possessio autem magis facti quàm iuris *l. 1. §. si vxor eod. l. denique 19. supr. ex quibus caus. maior.* licèt ipsa quoque plurimùm ex iure mutuetur *l. possessio 49. in princip. & §. 1. de acquir. poss.* Atqui precarij rogatio non proprietatem respicit, sed possessionem *l. certè 6. §. vltim. de precar.* Ergo siue dominus ab initio fuerit debitor, qui pignus dedit, & precariò rogauit, siue cùm bonae fidei tantùm possessor esset pignus dederit ei, qui posteà dominus effectus sit, dicendum est precarium tenere etiam extincto pignore in posteriore casu. Pignus enim etiam ius proprietatis afficit,

non solam possessionem *leg. qui pignoris 36. de acquir. possess. leg. qui à seruo 16. infr. de oblig. & action.* idque adeò verum est, vt extincto quoque pignore per solutionem pecuniæ debitæ, precarium tamen perinde durare dicendum esset, si non illud actum videretur, vt eo vsque duntaxat pignus duraret, vt scriptum est in *d. l. si debitor.* Nempe quia in hoc casu pignoratitia competit, & desinit debitor esse debitor, quem tamen verisimile est, non alia de causa precariò rogasse, quàm vt tandiu possideret precariò, quandiu debitor remaneret, quandoquidem nec vlteriùs extendi pignoris dandi causa potest. At non similiter dici potest id actum videri inter debitorem & creditorem, vt eo vsque precarij rogatio teneret quousque creditor dominus pignoris efficeretur. Non enim de alia dominij acquisitione cogitari potest, cùm pignus bona fide datur & accipitur, id est, eius rei quam contrahentes credunt esse debitoris cùm sit aliena, quàm de illa quæ in pignoribus bene & à vero domino constitutis locum habere potest, per dominij impetrationem de qua in *l. eleganter 24. supr. & tot. tit. C. de iur. domin. impetr.* Quòd si creditor dominus pignoris fiat tanquam institutus heres à vero domino, pignus quidem hoc casu æquè soluitur, sed ex necessitate iuris, vt loquitur Bartolus, non quia de eo actum aliquid aut cogitatum sit. Nam quemadmodum plerunque etiam extra, id quod agitur tacita obligatio nasci potest *l. si is qui 13. in fin. supr. tit. prox.* Ita nec quicquam vetat extra id quod agitur obligationem siue pignoris, siue alterius rei cuiuslibet finiri certis suis & legitimis modis. Nec quod precarium rei propriæ consistere non possit, ad rem pertinet, vt quis inferat non posse precarij rogationem superesse, quæ nunquam constitit: id enim ad eum casum restringi debet quo is qui dominus est, nesciat se dominum, sed errans, precariam rei suæ possessionem rogauerit, aut si cùm se dominum sciret, non transtulerit ipse possessionem rei suæ in alium, quomodo is sanè transfert, qui dat eam pignori. Creditor enim pignoratitius verè possidet ad omnes causas præterquàm ad causam vsucapionis *l. serui nomine 16. infr. de vsucap.* eaque creditoris possessio sicuti iusta est, ita iustam precarij à creditore constituendi in pignore materiam præbet, vt hoc plus iuris in pignore habeat debitor, qui precariò possidet, quàm si extra causam vsucapionis omnino non possideret, vt Iulianus scribit in *d. l. qui pignoris.* Neque priuandus est debitor eo commodo possessionis, si creditor consentiat *d. l. certè §. vlt. & l. seq. de precar. l. si aliquam 28. de acquir. poss.* Et si verò tum consensit, cùm pignus accipiebat, priusquàm dominus fieret rei pigneratæ, nihil tamen adfert superueniens dominij acquisitio in persona creditoris, ex alia quàm pignoris causa, propter quod dicendum sit, finiri precarium debere: Cùm satis esse debeat creditori, eidemque effecto domino, quod precarium illud reuocare quandocunque potest ex natura precarij *l. 2. & pass. de precar. l. Lucius 32. infr. de donat.* Cæterùm nihil prohibet interim & creditorem esse dominum, & debitorem etiam post amissum dominium pignoris, manere nihilominùs possessorem: nam nec pignoris dandi causa finita est dominio creditori acquisito, quandiu soluta pecunia non est. Quare nec aliud probandum esset etiamsi creditor à debitore pignus emisset, quod vtique facere pro suo iure potest *l. rescriptum 12. in princip. infr. de distract. pignor.* Habebit ergo hoc casu creditor interdictum de precario, aduersus debitorem, si nolit ille precariam possessionem reddere *d. l. certè §. vlt. de precar.* Sed & vindicationem tanquam dominus, & condictionem ex lege, vt bene addit Accursius ex *l. si quis condictionis 25. Cod. de locat.* Nec enim ea constitutio in solo contractu locationis habet locum, sed etiam in precario, commodato, pignore, & similibus; vt rectè post Accursium Bartolus hîc concludit. Maximè verò quod nec pignoratitia debitori, competere hoc casu potest aduersus creditorem, qui ex noua causa & post acceptum pignus, dominium rei obligatæ nactus est *d. l. aliena 20. §. vltim. supr.* Itaque quod hîc Iulianus scribit, solam precarij rogationem superesse, noli sic accipere, quasi concedat creditori solum interdictum de precario, alias verò actiones, quas diximus, id est, condictionem ex lege, & vindicationem ei deneget, sed vt idem Accursius interpretatur ad exclusionem solius hypothecariæ, & quasi Seruianæ actionis. Hoc nimirum sensu, vt ex contractu pignoratitio, qui duplicem illam conuentionem & pignoris & precarij continebat, sola supersit rogatio precarij post acquisitum creditori dominium: non etiam vlla pignoris obligatio sine qua tamen competere Seruiana non potest, quæ alioqui competeret iure prætorio, si pignus duraret, dixi iure prætorio, ex quo scilicet inductum est, non tantùm vt ex pacto nudo hypothecæ citra vllam traditionem, & obligatio nascatur & actio quasi Seruiana ad auocandam iure cuiusdam vindicationis possessionem *d. l. si fundus 16. §. in vindicatione infr. de pignor. l. si cùm venditor 66. infr. de euict.* sed etiam vt obligatione pignoris per traditionem contracta si creditor aliquo casu possessionem rei obligatæ amiserit, eam persequi per eandem actionem quasi Seruianam possit *l. prox. in princip. supr.* Quod iure ciuili non ita erat, quippe ex quo nulla in rem actio prodita est possessori, qui nec vlla indiget ad possessionem retinendam, & pro qua etiam recuperanda, si eam amiserit, habet interdicta omnia recuperandæ possessionis.

b *Idcirco vsucapio tua interpellabitur.* RAT. DVB. Creditoris possessio prodest debitori ad vsucapionem *dict. leg. serui nomine 16. infr. de vsucap. leg. qui pignoris 36. de acquir. possess.* Atqui non minus iuris habet debitor, qui precariò possidet, quàm qui extra causam vsucapionis omnino non possidet *dict. leg. qui pignoris in fin.* Ergo siue dicamus eum qui precariò rogauit non possidere, sed possessionem penes eum qui concessit remanere, vt ab Vlpiano scriptum est in *dict. leg. certè 6. §. is qui precario de precar.* quia precarij rogatio non in hoc interponitur, vt debitor possideat, sed vt ei rem tenere liceat *leg. non solùm 33. in fin. de vsucap.* Siue admittamus nancisci eum possessionem, de quo nec Pomponius dubitat in *leg. & habet 15. §. eum qui eod. titul. de precar.* siue cum eodem Pomponio concludamus penes vtrumque esse possessionem. Penes eum quidem qui rogauit, quia possidet corpore. Penes eum verò qui concessit, quia non discessit animo possessionis fatendum est, per precarij rogationem factam à debitore, qui iure bonæ fidei possessoris cœperat vsucapere, non interpellari vsucapionem. Quod Iulianus disertis verbis concludit in *dict. leg. qui pignoris.* Nam neque rogatio precarij adimit ei bonam fidem, cùm non roget creditorem tanquam dominum, sed tanquam creditorem eundemque possessorem, cùm possessionis precarium sit, non proprietatis *d. l. certè §. vltim.* Neque rursus interrumpitur vsucapio per superuenientem malam

malam

malam fidem, si modo cum bona fide iustoque titulo inchoata fuit *l. si aliena 10. de vsucap. l. vnic. C. de transform. vsucap.* Multo minùs igitur per superuenientis dominium creditori, siue debitor id sciuerit, siue ignorauerit. DEC. Cùm creditor qui iure creditoris possidebat, incipit iure domini rem obligatam possidere, non iam quasi obligatam, vt antea: sed quasi suam, mutatur ei causa possessionis, quia incipit possidere pro suo, cùm prius possideret pro alieno *l. pignori 13. de vsucap.* id est, nomine debitoris, nec obstat si quis obiiciat, nemini licere possessionis causam sibi mutare *l. 3. §. illud de acquir. poss. l. 2. pro hered.* Id enim exceptionem habet, nisi nouus possidendi titulus superueniat *d. l. non solùm §. quod vulgo de vsucap.* Neque mutat hic sibi causam possessionis, sed ex noua iusta causa incipit rem suam sibi possidere. Rectè autem Iulianus hîc loquitur de re aliena pignori data. Nam si rem tuam cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignoranti tuam esse, hoc ipso desino vsucapere, quia non intelligitur quisquam rei suæ pignus contrahere, & per traditionem pignoris factam desij pignus possidere. At si nuda conuentione pignus contractum fuerit, nihilominùs vsucapiam, quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur, nec rursus quicquam intercessit, per quod desierem possidere *d. l. non solùm §. si rem.* Sic enim locus ille explicandus est. Cui conuenit quod Iauolenus respondit in *d. l. et à quo 21. eod. tit.* Si enim quo diutiùs pro herede possidendo fundum vsucapturus eram eum locauerim aut vendiderim, neque locationem neque venditionem vllius esse momenti, quia rei suæ neque conductio, neque emptio possit consistere, & tamen non durare vsucapionem, aut vt Tribonianus scripsit, *longi temporis præscriptionem* respiciens ad Iustiniani constitutionem in *l. vnic. C. de vsucap. transform.* quia cùm locationem & venditionem sequi debeat traditio, ne possessionem quidem retinui locando fundum domino. Nec enim videri possum hoc casu possidere per conductorē cùm locatio non teneat. Multo minùs per emptorem, qui etiā suo nomine possideret, si venditio teneret, quiq; possessor factus est per traditionem securā ex causa venditionis quantùlibet inualidæ: Sine possessione autem nulla procedere vsucapio potest, non magis quàm incipere *l. sine possessione 25. eod.* Iunge *l. qui à seruo 16. infr. de oblig. & action.*

30. PAVLVS libro 5. Epitomarum Alfeni Vari Digestorum.

QVi ratiario crediderat, cùm ad diem pecunia non solueretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit, postea flumen creuit, & ratem abstulit. si, inuito ratiario, retinuisset: eius periculo ratem fuisse, respondit. sed si debitor sua voluntate concessisset [a], vt retineret: culpam duntaxat ei præstandam, non vim maiorem.

Ad l. Qui ratiario.

RAT. DVB. In culpa est debitor qui ad diem non soluit, Cùm dies adiecta in contractu interpellet pro homine *l. magnam 13. C. de contr. & commut. stipulat.* Adeò vt si pecunia ad diem soluta non sit, committatur pœna etiamsi nullus promissoris heres fuerit, qui soluere potuerit *l. ad diem 77. de verbor. obligat.* Ergo si is qui ratiario crediderat, cùm ad diem pecunia non solueretur, ratem in flumine sua authoritate retinuerit, posteaque flumen creuerit, & ratem abstulerit, dicendum est, etiamsi ratiario inuito retinuerit, debitoris periculo ratem esse debere non creditoris. DEC. Non omnis culpa transfert periculum in suum authorem, sed ea demùm quæ, vt nostri loquuntur, ordinata est ad casum *l. si vt certo 5. §. sed interdum*, vbi diximus, *supr. tit. prox.* Atqui culpa illa debitoris, quod ad diem non soluerit, ordinata non est ad illum casum qui posteà contigit ablatæ per flumen ratis, sed culpa potiùs creditoris qui authoritate sua ratem retinuit, nulla conuentione, aut iussione Præsidis interueniente: quod iuris ratio non permittit *l. pen. C. hoc tit. l. 3. l. creditor 20. C. de pignor.* Causa enim proxima cur ratis perierit, & per inundationem fluminis sublata sit, non alia fuit, quàm quia creditor ratē in flumine retinuerit, quam si non retinuisset, vtique non illa periisset. Neque in hac specie tantùm id obtinet, vt in eum qui in culpa fuit, & cuius culpa periculo causam dedit, periculum transferatur: nam vt Accursius notat in omni violento possessore idem seruatur, vt periculum ad eum qui vim fecit pertineat *l. 1. §. rectissime & l. vlt. inf. de vi & vi armat. l. 1. C. quod met. caus.* Vis autē est quoties quis per se facit quod per iudicem facere deberet *l. extat 13. sup. eod. ill. tit. pen. & vlt. ad l. Iul. de vi priuat.*

a *Sed si debitor sua voluntate concessisset.* RAT. DVB. Etiam cùm ratem debitoris creditor retinuit ex sui debitoris voluntate, non eo minùs verum est, periisse ratem impetu fluminis, quod eam creditor in loco parum tuto retinuerit. Ergo non minùs in hoc quàm in superiore casu dicendum est, periculum amissæ ratis pertinere ad creditorem debere. DEC. Non est in culpa creditor qui ratem in flumine retinet ex debitoris voluntate, quoniam, vt ait Accursius, voluntas debitoris eum excusat vt in *l. cùm in plures 60. §. lege dicta infr. Locat.* Nec potest videri vlla volenti facta esse iniuria *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqu. pluu. arcend.* Imò in culpa est debitor qui creditori suo hoc permisit, cum prospicere debuerit futurum, vt hoc posset euenire *l. vlt. sup. tit. prox. l. si quis domū 9. §. idem quærit infr. Locat.* Ergo nihil causæ est cur periculum amissæ ratis ad eum pertinere debeat. Nisi in culpa aliqua esse proponatur, quæ porrò nulla argui potest, cùm vi maiore fluminis submersa nauis, aut aliter amissa est. Vim enim maiorem præstare neque creditor, neque alius quisquam debet, sicuti nec suam culpam impunè ferre *l. si cùm venderet 13. in fin. supr. l. contractus 23. de regul. iur.*

31. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

SI seruus pignori datus, creditori furtum faciat: liberum est debitori, seruum pro noxæ deditione relinquere quod si sciens furem, pignori mihi dederit [a],

&ſi paratus fuerit pro noxæ dedito apud me relinquere: nihilo minùs habiturum me pignoratitiam actionem, vt indemnem me præſtet. Eadem ſeruanda eſſe Iulianus ait [b], etiam cùm depoſitus, vel commodatus ſeruus furtum facit.

Ad l. Si ſeruus 31.

RAT. DVB. Quiſquis pignus dat, hoc ipſo pignoratitia actione contraria ſe obligat creditori, ad indemnitatem ei præſtandam, vt in hac ipſa lege ſcriptum eſt, & in *l. ſi rem alienam 9. in princip. & l. tutor 16. §. 1. ſup.* Indemnitatem, inquam, vt ſi quid damni propter rem obligatam creditori contigerit, totum id ei à debitore ſarciatur. Nec enim æquum eſt, damno vllo propter pignus affici creditorem, cui nec alia de cauſa pignus datur à debitore, quàm vt creditori cautum ſit & conſultum *l. ſi mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. adduci infr. de fideic. libert.* Atqui noxæ deditio non plenam tribuit indemnitatem, ſed in tantum duntaxat quanti eſt ſeruus qui pro noxæ dedito relinquitur, nec alius noxæ deditionis vſus eſt, quàm vt eo remedio ſibi dominus conſulat, ne ex delicto ſerui ſuprà quàm quanti ſeruus eſt, teneatur: quod eueniret, ſi damnum decidere præcisè cogeretur *l. 1. ſupr. de noxal. action. §. ſumma autem Inſtit. eod. l. Prætor ait 7. §. 1. infr. de damn. infect.* Ergo ſi ſeruum tuum mihi pignori dederis, qui furtum poſteà mihi fecerit, non debet eſſe tibi liberum, vt euites pignoratitiam actionem contrariam, plenamq́ue litis æſtimationem ſeruum pro noxæ dedito relinquere, quamuis ſeruum furem eſſe ignoraueris.

DEC. Iniquum eſſet nequitiam ſeruorum vltra ipſorum corpora dominis damnoſam eſſe *d. §. ſumma autem.* Satiſque eſt, vt ſeruis hactenus liceat dominorum ſuorum condicionem deteriorem facere, quàm meliorem efficere ſemper deberent, ex regula *l. melior 133. de regul. iur. l. ſoluendo 39. ſupr. de negot. geſt.* Atqui furtum ſerui tui à te pignorati oneraret te ex ſuo delicto vltra corporis ſui æſtimationem, ſi liberum tibi non eſſet, eum apud me pro noxæ dedito relinquere. Tibi ergo permitti hoc debet, nec pignoratitia contraria mihi hoc caſu danda eſt præcisè, ſed cum exceptione & facultate noxæ deditionis, vt in cęteris actionibus omnibus noxalibus, quę ex delicto ſerui contra dominum competunt *l. miles 6. § decem infr. de re iudic.* Nempe ſi ſeruum tuum furem eſſe ignoraueris. Nam ſi ſciueris aliud eſt, vt ſequitur in textu.

a *Quòd ſi ſciens furem pignori dederit.* RAT. DVB. Iniquum eſt, vt modo diximus, nequitiam ſeruorum vltra ipſorum corpora dominis damnoſam, & oneroſam eſſe *d. §. ſumma autem ratione Inſtit. de noxal. act. d. l. Prætor ait 7. §. 1. infr. de damn. infect.* Atqui etiam cùm ſciens debitor furem ſeruum dat pignori, ſeruus tamen ille eſt, qui furtum facit, non dominus. Igitur hoc quoque caſu liberum debitori eſſe debet, ſeruum ſuum pro noxæ dedito apud creditorem relinquere. Nec enim dominus qui ſcit ſeruum quem dat pignori, furem eſſe, hoc ipſo fur eſt, & quamuis ipſe quoque fur eſſet, non ideo tamen furtum feciſſe dici poſſet, nec rurſum furtum ſerui, furtum domini eſſet. DEC. Quod quis ex culpa ſua damnum ſentit, ſentire non videtur *l. quod quis 203. de regul. iur.* Atqui in culpa eſt debitor, adeoque in dolo, qui eum ſeruum quem dat pignori, ſcit eſſe furem, nec tamen admonet creditorem, vt à ſerui nequitia ſibi caueat, qui nec credendus eſt, accepturus eum pignori ſi furem ſciuiſſet, aut ſi accepiſſet, in cuſtodia eum habuiſſet: Ergo recuſare non poteſt debitor quominùs creditori qui à ſeruo fure ſcienter pignorato furtum paſſus eſt, pleniſſimam indemnitatem præſtet per pignoratitiam actionem contrariam. Non quaſi fur ipſe quoque ſit, ſed quia in culpa & dolo fuit, ſi modo ignoranti creditori eum pignori dederit, vt in *l. pen. ſupr. tit. prox.* Nam ſi ſcienti non videbitur fraudaſſe ſcientem & conſentientem creditorem, qui potiùs à ſeipſo deceptus ſit *l. nam ſi ſcit 26. ſupr. de rei vindic. l. tutor 16. §. ſed ſi ſciens ſupr. hoc tit.*

b *Eadem ſeruanda eſſe Iulianus ait.* RAT. DVB. Licèt alioquin æquum videatur, non oportere cuiquam plus damni per ſeruum euenire, quàm quanti ipſe ſeruus ſit. Multo tamen æquius eſt, nemini officium ſuum quod eius cum quo contraxerit, non etiam ſui commodi cauſa ſuſceperit, damnoſum eſſe *l. ſi ſeruus 61. §. quod verò infr. de furt.* vbi Africanus hanc ob rationem concludit, depoſitarium, itemq; mandatarium debere omnino indemnes præſtari ab eo qui depoſuit, vel mandauit emi ſeruũ furem, etiamſi furem eſſe ignorauerit, quamuis in mandato aliud ſenſiſſe Neratius videatur, quem Paulus refert in *l. inter cauſas 26. §. ſed cùm ſeruus infr. mandat.* cum illa ſcilicet exceptione, niſi mandatarij culpa aliqua interuenerit, quam exceptionem Africanus quoque probat in *d. l. ſi ſeruus §. hæc ita puto.* Ergo non eadem ſeruanda ſunt in ſeruo depoſito, quæ proximè diximus, ſeruanda eſſe in pignorato. Planè in commodato ſeruo idem eſt, quod in pignori dato, quia cùm ſolius commodatarij gratia commodatũ fiat, æquũ eſt, agi mitiùs cum commodante, vt ſi ignorauerit furem eſſe ſeruum quem commodabat, non niſi noxali actione ex furto ſerui teneatur, aut ex proprio dolo. Et quidem ita vt paulo remiſſiùs circa doli interpretationem verſari nos oporteat *d. l. ſi ſeruus 61. §. circa commodatum.* Neque hoc vllam recipit dubitationem, aut dubitandi rationem *d. l. pen. ſupr. tit. prox.*

DEC. Referendus eſt hic verſiculus ad id quod proximè Africanus ſcripſit, ſi ſciens furem mihi pignori dederis, etiamſi paratus fueris, eum pro noxæ dedito apud me relinquere, nihilominùs habiturum me pignoratitiam actionem, vt indemnem me præſtes. Nam & in depoſito quod ſolius deponentis gratia fiat, idem ſeruandum eſt, vt qui ſciens furem ſeruum depoſuit multo magis in ſolidum & omnino teneatur contraria depoſiti actione: Cùm in eo hoc amplius ſit, quod etiam ignorans in ſolidum nihilominus tenetur, nec ſola noxæ deditione liberatur, vt idem Africanus ex eodem Iuliano ſcribit in *d. l. ſi ſeruus §. quod verò*, vbi quod magis eſt, eandem hac parte mandanti quam depoſiti rationem conſtituit, eâdem nimirum vrgente æquitatis ratione, quòd nec mãdatario, nec depoſitario ſuum officium damnoſum eſſe debeat, quod alieni non ſui commodi cauſa ſuſceperit. Quamuis quod ad mandati actionem attinet, dubitare ſe dicat, an æquè dicendum ſit, omnimodo damnum à mandante præſtari debere, id eſt, nõ adhibita diſtinctione illa, An ſciẽs an ignorans mandator ſeruum furem emi mandauerit: ita innuẽs non caruiſſe hoc dubitatione apud prudentes, & Iuliano fortaſſis idẽ viſum fuiſſe, quod

Neratio

Neratio & Paulo in *d.l. inter causas 26. §. sed cum seruus mandat.* Sed in deposito nemo vnquam dubitauit, quin aliud dicendum esset: Id enim est, quod addit Africanus in *d. §. quod verò, idq; euidentiùs in causa depositi apparere*, nisi malis cum Cuiacio dicere, coniungendam esse hanc legem cum *d. l. si seruus*, (est enim vtraque ex eodem Africani libro 8. *quæstionum.*) quasi in illa absoluatur sermo cœptus in ista, & res tota tractetur, dirigaturque ad summam rationem, id est, æquitatem diligentiùs, vt summo & stricto iure depositarius perinde ac cæteri non nisi noxalem actionem habeat contra eum, qui deposuit, si is seruum depositum furem esse ignorauerit. In solidum verò si is sciuerit, quomodò in hac lege scriptum est. Ex æquitate verò indistinctè habeat actionem de indemnitate in solidum indistinctè, id est, siue is qui deposuit sciuerit furem esse seruum, siue ignorauerit. Pro qua interpretatione facit sanè quod Africanus hîc ita loquitur, *Eadem seruanda esse Iulianus ait.* Scribendum enim erat, *Idem seruandum esse* si iuxta interpretationem Accursij, versiculus hic ad posteriorem duntaxat prioris sententiæ partem pertineret, quæ erat de sciente debitore, non ad anteriorem quæ erat de ignorante: neque tamen probabile est, tam facilè tamque citò Africanum à seipso dissensisse: Mallem itaque dicere Iuliani sententiam duntaxat referri hac in lege, sicut & Neratij in *d. §. sed cùm seruus l. 26. mandat.* Neutrā tamen probari, sed vtramque ab Africano improbari in *d. l. si seruus §. quod verò*, & quidem iis rationibus quæ non tantùm æquitati, sed etiam summo iuri conueniant. Nec enim cùm de bonæ fidei iudiciis & contractibus agimus aliud summum & strictum ius est, quàm quod cum æquitate consentiat *d. l. si seruus §. quòd si sciens. & l. bona fides 31. infr. deposit.* Nec video, quid huic nostræ interpretationi possit obiici, nisi illud fortè quod grauissimus Cuiacij interpres iactare solet, quoties in Africani responsis legimus *Ait, Respondit, Existimauit*, non tam de se quàm de Iuliano Africanum intelligi debere: quod tamen vereor ne non semper satis verum sit, & ex hac ipsa lege *iunct. d. l. si seruus*, apertissimè refellatur, vt taceam initium *d. l. si seruus*, vsque ad §. 1. nihil commune habere cum huius legis quæstione. Est enim de seruo communi qui vni ex dominis furtum fecerit, non de seruo pignori dato, de quo tantùm in §. 1. eius legis. Cęterùm nō esse nouum apud prudentes nostros, vt quis alterius Iureconsulti sententiam vno loco referat, quā alio improbet, ostendimus sæpiùs, & apparet ex *l. si fideiussor 19. supr. de dolo, iunct. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. inf. de solut. & liber.* Et ex *l. Papinianus putabat 23. de donat. int. vir. & vxor. iunct. l. cùm hic status 32. §. siue autem & seq. eod. tit.* Sed nec illud quoque verum videtur quod ad hanc legem notat Cuiacius, sententiam Neratij à Paulo relatam in *d. l. inter causas 26. §. sed cùm seruus infr. mandat.* & ab Africano improbatam esse in *d. l. si seruus §. quod verò de furt.* vt mandator noxali duntaxat actione teneatur eius furti nomine, quod seruus fecerit ipsius mandato emptus, sub illa exceptione *nisi mandatarij culpa id furtum acciderit.* Ex *d. l. si seruus 61. §. hæc ita puto de furt.* Ibi enim nō de noxali actione contra mandatorem danda Africanus loquitur, sed de actione in solidum aduersus mandatorem concedenda, etiamsi seruum quem emi mandauit furem esse ignorauerit. Quæ actio cùm ex æquitate potissimùm descendat, facilè hanc exceptionem admittit, nisi mandatarij culpa furto causam dederit, vel saltem occasionem & opportunitatem præbuerit: cùm hoc casu mandatario noceat non officium suum, sed culpa. At noxalem actionem, quæ ex furto serui contra dominum competit, sola culpa eius qui furtum passus est excludere nunquam potest, nec dolus quidem, si tamen fieri queat, vt dolo malo furtum sibi fieri quis patiatur. Semper enim verum est, à seruo furtum factum fuisse quod impunitum remanere nullo casu debeat, quomodo tamen remaneret, si noxalis actio contra dominum ex ea causa non competeret, quandoquidem cum seruo ipso, vt diximus, nulla actio est: semper enim præponderat dolus serui, vt ibi Accursius notat. Planè in domino eius serui qui noxam fecit, necessaria distinctio est, an in culpa tantùm fuerit, an in dolo. Culpa enim non obligat eum in solidum, solus dolus obligat, id est, si eo sciente & siue mandante siue patiente, cùm prohibere posset, seruus furtum fecerit *l. 2. & pass. supr. de noxal. act.* Quæ me ratio cogit, vt in mea persistem sententia, textumque illum Pauli in *d. §. sed cùm seruus* corruptum esse putem, & ita emendandum, vt pro *tua* legamus *mea*: sequitur enim *quòd si scissem* eo sensu ac si proximę exceptionis explicandæ gratia scriptum esset, *nam si scissem*, de quo tamen videnda sunt, quæ pluribus scripsimus *lib. 3. Coniect. cap. 5.* Extra hos casus depositi & mandati, verissimum sanè est, quod Accursius hîc notat, non solùm in seruo commodato idem dicendum esse, quod in pignori dato *d. l. penult. supr. tit. prox.* sed etiam in locato *l. si tibi domum 9. §. 1. infr. locat. & in vendito l. 1. C. de ædilit. edict.* Et in seruo dato in dotem qui furtum faciat marito *l. si mulier 21. §. at si in dotem rer. amot.* Et in legato *l. si heres 110. §. generaliter de legat. 1.* In his enim omnibus causis distinguimus scientem ab ignorante, vt sciens quidem omnimodo & in solidum teneatur. Ignorans verò non nisi noxali actione.

32. MARCIANVS libro 4. Regularum.

CVm debitore, qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pignoratitia agere, etsi soluendo debitor sit.

Ad l. Cum debitore 32.

RAT. DVB. Contraria actio pignoratitia non est inducta, nisi ad indemnitatem creditori præstandam, si quā ratione damnum passus sit ex causa accepti pignoris, vt sæpiùs diximus præsertim ad *l. si rem 9. in princip. l. tutor 16. §. 1. supr.* Atqui nullum damnum videtur pati creditor, cui rem alienam pignori debitor dedit, si debitor ipse soluendo sit. Adeoque nec eius interesse quicquam videtur hoc casu, cùm plenissimam indemnitatem à debitore consequi per actionem personalem possit. Ergo pignoratitia actio contraria ex hac causa ei danda non est, quia nec alij quàm ei cuius interest, aut agere aut excipere vnquam permittitur *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. l. ille à quo 13. §. si de testamento infr. ad SC. Trebell.* DEC. Plus cautionis est in re, quàm in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Inter-

est igitur creditoris incumbere pignori potiùs quàm in debitoris personam etiamsi maximè soluendo sit experiri §. *furti autem Instit. de obligat. quæ ex delict. nascunt.* Nam vt bene Accursius notat, potest fieri, vt qui hodie soluendo est, posteà esse desinat, vt in *l. diuortio 35. in fine principij supr. de negot. gest.* Quod in dato pignore non similiter timeri potest, nisi fortè quis verendum putet, ne fundus obligatus chasmate pereat, aut res mobiles pignori datæ incendio, vel ruina, vel naufragio intercidant. Sed hi casus aduentitij minus frequentes sunt, ideoque nec computandi *l. Iulianus 6. infr. qui & à quib. manum.* Quid rursum si creditori, qui rem alienam ignorans pignori accepit à debitore, etiam chirographaria pecunia debeatur? An non eius interest habere pignus, vt retentionem illam exercere possit, de qua in *tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss.* Nec enim rem alienam pignori datam retinere potest, cùm nexa & obligata non sit à domino, neque ex voluntate domini qui eam vtique vindicare, & creditori quando placuerit auferre iure suo potest *l. vlt. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* Quid item si naturale tantum fuit debitum, pro quo pignus rei alienæ datum est, ac proinde quod peti non possit, sed tamen solutum aut pro eo pignus datum retineri possit? *l. per retentionem 4. C. de vsur.* Quid denique si creditor ex iis sit, quibus pecunia sine peculio res fragilis & lubrica est, vt eam faciliùs & citiùs expensurus sit, quàm rem obligatam distracturus: *l. si chorus 79. §. 1. de legat. 3.* His certè casibus omnibus, negari non potest, quin iustissimè intersit creditoris, nec proinde quin danda ei sit contraria actio pignoratitia per quam id quod sua interest consequatur. Nisi paratus sit debitor, aliam rem æquè bonam & suam propriam pignori dare, vt in *l. si quis domum 9. in princip. infr. locat.* Sic enim fiet, vt nihil intersit debitoris, tametsi aliena res priùs ei data fuerit *l. si heres 110. §. generaliter de legat. 1. l. qui autē 14. §. 1. sup. de pecun. constit.* Quamuis non ad hoc posset agere, vt alia res æquè bona pignori detur, vt rectè concludit Bartolus, quoniam is qui conuenit, vt aliquam certam quamuis alienam rem det pignori, nullomodo est obligatus, vt aliam æquè bonam dare cogatur, nisi se pignus idoneum generaliter & indeterminatè daturum promiserit: quo casu etiam ad hoc conueniri posset, vt aliud æquè bonū & idoneum daret *d. l. qui autē §. 1.* Quomodo igitur id quod interest creditoris hoc casu æstimebitur? Placet quod vult Bartolus tāti interesse videri quāto minoris vendi posset, nomen debitoris ob defectū pignoris. Expeditior enim hæc sententia est, multasque difficultates perimit, vt ex Iuliano Vlp. scribit in *l. 1. §. si heres inf. ad SC. Trebell.*

33. IDEM libro singulari ad Formulam hypothecariam.

SI pecuniam debitor soluerit, potest pignoratitia actione vti ad recuperandam ἀντίχρησιν. nam, cùm pignus sit, hoc verbo poterit vti.

Ad l. Si pecuniam 33.

RAT. DVB. Pignoratitia actio non aliunde dicitur, quàm à pignore, vt nomen ipsum sonat, & nos sæpiùs diximus. Atqui antichresis non est, idem quod pignus, nec rursum contractus antichresticus idem cum pignoratitio: Alioquin si idem sunt, cur diuersa habent nomina? *arg. l. si idem 7. C. de codicill.* Ergo si antichresim debitor contraxerit, id est, pignus ita dederit, vt creditor in vicem vsurarum pignore vteretur, eiusque fructus sibi perciperet *l. si is qui 11. §. 1. infr. de pignor.* dicendum est soluta pecuniā, non pignoratitiam actionem debitori posse competere, sed aliam alterius nominis ex contractu ipsō antichrestico competentem, quam perinde si voles possis antichresticam appellare, sicut à pignoratitio contractu, pignoratitiam. DEC. Quod prædicatur de genere prædicatur etiam de specie. Semper enim specialia generalibus insunt, vt habet iuris regula. Atqui pignus & antichresis etiamsi nomine ac re ipsa differant, vt animal & homo, se tamen habent, vt genus & species. Pignus generis nomen est, Antichresis, speciei. Omnis antichresis pignus est. Sed non vicissim omne pignus possis antichresim dicere, non magis quàm omne animal, hominem. Ergo cùm pignoratitia actio illa sit, quæ de pignore dato redditur *l. 1. supr. l. pen. infr.* consequens est, vt finita antichresi per solutionem pecuniæ, pignoratitia æquè competat. Et hoc verbo huius actionis debitorem vti nihil prohibet, vt antichresin recuperet à creditore. Atque hæc vera nec obscura huius legis sententia est. Quam tamen vulgares nostri interpretes Græcæ linguę ignoratione non intelligētes, multa hîc nugantur de antiphona, vel vt apud Accursium legitur, antiphina. Quo nomine tandem significari nolunt. pignus prætorium de quo in *l. non est mirum 26. supr.* Vt ex iis potissimum videre est, apud Bartolum & Castrensem ad hanc legem, sed apertiùs ad *d. l. si is qui §. si antichresis de pignor.* vbi totam rem hanc subtilius, vt sibi quidem videtur, meo autem iudicio longè facetiùs & suauiùs explicat, ex antiphonis quæ in ecclesia ante Psalmos decantantur. Sed & illud falsum est, quod ex tam absurda huius legis interpretatione nostri inferunt, soluto pignore prætorio competere debitori pignoratitiam actionem. Non enim nisi ex contractu potest competere, ideoque inter bonæ fidei actiones numeratur §. *actionū 25. Instit. de action. l. si seruus 61. §. quod si sciens inf. de furt.* Pignus autem prætorium non per contractum constituitur, sed sola magistratus authoritate *d. l. non est mirum.* Quæ cùm non ad aliud interponatur, nisi vt hoc remedio creditori satisfiat, non indiget actione ista, vel alia vlla debitor qui satisfecit, vt rem suam propria authoritate repetat, aut saltem per iudicem à possessore vindicet, tanquam à nexu & vinculo pignoris liberatam. Nulla siquidem retrotraditione indiget is qui non ipse tradidit, quamuis creditor in possessionem à Prætore missus sit. Quòd si hoc quoque casu pignoratitia debitori danda esset directa contra creditorem soluto ei debito, consequens esset, vt perinde creditori pro his quæ bona fide in pignus prætorium impendisset, dari deberet pignoratitia contraria, quod tamen falsum est: Comparata enim est à Prætore in eam rem specialis in factum actio, de qua in *l. prætor ait 9. in princip. & pass. infr. de reb. author. iudic. possid. maximè in §. his verbis §. generaliter, & §. est prætereà quæsitum,* vbi nominatim Vlpianus addit, meliorem esse conditionem eius qui à Prætore missus est in possessionem, quàm sit creditoris in pignore, quia non teneturs si do-

tur si dolo malo careat: cùm tamen creditor in pignore nō tantū dolū, sed etiā culpā præstare debeat, & quidē pignoratitia actione directa *l. si cùm venderet* 13. §. 1. *sup.* Ex eo igitur intelligimus pro pignore prætorio etiā post solutā pecuniā competere pignoratitiam non posse, quā nec vspiā scriptū est cōpetere.

34. MARCELLVS libro singulari Responsorum.

Titius cùm credidisset pecuniam Sempronio, & ob eam pignus accepisset, futurúmque esset, vt distraheret (eam) creditor, quia pecunia non solueretur: petiit à creditore, vt fundum certo pretio emptum haberet: &, cùm impetrasset, epistulam qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit. quæro, an hanc venditionem debitor reuocare possit, offerendo sortem, & vsuras, quæ debentur, Marcellus respondit, secundùm ea, quæ proposita essent, reuocare non posse.

Ad l. Titius 34.

RAT. DVB. Pactum commissorium quod vulgò legis commissoriæ vocant, in pignoribus locum non habet, & improbatum est, tanquam asperum & odiosum, quoties ab initio conuenit, vt si ad diem pecunia credita non soluatur, pignus venditum sit creditori pro ea summa, quæ debetur, vt sit illa loco precij *l. vlt. C. de pact. pignor.* Atqui pactum de quo in hac lege agitur, quo conuenit, vt quoniam pecunia ad diem non soluebatur, creditor fundum certo precio emptum haberet, si non est verè commissorium, quia ab initio & in ipsa pignoris datione interpositum non fuit, sed ex postfacto, simile tamen est pacto commissorio. Quid enim refert, an ab initio fiat, an ex postfacto? Non nego valere venditionem condicionalem pignoris *l. si fundus 16. §. vlt. infr. de pignor.* Sed non potest videri hæc pactio continere venditionem condicionalem, quia non conuēnit vt creditor fundum emptum haberet, si pecunia non solueretur, sed quia non soluebatur, vt lex ait, ac proinde nulla hîc condicio est. Ideoque fatendum est pactum hoc esse simile commissorio, & consequenter non magis posse valere, quàm si esset verè commissorium *l. vlt. in princip. infr. de contr. empt.* vbi ille tantùm casus excipitur quo pactum huiusmodi factum sit, fauore tertij puta fideiussoris. Idem enim ferè iudicari solet de pacto vel cōtractu simili, quod de pacto & contractu ipso cuius similitudinem gerit *l. eum qui 10. §. 1. supr. tit. prox. l. naturalis 5. §. pen. infr. de prescript. verb. l. vlt. supr. de condict. caus. dat.* DEC. Non prohibetur creditor pignus emere à debitore, cùm pignoris dominium sit debitoris *l. rescriptum 12. in princip. infr. de distract. pignor. l. aliena 20. §. vlt. supr.* Atqui pura pignoris venditio est, tum quoque cùm post moram creditoris sua die non soluentis conuēnit inter debitorem & creditorem, vt pignus certo precio sit emptum creditori: Omnia enim hîc concurrunt quæ ad venditionem perficiendam concurrere necesse est, consensus scilicet emendi & vendendi, & conuentio certi precij in pecunia numerata consistentis. Ergo nihil est, quod impediat, quominùs hæc conuentio valeat iure perfectæ venditionis. Et quamuis in venditionibus non soleamus requirere, an iusta fuerit aliqua causa contrahendæ venditionis, quia voluntas vendendi sufficit in venditore, & emendi in emptore, hîc tamen iusta illa causa subest, quòd ad diem soluta non fuit pecunia, quæ sub pignore debebatur: Poteratque creditor suo iure nulla etiam præcedente conuentione pignus vendere, si non ab emptore ipso id emere maluisset, vt in *l. 1. C. de pact. pignor.* Hanc igitur venditionem valere dicendùm est, nec abs re aut sine causa emisisse debitorem epistolam ad creditorem, qua significauit se fundum creditori vendidisse. Non quasi contracta sit hoc casu venditio per epistolam, (tametsi hoc quoque fieri possit, vt & in ceteris contractibus euenit, qui consensu solo perficiuntur *l. 1. §. 1. infr. mandat. l. 1. §. vlt. de contr. empt. l. 2. de oblig. & action.* sed quia iam tum contracta fuit cùm petiit debitor à creditore, vt fundū certo precio emptum haberet, & id impetrauit. Et consequenter fatendum est, quod Marcellus in hac lege subiicit, non posse debitorem offerendo posteà sortem & vsuras quæ debebantur, venditionem reuocare. Tandiu enim duntaxat ius offerendi locum habere potest, quandiu pignus durat, quod porrò durare non potest, post acquisitum ipsius dominium creditori *l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* Malè Accursius in huius legis specie ponit tres personas interuenisse, Titij, Sempronij, & Seij, cùm Marcellus non nisi debitoris mentionem faciat, & creditoris. Secunda igitur casus positio, vt ipse loquitur, est sequenda, quæ duabus personis contenta est. Sed grauiùs errat Bartolus, qui putat nō aliam esse huius loci sententiam, quàm vt pactum commissorium aut commissorio simile quod non valeret, si ab initio interpositum fuisset, valeat tamen cùm interpositum est ex postfacto rationem illam adferens diuersitatis, quod ab initio debitor cùm egēt pecunia, faceret creditori omne pactum, quod vellet ad habendam pecuniam, & ideò, inquit, pactum reprobatur, quasi continens in se quandam asperitatem & volentiam ex *d. l. vlt. C. de pact. pignor.* Quæ ratio cessat, quando pactum huiusmodi apponitur ex interuallo. Nam vt ostendimus, neque de pacto commissorio hîc agitur, neque de alio quod sit ei simile, vt neque de pignoris venditione condicionali, quam valere omnes consentiunt ex *d. l. si fundus 16. §. vlt. de pignor.* sed de pura pignoris venditione de qua nemo vnquam dubitauit, quin valere debeat. Tanquam quæ à pacto commissorio longiùs recedat, quàm pignoris venditio condicionalis. Est enim omne pactum commissorium condicionale, habens expressam illam condicionem, *Si pecunia debita sub pignore, ad diem non soluetur.* Hæc autem venditio, de qua tractamus, pura est, quia condicionem nullam habet, sed causam duntaxat, eamque collatam in præteritum, quia pecunia non soluebatur, non in futurum, quomodo concipi omnes condiciones debent, vt habeant vim condicionis *l. cùm ad præsens 37. cum duab. seqq. supr. de reb. credit. l. condicio 100. de verb. oblig.* Deinde omne pactum commissorium, per quod scilicet pignus in venditionem conuertitur, non aliud pre-

cium venditionis habet, quàm ipsam pecuniæ debitæ quantitatem: quæ porrò sicuti vix est, vt ad pignoris æstimationem ascendat, quia semper pluris esse solet pignus, siue vt tanto citiùs & faciliùs emptorem inueniat non solutâ ad diem pecuniâ, quanto viliore precio distrahetur, siue vt si contingat vsurarum accessione augeri summam debiti, plenissimè tamen cautum habeat creditor de omni eo quod debeatur. Ita vix fieri queat, vt summa debita iusto pignoris precio æquipolleat, nec proinde vt non valde in precij quantitate lædatur miser debitor, qui non aliud ex pignoris sui venditione precium sperare possit, quàm illud ipsum quod debet: neque est, quod quis replicet, in emptionibus & venditionibus licere naturaliter contrahentibus in precio se decipere ex *l. in causa 16. §. idem Pomponius supr. de minor. l. item si precio 22. §. vlt. & l. seq. infr. locat.* Id enim tum verè dicitur cùm vendendi emendique animo partes conueniunt, vt in *l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* quod ex præcedente tractatu dignoscendum est *l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l. 1. §. si seruus depo suit 30. depos. l. si tantùm 12. de SC. Maced.* In proposito autem non adfuit ab initio vendendi animus, aut emendi, sed pignoris duntaxat contrahendi: Ergo nec ab initio precium iniustum venditionis constitui debuit in futurum euentum, & in damnum debitoris, qui nihil non concessurus sit creditori, vt vel ab eo pecuniam mutuam ab initio extorqueat, vel ex postfacto longiorem diem ad soluendum, præsertim si talis sit qui ex causa iudicati possit detrudi in carceres, nisi legis Iuliæ beneficium de cessione bonorum, quod per se miserabile ac lugubre est, implorare malit *l. 1. C. qui bon. ceder. poss.* Quare nec improbatum est in pignoribus pactum illud, vt si ad diem pecunia non soluetur, creditor iure emptoris possideat rem obligatam, certo precio tunc æstimandam. Hoc enim casu non tam pactum commissorium in pignore factum intelligitur, quàm venditio contracta sub condicione, dilata scilicet conuentione precij certi in aliud tempus, nec ad quantitatem sub pignore debitam relata *d. l. si fundus 16. §. vlt. infr. de pignor.* Quod si ita est quanto magis valebit conuentio ex postfacto interposita, vt creditor qui ob non solutam sua die pecuniam de distrahendo pignore iam cogitabat, habeat sibi emptum pignus certo precio, vt in hac lege, non quia huiusmodi conuentio ex postfacto interposita sit, vt somniat Bartolus, sed quia precium certum nunc primùm constitutum est, aliud quàm ex debitæ pecuniæ quantitate æstimandum. Itaque tota huius legis ratio pendet ex illis verbis *certo precio*, quæ si non essent addita, aut si precium illud certum ex debitæ quantitatis ratione constitutum esset, quamuis ex interuallo, venditio tamen defendi nullo modo posset, neque tanquam pura, neque tanquam condicionalis. Etsi enim neque commissorium pactum hoc dici deberet. Esset tamen pacto commissorio non valde dissimile, quamuis nullam habens condicionem, quia eadem rei familiaris angustia quæ miserum adigit debitorem, vt tali tamque improbo pacto ab initio consentiat, habendæ pecuniæ gratia, eadem vrget eundem debitorem, cogitque vt ex postfacto idem facere etiam inuitus teneatur ad distractionem pignoris impediendam, & declinandos carceres. Nec enim ob id minùs detrudi in carceres potest debitor, quod pignus dederit, siue ad ius quo vtimur respicias, quod non minùs corporis quàm bonorum debitoris pignus & obligationem permittit contra iuris veteris rationem *l. ob æs alienum 12. C. de oblig. & act.* cùm pignus necessè sit à domino constitui, vt valeat *l. vlt. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Nemo autè dominus sit membrorum suorum *l. liber homo 13. supr. ad leg. Aquil.* Siue ad ius commune ex quo potest, quis in executione iudicati detrudi in carceres, etiamsi corpus suum pignori non obligauerit *d. l. 1. C. qui bon. ceder. poss.* Et enim vt solent pragmatici dicere vna executio non impedit aliam, dum ne creditor bis suum consequatur, & ab initio protestetur nolle se nisi semel consequi, quod sibi debetur *l. 1. §. quia autem in fin. quod legat.* Cæterùm obiicit Accursius huic legi, quod scriptum est in *l. quamuis 45. aliàs l. Calippo de solut.* Quamuis stipulanti vxori vir spoponderit, diremto matrimonio prædia, quæ doti erant obligata, in solutum dare, satis tamen esse si offerat dotis quantitatem, id est, vt idem Accursius explicat, quicquid ex dotis causa debetur, siue sortis nomine, siue vsurarum. Sed bene respondet multum referre, an pignus datum sit in solutum aut venditum (est enim datio in solutum non absimilis venditioni *l. si prædium 4. C. de euict.*) an verò duntaxat dari promissum, vt in *d. l. quamuis.* Sola enim promissio vendendi, aut in solutum dandi pignus creditori non extinguit pignus, quod per ipsam venditionem aut dationem in solutum, propter acquisitionem dominij ratione confusionis extingueretur *d. l. pen. §. 1. de except. rei iudic. l. si rem alienam 29. supr.* Nemo autem dixerit promissionem vendendi aut in solutum dandi, venditionem esse aut dationem in solutum *l. vlt. supr. de condict. caus. dat.* Neque verò ex eiusmodi promissione vnquam sequi potest acquisitio dominij, quia traditionibus non nudis pactis aut promissionibus rerum dominia transferuntur *l. traditionibus 20. C. de pact.* Dices, neque ex venditione sola transferri dominium, si non & traditio sequatur *l. quoties 15. C. de rei vindic. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Sed non est bona obiectio. Tractamus enim de creditore pignoratitio, qui proinde possessionem pignoris penes se habeat, vt in *l. si rem 9. § propriè sup. l. prox. §. 1. infr.* & ita nulla indigeat traditione, sed sola domini voluntate ad dominium rei obligatæ acquirendum *l. qua ratione 9. §. interdum infr. de acquir. rer. domin: §. interdum Instit. de rer. diuis.* Et hoc fortassis est quod Accursius noster in vltimæ glossæ fine sensit.

35. FLORENTINVS libro 8. Institutionum.

CVm & sortis nomine, & vsurarum, aliquid debetur ab eo, qui sub pignoribus pecuniam debet: quidquid ex venditione pignorum recipietur, primum vsuris, quas iam tunc deberi constat, deinde, si quid superest, sorti accepto ferendum est. nec audiendus est debitor, si, cùm parum idoneum se esse sciat, eligat, quo nomine exonerari pignus suum malit.

Ad l. Cùm

Ad l. Cùm & sortis 35.

RAT. DVB. Pignoris distractio secuta perceptione precij, pro debiti solutione est *l. rescriptum 12. §. 1. infr. de distract. pignor.* Atqui debitor ex pluribus causis, si soluat electionem, habet in quam causam soluere malit. Quamuis si non eligat, videatur soluisse in duriorē *l. 1. 2. 3. 4. & 5. §. Imperator l. cùm ex pluribus 97. de solut. l. 1. C. eod.* Ergo & cùm creditor pignus distrahit ab eo sibi datum, qui & sortis, & vsurarum debitor erat, quicquid ex pignoris venditione percipitur, in eam causam imputandum est, quam debitor elegerit, tametsi in sortem solam imputare malit, tantùm abest, vt in vsuras solas imputari debeat, quomodo Florentinus hîc scribit. Id enim tunc tantùm verè dici potest, cùm electio à debitore non facta in creditorem translata est *d. l. 1. C. de solut. l. si vsuras 21. C. de vsuris.* DEC. Alia longè causa est debitoris soluentis, alia creditoris pignus distrahentis. Nam cùm debitor soluit pecuniam in potestate eius est commemorare, in quam causam soluat. Cùm autem creditor pignus distrahit, licèt ei acceptum precium referre etiam in eam quantitatem quæ naturâ tantùm debeatur, & ideo deducto eo totum reliquum debitum peti potest: verba sunt Pauli in *l. Paulus respondit 101. §. 1. de solut.* vbi licèt ratio diuersitatis non reddatur, illa tamen statim occurrit, quod tam ex ciuilis quàm ex pontificij iuris regula, in alternatiuis electio debitoris est *l. 2. §. Scæuola sup. de eo quod cert. loc. l. plerunque 10. §. vlt. inf. de iur. dot.* Qui autem soluit debitor est, & idcirco ad eum electio pertinet. Creditor verò cùm pignus distrahit hoc ipso fit debitor eius quantitatis, quæ ex pignoris venditione redigitur, vnde est, quod nec liberatur debitor per distractionem pignoris, etiam solutione facta creditori, nisi iure cuiusdam tacitæ compensationis, quæ fit per mutuam debiti & crediti inter se contributionem, vt diximus ad *l. si conuenerit 18. supr. hoc tit.* Æquum igitur est dari ei hoc casu electionem, in quam causam imputare velit precium pignoris, qui alioquin habere electionem non posset, nisi ad se translatam à debitore. Nam & cùm debitor ab initio, id est, in ipso tempore solutionis habet electionem, nec eligit, non alia de causa transfertur in creditorem electio *d. l. 1. C. de solut. d. l. si vsuras 21. C. de vsur.* quàm quia ex creditore pecuniæ fit debitor electionis. Nisi fortè proponas tam stultum creditorem, vt in totum debitum velit imputare solutionem, quæ parti duntaxat debiti exsoluendæ sufficiat. Quid ergo si neuter incontinenti eligat? Imputandum erit, quod solutum est in vsuras, priùs quàm in sortem *d. l. 1. in fin. C. de solut.* Neque vlla meo iudicio erit hac parte differentia inter debitorem soluentem, & creditorem pignus distrahentem. Fit enim hoc non iure competentis electionis, quam vterque amisit, sed ex mera iuris ratione ac dispositione. Alia causa non est solutionis factæ & acceptæ tam in sortem, quàm in vsuras. Nam & illo casu cedit priùs in vsuras, quàm in sortem, licèt non modò sortis mentio facta sit, sed etiam priùs quàm vsurarum, vt ex Marcello Vlpianus docet in *d. l. 5. §. vlt. infr. de solut. & liberat.* Quanquam extra hunc casum proprium est copulæ, vt ponatur inter diuersa, ac ea coniungat & ea æquè determinet. An verò distinguemus in specie huius legis an debitor soluendo sit, necne? Vt si soluendo sit electionem habere debeat in quam causam sortis ne an vsurarum imputari velit precium, quod ex pignoris venditione redactum est. Hoc enim videtur innuere ratio Florentini expressa his verbis, *Nec audiendus est debitor si cùm parū idoneum esse se sciat, eligit quo nomine exonerari suum pignus malit.* Item quòd nihil videatur interesse creditoris, cùm debitor soluendo est. sed tamen contrà existimandum est, ob eam rationem quam attulimus, & quia negari non potest, quin creditoris intersit, tum quoque cùm debitor soluendo est, vt ius pignoris retineat, & pignoratitius creditor sit potiùs quàm nudus *l. cum debitore 32.* vbi diximus *supr.* Idque noster sensit Accursius cùm ad verba illa, *si cum parùm idoneum se esse sciat* supplet *præsertim*: Nam nec nouum est, vt vna eademque ratio in duobus casibus locum habens, in vno tamen potentior sit quàm in alio.

1 ¶ Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem, potest tamen & precario [a], & pro conducto debitor re sua vti.

Ad § 1. Pignus.

RAT. DVB. Possidere nihil aliud est, quàm animo domini & sibi habere, vt diffinit Theophilus in Instit. Atqui creditor non sibi, nec animo domini possidet, sed pro alieno vnde est, quod nec vsucapit *l. pignori 14. infr. de vsucap.* Ergo pignus non magis transferre potest possessionem in creditorem, quàm proprietatem, de qua nemo dubitat quin remaneat in dominio debitoris *l. rescriptum 12. in princip. infr. de distract. pignor. l. pignus 6. C. hoc tit.* DEC. Pignus propriè illud est, quod non nuda conuentione constituitur, sed traditione *l. si rem 9. §. propriè iunct. l. 1. supr.* cùm inde nomen sumpserit quasi à pugno *l. plebs est 136. §. pignus de verb. signific.* Atqui traditio nihil nisi datio & translatio possessionis est *l. 3. in princip. inf. de action. empt. l. 3. supr. si vsusfr. pet.* Ergo fieri nequit, vt per dationem pignoris, quod propriè pignus est possessio non transeat in creditorem *l. per seruum 37. in princip. de acquir. rer. domin.* Neque hoc tantùm verum est in pignoratitium creditorem transire possessionem, sed quod magis est, propriè illum & verè possidere. Nam & in conductorem secuta rei locatæ traditione, & in depositarium, commodatarium similesque personas ius habentes ex contractibus qui traditione perficiuntur, transit possessio, & sunt hi omnes in possessione, & tamen non possident *l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Aliud enim est possidere, aliud verò esse in possessione *l. si quis antè 10. de acquir. poss.* Et is verè possidet, non qui est in possessione alieno nomine, sed cuius nomine possidetur *l. quod meo 18. eod.* Atqui creditor suo nomine possidet & ad suam vtilitatem, licèt possideat pro alieno. Ita vt ad omnes causas possit se possessorem verè dicere, præterquàm quod ad causam vsucapionis *l. serui nomine 16. de vsucap.* Et quod vsucapere tamen non potest, non ex eo fit, quod non possideat, sed quia ad vsucapionem vera possessio sola nō sufficit, si non adsit etiam bona fides ab initio, quæ porrò non potest esse in creditore, qui alienam rem esse scit, quæ pignori data est, & eam pro alieno possidet *d. l. pignori.* Quid? Nonne traditionibus etiam rerum dominia trans-

feruntur? l. *traditionibus* 20. *C. de pact.* Ita est, sed non aliter quàm si præcedat iusta & habilis causa transferendi dominij *l. nunquam nuda* 31. Titulus autem pignoris non est habilis ad transferendum dominium, quia nec id agitur inter debitorem & creditorem, vt dominium creditori acquiratur. Nuda igitur hæc traditio est, quæ proinde transferre dominium nullo modo potest, sed tamen possessionem potest *d. l.* 3. *si vsufr. pet.* Indeque fit, vt ex contractu pignoris nulla creditori actio in rem competat, quæ scilicet nunquam datur possessori, nisi fortè possessionem amiserit: quo casu incipit habere hypothecariam, & quasi Seruianam *l. si creditor* 28. vbi diximus *supr.* Planè in edicto Prætoris de quo in *tit. qui satisd. cogant.* quo satisdare non coguntur ij qui sunt bonorum immobilium possessores, creditor etiam cui fundus pignori obligatus est (nam & immobilium rerum æquè ac mobilium pignus hodie dicitur) non tamen habetur pro possessore, quia eo edicto nihil aliud agit Prætor, nisi vt satisdationis incommodo exoneret locupletiores, quales esse creduntur ij qui possessores sunt immobilium *l. sciendum* 15. *in princip. supr. qui satisd. cogant.* Nemo autem dixerit locupletiorem esse creditorem ob id solùm quod pignus habeat *d. l. sciendum* §. *creditor.* vbi diximus, sicuti nec pauperior qui pignus non habet: vnde fit vt pignoris remissio non sit donatio *l.* 1. §. 1. *inf. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. etsi pignus* 18. *infr. quæ in fraud. credit.*

a *Potest tamen & precario.* RAT. DVB. Neque precarium neque conductio esse potest rei propriæ *l. qui rem suam* 15. *infr. deposit. l. neque pignus* 45. *de reg. iur.* Ergo nec precariò nec pro conducto potest debitor re sua vti. DEC. Debitor qui rem suam dat pignori dominus quidem rei suæ manet, sed tamen eius possessionem in creditorem transfert, vt modò diximus. Nihil ergo prohibet, quominùs re sua vti & precariò, & pro conducto possit, dummodò solius possessionis non etiam proprietatis conductio aut precarium rogetur, vt diximus ad *l. si rem alienam* 29. *supr. ex l. certè* 6. §. *vlt. infr. de precar. l. si aliquam* 28. *de acquir. poss. l. qui pignoris* 36. *& seq. eod. tit.*

36. VLPIANVS libro 11. ad Sabinum.

SI quis in pignore dando pro auro æs subiecisset creditori, qualiter teneatur, quæsitum est? in qua specie rectissimè Sabinus scribit: si quidem, dato auro, æs subiecisset, furti teneri: quod si in dando æs subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse. sed hic puto pignoratitium iudicium locum habere, & ita Pomponius scribit. sed & extra ordinem stellionatus nomine plectetur, vt est sæpissime rescriptum.

Ad l. Si quis in pignore 36.

RAT. DVB. Pignus non nuda conuentione, sed traditione propriè contrahitur, vt diximus ad §. 1. *legis præcedentis ex l.* 1. *l. si rem* 9. §. *propriè supr. l.* 1. §. *creditor quoque infr. de oblig. & action.* Ergo non tam inspiciendum est quid in pignoris conuentionem deductum sit, quàm quid pignoris nomine traditum. Atqui ponimus debitorem in dando pignore pro auro subiecisse æs creditori. Ergo indistinctè dicendum est, non aurum, sed æs tantùm in hoc casu pignori datum videri, nec proinde vlla actione teneri debitorem, neque pignoratitia contraria, neque stellionatus, quasi creditorem deceperit, siue post aurum pignori datum æs subiecerit, siue in ipso pignore dando id fecerit, quamuis Sabinus ita distinguere soleret, vt priore casu etiam furti debitor teneatur. Posteriore verò non tam fur esse, quàm turpiter fecisse existimetur. Vtroque autem casu & ordinaria actione pignoratitia contraria, & stellionatus persecutione extraordinaria teneatur. DEC. Perficitur quidem pignus traditione, sed incipit tamen vt cæteri contractus omnes à conuentione. Nec fieri potest, vt pignus per solam traditionem constituatur in ea re de qua priùs vt pignori esset non conuenerit *l. Aristo* 3. *infr. quæ res pignor. oblig. poss.* scilicet extra eos casus in quibus pignus vel hypotheca tacitè contrahitur, in quibus tamen etiam conuentio tacita præcessisse intelligitur. Atqui ponimus expressim conuenisse ab initio, vt aurum non æs pignori daretur, & tamen à debitore traditum fuisse æs pro auro, atque ita deceptum fuisse à debitore creditorem, cui aliud pro alio subiecerit. Fatendum igitur est, teneri eo nomine debitorem indistinctè, & pignoratitia contraria, & extra ordinem actione stellionatus *l. tutor* 16. §. 1. *supr. l. quæ prædium* 6. *C. si alien. res pignor. dat. sit. l.* 1. *l. vlt. C. de crimin. stellion.* quæ in id maximè comparata est, vt deficiente omni alia criminali actione dolus extra ordinem vindicetur *l.* 3. *infr. eod. ill. tit.* Neque verò ad has duas actionum species distinctio Sabini pertinet, sed tantùm ad actionem furti, de qua sola dubitari poterat, an debitor in proposita specie teneretur. Ad quam quæstionem respondens iam olim Sabinus, dicebat multùm referre, an debitor in dando auro pignori, an post aurum datum æs pro auro subiecisset. Quamuis enim negari non possit, quin debitor vtroque casu æquè turpiter faciat, & improbè, decipiendo creditorem (quæ aduersus Sabini distinctionem ratio dubitandi esse potest) posteriore tamen casu debitor fur est, quia creditoris possessionem, quam per dationem pignoris trãstulerat, interuertit. Quid enim aliud furtum est, quàm interuersio vsus, vel possessionis? *l.* 1. *in fin. inf. de furt.* Priore verò casu, non potest debitor fur videri, quia nec interuertisse possessionem dici potest, quam nondum in creditorem transtulerit: tantùm abest, vt notandus sit tanquam infamis, & sua dignitate priuandus quomodo putat Accursius ex *l.* 2. *C. de dignit. libr.* 12. qua nec fuit ipse notaretur, si non lata esset contra eum sententia. Sola enim sententia est, quæ infamem & notatum facit infamia iuris, vt nostri loquuntur *l. infamem* 7. *de public. iudic. l.* 1. *l. furti* 6. *supr. de his qui not. infam.* Quamuis infamia facti quæ ex delicto solo nascitur, oneret ac suggillet existimationem delinquentis apud bonos & graues viros *l.* 4. §. *aduersus infr. de doli mal. except.* Neque putandum est huius distinctionis Sabini aut nullum, aut perexiguum effectum esse. Nam quo casu debitorem furem esse diximus, non poterit aurum furtiuum vsucapi, etiamsi bona fide vendatur, & ematur,

& ematur, vt nec alia quælibet res furtiua, propter legis duodecim tabularum & legis Atiliæ prohibitionem §. *furtiuæ quoque res Instit. de vsucap.* Quo autem casu debitor non fur est, sed tantùm facit turpiter, nullum vicium in re subest, propter quod impediri possit vsucapio. Quare nec probare possum quod hîc Accursius noster tanquam simile allegat ex *l.* 2. §. *cùm Stichum infr. pro emptor.* vbi tractans Paulus de eo qui cùm emisset Stichum, attamen per traditionem ignorans accepit Damam, negat eum vsucapturum, quasi in hac specie nec vsucapio vlla sequi possit. Ibi enim subiecerat venditor Damam pro Sticho non in ipsa venditione, sed in traditione, antequam Stichus traditus fuisset. Ideóque bene negat ex Prisci sententia Damam vsucapi posse, non quia esset furtiuus (nec enim furerat venditor secundum positam in hac lege Sabini distinctionem) sed quia, vt lex ait, fieri nequeat, vt vsucapiatur pro emptore id quod emptum nunquam fuerit. Cæterùm si tradito iam Sticho Damas pro Sticho subiectus esset. Non tantùm emptor vsucapere illum non posset pro emptore, sed nec alius quisquam Stichum, tametsi bona fide & iusto titulo acquisitum, quoniam in furtiuam causam incidisset. Et ita Prisci sententia quam Paulus eo loco refert, iuxta Sabini distinctionem ab Vlpiano hîc positam explicanda est.

1 ¶ Sed etsi quis rem alienam mihi pignori dedit sciens prudénsque, vel si quis alij obligatam, mihi obligauit [a], nec me de hoc certiorauit: eodem crimine plectetur. Planè si ea res ampla est, & ad modicum æris fuerit pignerata: dici debebit, cessare non solùm stellionatus crimen, sed etiam pigneratitiam, & de dolo malo actionem [b]: quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.

Ad §. 1. *Sed & siquis.*

RAT. DVB. Etiam res aliena vendi potest *l. rem alienam* 28. *infr. De contr. empt.* Ergo & oppignerari quia quod emptionem venditionémque recipit, etiam recipit oppignerationem *l. sed & quod* 9. §. 1. *infr. de pignor.* Præsertim cùm fieri possit, vt debitor qui oppignerationis tempore dominus pignoris non erat, postea tamen dominus fiat, puta si domino hæres existat, atque ita pignus conualescat. Hactenus saltem, vt pigneratitia & hypothecaria vtilis danda sit creditori *l. si Titio* 22. *infr. de pignor.* Cur enim dicamus inutile pignus esse quandiu in eo est, vt possit conualescere? *arg. l. quod Seruius.* 8. *in fin. supr. de condict. caus. dat.* DEC. Differentia magna est hac parte inter pignus & venditionem. Venditio enim non rem ipsam quæ venditur afficit, sed personam tantùm obligat, vel vt rem tradat & & tradendo transferat dominium si dominus sit, vel præstet euictionem, si dominus non sit, & res euincatur *l. ex empto* 11. §. 1. *infr. de action. empt.* Rem enim venditam auferre emptori dominus quandocunque potest, si modò venditioni non consenserit *l. 2. l. si fundum.* 5. *C. de rebus alien. non alienand.* At pignus aut ab initio prorsus inutile est, aut rem ipsam pignoratam ita afficit, vt eam nisi soluto priùs toto debito creditori auferre nemo possit, nisi proponas priorem aliquem creditorem, cui eadem res obligata sit, & cui permittatur per actionem quasi Seruianam rem euincere *l. si mancipium.* 34. §. *vlt. & l. seq. inf. de euict.* Et ideò debitor qui rem dat pignori præstare non solùm debet se dominum, sed etiam nulli alij esse rem obligatam, vt sequitur in hoc §. Sed & creditor ipse qui iure creditoris vendit præstare debet se potiorem & antiquiorem *l. 1. C. credit. euict. pignor. non deber.* Denique qui sciens vendit rem alienam ignoranti, non tam emptorem decipit, quàm seipsum, cùm hoc ipso se obliget in id omne quod interest emptoris, nec aliter in crimen falsi incidit, quàm si vendat tanquam suam eam rem quam ipse alij iam vendiderit. *leg. qui duob.* 21. *infr. ad leg. Cornel. de fals.* Qui autem alienam rem sciens oppignerat, decipit proculdubio creditorem qui non nisi sub pignore aut daturus pecuniam, aut aliter fuerat contracturus, vt cautum sibi haberet. Quænam enim cautio esse potest in re aliena, quàm dominus vindicare quandocunque iure suo possit? Nec quod ex postfacto possit pignus conualescere dominio pignoris debitori acquisito secundum Modestini sententiam in *d. l. si Titio*, ad rem facit. Est enim casus ille aduentitius, qui proinde cõputari non debet *l. Iulianus.* 6. *infr. Qui & à quib. manum.* nec eius ratio haberi aliqua ad stabiliẽdum ius & vinculum pignoris certa obligatione: nisi expressim datum sit pignus rei alienæ sub illa condicione, si ea res fiet debitoris vt in *l. si fundus* 16. §. *aliena res inf. de pignor.* Nam & è contrario stipulari quilibet similiter potest rem suã sub ea condicione, si res stipulatoris esse desierit *l. nemo rem suam.* 82. *de verb. oblig.* Etsi enim his casibus incertum est, an extitura sit condicio, quæ nec condicio esset, si non incertum haberet euentum. Ius tamen certum est, validam esse iam ab initio conuentionem pignoris, validam quoque stipulationem existentè quandocunque condicione. Requirit tamen Vlpianus in hac lege, vt debitor sciens prudénsque rem alienam pignori dederit creditori nec creditorem certiorauerit: nimirùm vt crimine stellionatus plectatur. Ignorantia enim excusat à dolo & crimine: non tamen à pignoratitia actione contraria, de qua initio huius legis, vt scriptum est in *d. l. tutor.* 16. §. 1. vbi diximus & ad *l. 1. in fin. supr.* Nec rursus decipiendi creditoris secundi animum habere videri potest debitor, qui cum admonet, facitque certiorem *l. 1. l. quaro* 39. *de action. empt.*

a *Aut si quis alij obligatam mihi obligauerit.* RAT. DVB. Nemo rem suam pignori dando desinit eius esse dominus *l. cùm & sortis* 35. §. 1. *supr. l. pignus* 9. *C. hoc tit. l. rescriptum.* 12. *in princip. infr. de distract. pignor.* Ergo non potest prior datio pignoris efficere quominus etiam posterior valeat. Aliáque longè causa illius est, qui rem suam vni iam venditam & traditam alij vendit, de quo in *l. quoties* 15. *C. de rei vindic. d. l. qui duobus* 21. *ad l. Cornel. de fals.* DEC. Pignus priore loco datum creditori sic rem obligat & afficit, vt neque debitor neque qui posteriorem causam ab eo ha-

locum habebit, quia ad excludendam stellionatus persecutionem non illud inspicimus, an aliqua actio alia competat, quæ sit ciuilis, aut prætoria, sed an aliud crimen sit quod possit obiici.

37. PAVLVS libro quinto ad Plautium.

SI pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem: quia, antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio: cùm & animus mihi retinendi sit, & conducenti non sit animus possessionem adipiscendi.

Ad l. Si pignus 37.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est quæ ad §. 1. *l. cùm & sortis 35. supr.* Videbatur enim non valere conductio, quam debitor rei propriæ fecisset à creditore ex regula *l. neque pignus 45. de regul. iur. l. qui rem propriam 20. Cod. de locat.* Sed conductio hæc possessionis tantùm est non proprietatis, ideoque valet dummodò is qui non possidebat, quamuis dominus eam possessionem conducat à possessore *l. si aliquam rem 28. l. qui pignoris 36. & seq. infr. de acquir. poss. l. certè 6. §. vltim. & l. seq. infr. de precar.* Creditor autem pignoratitius vtique verè possidet pignus, quod ad omnes causas prætetquàm quod ad vsucapionem *l. serui nomine 16. de vsucap. l. per seruum 37. in princip. de acquir. rer. domin.* Ergo nihil vetat, quominùs possit debitor possessionem conducere à creditore, perinde ac potest creditor à debitore proprietatem emere, quia debitoris est *l. rescriptum 12. in princip. infr. de distract. pignor.* Nec enim verendum est, vt debitore eodemque domino conducente rem suam à creditore pignoratitio, fiant duo eiusdem rei in solidum possessores contra *l. 3. §. ex contrario infr. de acquir. poss. l. duo in solidum 19. de precar.* Cùm is qui conduxit, non possideat, sed in possessione tantùm sit locatoris nomine *l. si quis antè 10. l. quod meo 18. de acquir. poss. dict. l. qui pignoris & seq. eod. l. non solùm 33. §. quod vulgo de vsucap. l. malè agitur 2. Cod. de prescr. 30. vel 40. annor.* nisi quod conductor naturaliter possidet, id est de facto rem tenet, & eam possessionem, quæ tota facti est, non illam quæ non tantùm facti, sed etiam iuris est *l. communi 7. §. neque colonis supr. commun. diuid. l. possessio 49. in princip. & §. 1. de acquir. poss. l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Idque est quod in hac lege addit Paulus, *Quia antequàm conduceret debitor, non fuerit eius possessio*, sed creditoris *nunc* (malo enim sic legare quàm *cùm*) id est, *facta iam conductione & animus retinendi sit mihi creditori, & conducenti non sit animus possessionem adipiscendi.* Quamquam nec aliud esset si conductor interuertere possessionem locatoris vellet, vt benè notat Accurs. ex *d. l. 2. & l. cùm notissimi 8. §. fin. C. de prescr. 30. annor.*

38. MODESTINVS libro 1. Differentiarum.

PVpillo capienti pignus, propter metum pignoratitiæ actionis, necessaria est tutoris auctoritas.

Ad l. Pupillo 38.

RAT. DVB. Etsi ius ita comparatum est, vt pupillus sine tutoris sui authoritate obligari non possit, quia iudicio caret, nec satis quid agatur intelligit *l. more nostræ ciuitatis 8. & l. seq. infr. de acquir. hered.* obligare tamen sibi alium quemlibet etiam sine tutoris authoritate potest acquirendo & stipulando *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* Ne alioqui quod pupillorum fauore comparatum est, in eorum odium & perniciem retorqueatur *l. penult. Cod. ad Senatusconsultum Trebell. l. non eo minus 14. Cod. de procurat. l. nulla 25. supr. de legib. l. quod fauore 6. Cod. eod.* Atqui pupillus vt & alius quilibet accipiendo pignus, acquirit sibi, vinculum scilicet pignoris in re obligata, & quod plus cautionis habiturus est in re, quàm in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* non quasi patrimonium suum augeat, fiatque locupletior hoc respectu is qui pignus accipit, sed quia minùs dubitandum & laborandum habet; quòd posteà fieri debitor possit, non soluendo. Denique si non patrimonij hæc accessio & locupletatio, saltem conseruatio est, ne patrimonium ex debitoris inopia superueniente minuatur, quomodo alioquin ex euentu minui facilè posset *l. diuortio 35. in principio fine supr. de negot. gest. l. 3. §. vltim. & l. seq. infr. vt in possess. legat. §. vltim. Instit. de replicat.* Atqui cùm vniuersum ius nostrum aut in acquirendo, aut in conseruando, aut denique in diminuendo patrimonio consistat, *l. vltim. supr. de legib.* An non absurdum esset, prohiberi pupillum sine tutoris authoritate patrimonium suum conseruare, cui liberum est sine tutore etiam acquirendo augere? Est enim conseruatio eorum quæ habemus perpetua quædam acquisitio, vt solent Theologi dicere conseruationem, quæ à Deo fit rerum omnium creatarum esse continuam & perpetuam quandam creationem. Ergo pupillo capienti pignus non est necessaria tutoris authoritas ad constituendum in re debitoris vinculum pignoris ad pupilli vtilitatem. Præsertim cùm nemo sola pignoris acceptione se obliget. Non enim tum nascitur actio pignoratitia directa, cùm datur pignus & accipitur, sed tum demùm cùm creditori soluta fuit omnis pecunia, quæ sub pignore debebatur, aut aliter eo nomine fuit satisfactum *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* vbi diximus.

DEC. Creditor qui pignus accepit, re tenetur, quia & ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda obligatur *l. 1. §. creditor quoque infr. de oblig. & action.* Et quamuis non priùs nascatur actio pignoratitia debitori, quàm solutum sit creditori aut aliter eo nomine satisfactum *d. §. omnis pecunia & §. vlt.*

eiusdem legis. Eo tamen instant, quo pignus datur, incipit obligari creditor de pignore, soluta quandocunque pecunia, restituendo. Atqui pupillus obligari sine tutoris authoritate ex omni contractu non potest *d.l.obligari*, hoc est ex nullo contractu potest. Ergo neque pignus accipere absque authoritate tutoris. Et ideo bene sic loquitur Modestinus, vt pro ratione addat *propter metum pignoratitiæ actionis*. Non ait propter metum pignoratitiæ obligationis, quæ scilicet iam ex ipso contractu nata est, & ab instanti accepti pignoris, sed propter metum pignoratitiæ actionis, nondum quidem competentis, sed aliquando tamen & omnimodo competituræ. Metus enim futurorum est, non præsentium. Dices fortasse cum Accursio, periculum hoc non tam imminere pupillo, qui pignus accepit, quàm debitori qui sine tutoris authoritate contraxit, cum creditore pupillo, quippe contra quem nullam actionem habere possit, nisi inquantum factus sit pupillus locupletior. Idque post rescriptum Diui Pij de quo tam sæpe alibi scripsimus ex *l. vltim. C. pro emptor. & Instit. titul. de author. tutor. in princip.* Sed obiectio hæc ad casum illum pertinet, quo pupillus rem obligatam, aut amisisset, aut deteriorem fecisset, fierive passus esset, quo casu non teneretur ex contractu inito sine tutoris authoritate supra quam locupletior factus esset, ex pignore. Sed quandiu manet pignus integrum penes pupillum, non potest videri pupillus factus locupletior, vt neque pauperior. Et tamen nemo negauerit æquum esse, vt obligetur ad restitutionem pignoris, cuius retinendi causam nullam habeat post solutam omnem pecuniam quæ debebatur. Igitur tutoris authoritas necessaria est, sine qua non patiuntur iuris ciuilis regulæ vt pupillus ciuiliter obligetur *l. contra 28. supr. de pact.* Tantoque magis si volet debitor pignoratitiam actionem integram habere contra pupillum, qualem haberet aduersus maiorem de omni damno quod in pignore culpa & negligentia nimia creditoris contigisset. Alioqui claudicaret contractus, nec nisi ex vno latere consisteret *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo insr. de action. empt.*

39. IDEM libro 4. Responsorum.

CAius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit. postea pactum inter eos factum est, vt creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ certo tempore possideret. verùm ante expletum tempus creditor, cùm suprema sua ordinaret, testamento cauit, vt alter ex filiis suis haberet eum fundum: & addidit, *Quem de Lucio Titio emi*, cùm non emisset. hoc testamentum inter cæteros signauit & Caius Seius, qui fuit debitor. Quæro, an ex hoc, quòd signauit, præiudicium aliquod sibi fecerit: cùm nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, vt creditor certi temporis fructus caperet? Herennius Modestinus respondit, contractui pignoris non obesse, quòd debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur.

Ad l. Caius Seius 39.

RAT. DVB. Subscribens instrumento censetur adprobare omnia quæ instrumento illo continentur, perinde ac si totum instrumentum sua manu perscripsisset *l. si non subscripsisti 15. C. ad admin. tutor. l. sicut 8. §. non videtur, vers. sed si subscribat infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. fideiussor 26. §. pater de pignor.* Nam & citra subscriptionem sola præsentia eius qui hoc ipso tacitè consentit, actui facit, vt perinde haberi debeat, acsi contraxisset, quoties negotium quod gerebatur ad eum pertinebat *l. quidam ex parte 12. insr. de euict.* Hoc verò maximè obtinet, cùm de iure & vinculo pignoris agitur, quod sicuti facilè ac nuda conuentione contrahitur *l. 1. supr.* ita & facilè nudaque creditoris voluntate dissoluitur *l. 4. §. 1. l. si consensit 7. l. Paulus respondit 12. l. voluntate 10. iunct. l. praeced. in princip. & §. 1. insr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Et quamuis voluntas remittendi pignoris non ex eo solo induci possit, quòd creditor sciuerit, pignus sibi datum alij vendi, aut dari pignori, quia sciuit etiam ius suum sibi durare *d. l. sicut §. non videtur eod.* inducitur tamen ex præsentia sola & taciturnitate creditoris, ne alioqui sua dissimulatione & patientia credulitatem posterioris creditoris decipere voluisse videatur *l. si sine 5. C. ad SC. Velleian. l. mulier 11. C. de distract. pignor.* nisi ipse potiùs deceptus sit, vt in *l. 2. C. de reb. alien. non alienand. l. vlt. C. plus valer. quod agit. quàm quod simul concip.* Propter quam causam etiam doli exceptio in similibus casibus accommodari solet, vt in *l. apud Celsum 4. §. quæsitum est 12. insr. de doli mal. except.* Sed multo magis si anterioris creditoris subscriptio interueniat, quæ consensum semper continet *d. §. non videtur, vers. sed si subscripserit l. Titius 9. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. d. l. fideiussor 26. §. pater de pignor.* DEC. Nemini officium suum debet esse damnosum siue publicum sit, siue priuatum *l. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior. l. 3. §. vlt. inf. de testib. l. si seruus 61. §. quod verò insr. de furt. l. sed si quis ex signatoribus 7. Testam. quemadm. aper.* Atqui in proposita specie ponimus Caium Seium debitorem, Lucij Titij tanquam testem signasse testamentum sui creditoris, quo continebatur fundum à Caio Seio pignori, datum Lucio Titio fuisse illi venditum à Caio Seio debitore, cùm tamen reuera nullũ venditionis instrumentum proferretur, sed pactum duntaxat inter eos factũ, vt Lucius Titius creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ fundũ certo tempore possideret, & fructus pro debito compensando acciperet: quod etsi in cõuentionem deductum non esset, ipso tamen iure fieri debuisset, vt Accursius noster bene notat ex *l. 1. & 2. C. hoc tit. l. 1. C. de distract. pignor.* Ergo non debet obesse debitori, quod testamentum Lucij Titij creditoris sui signauerit, quasi ea ratione omnia in testamento creditoris sui contenta adprobauerit, & exinde fundum suum non tam pignori dedisse quàm vendidisse

dicendus

dicendus sit. Etsi enim creditor cùm suprema sua ordinaret ante expletum tempus, quo fructus ex pignore percipiendi compensando debito possent sufficere, testamento suo cauerat, vt alter ex filiis suis eum fundum haberet, hoc etiam addito *quem de Caio Seio emi* (sic enim omninò legendum est, non vt vulgo *de Lucio Titio* quod & Accursius fateri cogitur) non tamen poterat ea testatoris enunciatio facere venditionem, quæ nulla præcesserat, nec vt eo magis valeret voluntas testatoris disponentis de re aliena, quàm non alienam, sed suam esse putaret, nec in præiudicium Caij Seij debitoris eiusdemque domini, pignoratum fundum soluto per fructuum compensationem debito repetentis. Atque ita legem hanc omnes ferè interpretes post Bartolum interpretantur, vt qui se testamento subscribit tanquam testis, non ideò videatur adprobare omnia quæ in testamento apponuntur. Ex quo infert generaliter Bartolus neque præsentiam, neque subscriptionem præiudicare, nec solùm quod ad magnum præiudicium, sed neque ita vt transferat in præsentem & patientem onus probandi, nulla scilicet ex huiusmodi præsentia & patientia insurgente præsumptione, ne quidem ex qua iusiurandum deferri possit: cui simile & consentaneum esse videtur, quod respondit Modestinus in *l. Titia cùm testamento* 34. §. *Lucia Titia de legat.* 2. Si cùm Sticho seruo Titij domus per fideicommissum relicta esset, fratribus postea iisdemque heredibus ad maternorum bonorum diuisionem accedentibus, diuisioni dominus adfuerit quasi testis, qui subinde fideicommissum petat, non esse illum doli mali exceptione summouendum, nisi euidenter apparuerit eum omittendi fideicommissi causa diuisioni adfuisse. Nec tamen in hac distinctione conquiescit Bartolus, vt neque Accursius, vt hanc legem conciliet cum *dict. l. fideiussor 26. §. pater infr. de pignor.* quæ ex diametro pugnare videtur, sed commodioris & melioris conciliationis gratia, prætermissis aliis solutionibus quas adfert Accursius, an qui adfuit testamento sciuerit contenta in eo, vt in *l. Titius* 9. §. 1. *quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* an ignorauerit, vt in *l. hac consultissima* 21. §. 1. *Cod. de testam.* Aut an de pignore tractemus, quod solo consensu & contrahitur, & dissoluitur *l.* 1. *supr.* an de venditione quæ sine precio contrahi non potest *l.* 2. §. 1. *infr. de contr. empt.* Item an ius suum durare sciuerit necne ex *dict. l. sicut* 8. §. *non videtur quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* Denique an de actu morientis agatur, vt in hac lege, an de actu viuentis, vt in *dict. §. pater. ex l. vltim. in fin. supr. commun. præd.* Tandem perstat Bartolus in vltima solutione, & interpretatione Accursij, cui & alios stare adfirmat, an quis præsens fuerit illi actui, quem contradicendo potuit impedire, an verò illi quem nec si voluisset, impedire tamen potuisset, vt priore casu præsentia & patientia sola etiam sine subscriptione pro consensu habeatur, non etiam posteriore, ex hac lege, & *l. sæpe* 63. §. 1. *infr. de re iudic.* Itaque, inquit Accursius, si adfuerim venditioni aut legato rei meæ, quia & vendi & legari res mea inuito me potuit, nec præsentia mea, nec subscriptio mihi nocebit: si verò res mihi iam obligata pignori detur alij, & ego pignoris dationi subscripserim, aut etiam duntaxat adfuerim, nocebit mihi, quia potaeram prohibere, aut saltem salua pignoris mei causa consentire, vt in *l.* 4. §. 1. *infr. quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* Aliter tamen & diffusiùs totam hanc quæstionem idem Bartolus tractat in *l. qua dotis* 33. *infr. solut. matrim. à num.* 20. *vsque ad fin.* Quid in tacente siue per contumaciam siue non per contumaciam, & quid in subscribente, quid denique in sigillante. Summa distinctionis hæc est, si talis casus sit in quo nec scientia requiratur, nec ignorantia, taciturnitatem neutri applicari ex *l.* 1. §. *scientiam supr. de tribut. action.* Si verò necesse sit, applicari eam alterutri extremorum, tacentem per contumaciam præsumi consentire vel negare in odium sui *l. de ætate* 11. §. *qui tacuit supr. de interrog. in iur. fac.* Tacentem & præsentem in actu qui sit vniformis videri consentire, quoties actus eius fauorem respicit, adeoque etiamsi respiciat eius præiudicium circa personalem actionem ex *l. si remunerandi* 6. §. *si passus. & l. qui patitur* 18. *infr. mandat.* Itemque si circa ius reale quod habeat in re tertij, quale est ius pignoris, nisi cùm sciuit ius suum durare ex notatis ab eodem Bartolo in *l. vlt. Cod. de remiss. pignor.* Quòd si agatur de iure mei dominij vel vsusfructus, tunc adhibendam distinctionem Accursij, an contradicendo potuerim impedire, vt si non potuerim, non inducatur consensus ex hac lege, & *dict. l. Titia* 37. §. *Lucia Titia de legat.* 2. *dict. l. sæpe* 63. §. 1. *de re iudic.* nisi ratione coniunctionis, vt in *l. seruus* 38. *de donat. int. vir. & vxor.* quæ modò non habeat coniunctam nimiam reuerentiam, per quam induci potiùs debeat dissensus ex *l.* 1. §. *quæ onerandæ infr. quar. rer. execut. non dat. l. penult. de furt.* Si verò impedire potuerim, & tacuerim, tunc præsumar consentire, ex *dict. l. fideiussor* 26. §. *pater de pignor. & dict. l. sæpe* 63. §. 1. *de re iudic.* Si modò taceat dolo malo non etiam si sine dolo ex *l.* 2. *Cod. si alien. res pignor. dat. sit. dict. l. si fine* 5. *Cod. ad SC. Velleian.* Si verò agatur de iure personali, tunc tacens non videatur consentire *l. filiusfamilias* 8. §. *inuitus supr. de procurat.* Nisi fauore pupillorum ex *l. si filiusfamilias* 7. *infr. de tutel. l.* 2. *ad municip.* Quòd si actus respiciat negotium tertij, cuius bona tacentem respiciant cura & sollicitudine, tunc tacens non præsumatur consentire ex *l.* 3. *infr. de author. tutor.* In actu autem difformi, puta si intras in possessionem meam, inquit Bartolus, vel rem meam accipis præsente me & tacente, siquidem contractus aliquis præcesserit, ex cuius natura tenebar illud pati, videar consentire ex *l.* 2. *C. de acquir. poss.* Si verò talis contractus non præcedat, non videar consentire si agatur de magno præiudicio *d. l. pen. de furt.* secus si de modico ex *l. quam Tuberonis* 7. §. *sunt quidam infr. de pecul. l. Sabinus* 28. *sup. commun. diuid. l. Labeo* 19. *de aqua & aquæ pluu. arcend. l. qui bona fide* 13. §. *si quis iuxta de damn. infect.* Hæc, inquit Bartolus, si negotij gesti tempore scientia adfuerit. Nam si ex post facto superuenerit, alia quæstio & alius tractatus est, in quo difficiliùs est, vt tacens pro consentiente habeatur. Quomodo enim taciturnitas illa posset vim habere taciti consensus aut ratihabitionis, cùm nec voluntate expressa possit, quis ratum habere negotium quod non ipsius nomine gestum est *l. si pupilli* 6. §. *sed si ego supr. de negot. gest.* Quod verò ad subscribentem pertinet, distinguit duntaxat Bartolus, an quis subscribat tanquam testis, an non, vt priore casu sibi non præiudicet, posteriore verò præiudicet: atque ita supradictos iuris locos qui de subscribente loquuntur, ne inuicem pugnent,

conciliat. De subsignante autem ait videri eum consentire, nisi deceptus sit, vt in *l. 2. C. de reb. alien. non alienand. l. vltim. Cod. plus valer. quod agit.* Nolo ego singulas istarum distinctionum partes sigillatim persequi, non solùm ne sim longior, sed etiam quia maiore ex parte ad huius legis explicationem nil pertinent. Hoc tantùm dicam, magis mihi placere, præsentem & tacentem toties sibi nocere, quoties alioquin eueniret, vt alteruter contrahentium deciperetur, qui præsentiam & taciturnitatem illam pro consensu tacito accepisset. Extra hunc casum, sibi non nocere, neque necessariam aut admittendam esse distinctionem, an quasi testis adfuerit, an non adeoque nec an subscripserit, necne. Nam & is qui quasi testis interuenit, etiamsi non subscribat, decipiendi tamen animum habere potest, & quamuis non habeat, reipsa tamen decipit hoc ipso quod interuenit actui, quem contradicendo aut impedire prorsus, aut saltem remorari potuisset. Quod cùm dico non tam ius quàm factum respicio. Etsi enim alienam rem vendere quis potest inuito quoque domino, vel suam inuito fructuario, quis tamen tam stultus est, qui alienam rem velit emere, sciens alienam? Quis item plenam proprietatem eius rei, cuius vsumfructum sciat ad alium pertinere? Quis denique pignori eam rem accipere quam sciat non esse obligantis? His igitur casibus siue dominus adsit venditioni rei suæ ab alio factæ, siue vsufructuarius venditioni plenæ proprietatis, siue proprietarius pignori & obligationi rei suæ, etiamsi non nisi tanquam testes adfuerint, neque subscripserint, dico hactenus sibi eos nocere, vt neque dominus vindicare rem suam possit, ab emptore qui ipso præsente emerit, neque fructuarius vindicare vsumfructum ab emptore plenæ proprietatis, quin tam hic quàm ille doli mali exceptione repellatur, itemque dominus qui præsens & tacens rem suam ab alio pignerari passus est. An non enim omnibus his casibus decipitur, emptor quidem duobus prioribus, posteriore autem creditor, per dissimulationem eius qui si de iure suo emptorem aut creditorem certiorasset, circumueniendi eius materiam & facultatem vẽditori aut debitori siue scienti siue ignoranti præripuisset? Textus est in hanc rem elegans & apertus in *l. quidam 12. infr. de euict.* vbi licèt coheredes venditoris, precij partem ex fundi hereditarij venditione accepisse proponerentur, Scæuola tamen cùm respondet videri vnumquemque coheredum partem suam vendidisse, non ex eo mouetur, quòd precium acceperint, vt malè ad eum locum notat Accursius, sed quia venditioni præsentes adfuerant, neque dissenserant, quamuis nec subscriptione sua vel signo vel alia scriptura vlla venditionem comprobassent. Ait enim lex *si coheredes præsentes adfuerunt, nec dissenserunt.* Quid verò si etiam quasi testes adfuissent? Quid si præterea subscripsissent, aut signassent? An non idem multo magis Scæuola respondisset? Loquor enim de eo teste qui ius suum sciuerit, non de eo qui ignorauerit, quàm certum est propter suam ignorantiam nec decipiendi, nec dissimulandi animum habere potuisse, quemadmodum nec errantem quemquam rei suæ dominium amittere *l. si procurator 35. infr. de acquir. rer. domin.* Neque tamen dico his casibus dominum qui venditioni rei suæ adfuit, aut fructuarium qui venditioni plenæ proprietatis, hoc ipso videri dominium rei suæ amisisse. Scio enim sola voluntate siue acquirendi siue amittendi dominij, neque acquiri neque amitti posse dominium absque traditione *l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin. l. si quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poss.* Sed hoc contendo, videri his casibus dolo malo facere eum, qui cùm se dominum sciat, patitur tamen rem suam vendi à non domino, à quo nunquam empturus alius fuerat, si eum non dominum esse credidisset, aut etiam suspicatus fuisset. Item eum qui cùm se fructuarium sciret, præsens tamen & tacens passus est, vendi plenam proprietatem à nudo proprietario, quem plenæ proprietatis ius habuisse emptor credidit: ideoque accommodandam emptori exceptionem doli mali, vt in *dict. l. apud Celsum 4. §. quæsitum de doli mal. except. dict. l. si fine 5. Cod. ad SC. Velleian. dict. l. mulier 11. Cod. de distract. pignor.* Quid enim est obsecro, quod his casibus imputare possis misero emptori quem domini patientia & dissimulatio deceperit? An id fortasse quòd non crediderit adeò stultum & supinum fore dominum, vt rem suam præsens & tacens à non domino vendi prudens sciensque pateretur? An non verò longè stultior dominus ille est, quàm is tutor vel curator, de quo Iustinianus in *l. vltim. Cod. arbitr. tutel.* qui res suas in publico inuentario bonorum pupilli vel adulti tanquam non suas, sed ad pupillum vel adultum pertinentes inscribi patitur? Quòd si etiam tutoribus vel curatoribus hoc imputatur, quibus tamen non magis quàm testibus officium suum damnosum esse debet, tanquam quod & publicum & necessarium sit, ideoque maiore fauore prosequendum ex *l. cùm quadam 26. Cod. de admin. tutor.* quanto magis in teste idem recipiendum est, cuius officium non modò priuatum est, sed etiam voluntarium? Quis enim cogi potest, vt in alieni negotij testem inuitus adhibeatur? Aut si quis in hoc amici officium implere velit, quid eum vetat protestari, vt saluum sibi sit ius suum, vt in *dict. l. 4. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Quòd si rursum in specie *dict. l. vltim. Cod. arbitr. tutel.* non potest dominij quæstionem referre tutor vel curator, qui res suas in publico inuentario pupilli vel adulti sui describi passus est, ita vt per consequentias etiam dominium rei suæ amittat, quanto magis admittendum est, vt quisquis rem suam sciens eam à non domino vendi præsens, & tacens passus est, licèt rei suæ dominium retineat, si tamen eam vindicare ab emptore velit, aut vsumfructum petere, si fructuarius tantùm fuit, attamen doli mali saltem exceptione repellatur? Mouet me verò in hanc sententiam, præter supradictos textus, illud maximè, quod ab Vlpiano scriptum video in *dict. l. si quis in pignore 36. §. 1. supr.* deceptum videri secundum creditorem, id est, qui secundo loco pignus accepit, si debitor ei obligans rem iam alij obligatam non eum ipse certiorauerit de præcedenti pignore: quod vtique dici non potest, cùm res gesta est præsente ac tacente priore creditore. Ipsi enim incumbebat non debitori, vt posteriorem certioraret, ne illum decepisse videretur, vt ad eum locum scripsimus. Nec obstat vnicum illud argumentum quod afferre nostri solent ex *dict. l. sicut 8. §. non videtur quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* non videri ius suum remisisse, ne quidem pignoris eum, qui sciuit alienationem rei obligatæ nec contradixit aut de iure suo vt sibi saluum esset protestatus est, quia nimirum sciuit vtique ius suum durare. Id enim de eo

quidem

quidem verè dicitur, qui rem sibi obligatam aut suam vendi sciuit tantùm, at non etiam de illo, qui non solùm sciuit, sed etiam & præsens fuit & tacuit. Alioqui nec aliud dicendum erit in eo, qui subscripsit tabulis emptionis, si perinde liceat ei dicere ideò se subscripsisse, quod ius suum durare intelligeret. Quòd tamen supradicto loco Marcianus disertè negat in *dict. §. non videtur, versic. sed si subscripserit.* vbi nec distinguit, an quasi testis, an simpliciter subscripserit. Et quamuis de subscribente loquatur, non aliud tamen ipsum sensisse puto in eo qui quasi testis adfuerit venditioni pignoris, tametsi nec subscripserit. Nam & hunc verum est consensisse venditioni quam sciuit, & cui tacens interfuit, eaque taciturnitate deceptum emptorem pignoris, qui non aliter fuerat empturus si vinculum aliquod pignoris subesse, & post venditionem quoque creditoris ius nihilominùs durare putauisset *dict. l. quidam 12. de euict. dict. l. seruus 38. de donat. int. vir. & vxor.* Neque verò potest subscriptio quicquam addere ad testis præsentiam & patientiam ac taciturnitatem, nisi quod vtramque per se probat, quæ alioquin per testes probanda esset, quamuis interdum subscriptio etiam pro iussu & mandato sit, vt in *l. 1. §. sed etsi serui infr. quod iuss.* Minùs me mouet, quod in hac lege Modestinus scribit, ne quidem eum qui inter cæteros signauit testamentum, quo continebatur emptum à testatore fundum, qui non fuerat ei venditus, sibi præiudicasse, quominùs eum fundum possit adhuc suum dicere. Nam præter id quod non de eo loquitur, qui tanquam testis signauerit, imò potiùs de eo qui non tanquam testis, sed inter cæteros, vt lex ait, id est, nec vocatus nec rogatus, sed præsens tamen supra solemnem numerum testium, vt in *l. heredes palam 21. §. 1. infr. qui testam. facer. poss.* Apparet in specie huius legis cessare rationem illam præsumpti doli qua potissimùm mouemur. Quomodo enim decipiendi animum habere potest is, qui testamentum signat, in quo nesciat quid contineatur, vt & in *l. Titius 8. infr. de rescind. vendit.* Tractat siquidem de testamento solemni in scriptis condito, quod subscribi à testibus ac signari necesse erat, ne imperfectum esset *l. hac consultissima 21. §. finem autem Cod. de testam.* cuius nimirum tam frequens olim vsus erat, quàm infrequens nuncupatiui extra militum personas, vt alibi scripsimus. Testamentorum autem solemnium tenor ignorabatur à testibus cùm nec aperirentur, nec legerentur nisi mortuo demùm testatore *tit. Testam. quemadm. aper.* Taceo quod in hac lege non de pignoris iure agitur, quod facilè ac nuda voluntate extinguitur, sed de amittendo rei dominio quod vtique difficiliùs amittitur, vt diximus. Quamquam nec pignoris ius extingui potest per subscriptionem, aut subsignationem errantis hominis aut ignorantis, cum neque sufficiat eum sciuisse, nisi in ipso actu, & præsens fuerit, & tacens *d. §. non videtur.* Magis obstare videtur, quod scriptum est in *dict. l. Titia cùm testamento 34. §. Lucia Titia de legat. 2.* vbi cùm seruo Sempronij in codicillis ab intestato factis relicta domus per fideicommissum proponeretur, & filij defunctæ, iidemque heredes bona matris diuisissent, inter quæ etiam domum fideicommissariam præsente Sempronio quasi teste, & quæreretur, an dominus acquisitam sibi per seruum fideicommissi persecutionem amisisset, ob id quod interfuisset diuisioni. Respondet Modestinus neque fideicommissum ipso iure amissum esse, quod ne repudiari quidem poterat, neque doli exceptione summoueri dominum oportere, nisi euidenter apparuerit omittendi fideicommissi causa eum hoc fecisse. Nec enim dici potest in illa specie idem euenisse, quod in casu huius legis, vt testis adhibitus aut ius suum ignoraret, aut quid inter alios gereretur. Diuisioni enim adfuerat factæ eo tempore, quo non solùm aperti iam erant codicilli, sed etiam dominus fideicommissum seruo suo relictum agnouerat, eiusque persecutionem sibi per eam agnitionem acquisierat: alioqui legatum aut fideicommissum seruo relictum repudiare dominus posset, quod delatum sibi, non etiam acquisitum adhuc fuisset, vt Paulus scribit in *l. legatum 7. de legat. 1.* Placet enim quod Iacobus Cuiacius post Accursium docet *libr. 3. obseruat. cap. 12.* vt Paulum cum Modestino concilict, loqui Paulum de legato tantùm delato, Modestinum verò de acquisito. Nam quemadmodum præmatura repudiatio est ante delationem *l. si ita sit scriptum 45. §. 1. de legat. 2.* Ita nimis sera est post acquisitionem *l. 1. §. decretalis infr. de success. edict.* Sed respondendum est in *d. §. Lucia Titia.* non modò tractari de amittendo rei propriæ dominio, quod, vt dixi, difficiliùs amittitur, sed etiam de eo teste qui tametsi millies tanquam testis subscripsisset, aut signasset, non tamen videri posset eos quorum negotio & diuisioni adfuerat decepisse, cùm ignorare non possent relictum in codicillis iam apertis fideicommissum. Itaque certiorari non debuerunt cùm iam certi essent *l. 1. in fin. de action. empt.* nec ab aliis quàm à seipsis deceptos se queri possunt, qui domum quam Sempronio per fideicommissum relictam & acquisitam sciebant, inter se tamen quasi hereditariam diuiserint *l. nam si sciet 26. supr. de rei vindicat.* Proinde cessante ratione illa præsumpti doli quem nos non tam ex præsentia, quàm ex patientia & taciturnitate illius inducimus, qui non certiorauit, cùm certiorare deberet, sola quæstio illa apud Modestinum supererat, an ob id solum quod diuisioni Sempronius interfuerat, partam sibi & competentem fideicommissi persecutionem amisisset. Respondet autem verissimè non amisisse, quia, vt toties diximus, sola præsentia etiam cum patientia, & taciturnitate coniuncta non est, legitimus modus amittendi dominij, nec alienæ rei facta diuisio inter coheredes per arbitrum Familiæ erciscundæ valere potest, cum per adiudicationem ab arbitro factam necesse sit dominium rerum adiudicatarum in eum transire, cui adiudicatæ sunt *§. vlt. Instit. de offic. iudic.* Quod autem addit Modestinus nec doli mali exceptione summouendum Sempronium, nisi euidenter appareat eum omittendi fideicommissi causa diuisioni adfuisse, ostendit satis faciliùs esse, vt inducatur doli exceptio ad summouendum eum, qui alieno negotio tanquam testis interfuit, quàm vt per suam præsentiam ius dominij amisisse existimetur. Loquor de iure dominij, quia quod ad pignoris ius attinet, tam facile est, extingui & dissolui vinculum pignoris ipso iure, quàm aduersus pignoris persecutionem doli exceptionem accommodari, cùm pignus sola nudaque voluntate liberetur, quæ modò habeat consensum. Quomodo autem potest doli exceptio locum habere, si nemo sit qui deceperit, aut qui deceptus sit? Verissimum igitur est, quod volumus toties præsentiam cum patientia & taciturnitate coniunctam nocere, quoties is qui præsens fuit, & tacuit, alioqui decepisset contrahentem, & iustam eius ignorantiam

circumuenisset. Quare nec putandum est, aliud responsurum fuisse Modestinum in specie *dict. §. Lucia Titia.* si Sempronius non quasi testis adfuisset diuisioni, dum ne ad hoc ipsum, vt fideicommissi persecutionem omitteret, adhibitus fuisset. Quo casu nec ei prodesset, quòd tanquam testis adhibitus esset, vt omnium clarissimè responsum illud Modestini demonstrat. In eo summopere notandum aduersus illos, qui negant fieri posse vt sibi noceat is, qui non nisi tanquam testis adhibitus fuit. Contrà verò in specie *dict. l. fideiussor 26. §. pater infr. de pignor.* idem Modestinus respondit, nec dubitandum esse quin filius emancipatus, qui iubente patre mutuam pecuniam accepturo à Septitio creditore, chirographum sua manu perscripserat, cùm pater ipse impeditus esset scribere: quo chirographo continebatur, inter cętera domum quæ ad filium emancipatum pertinebat pignori futuram creditori, consensum suum ei obligationi pignoris accommodauerit, quamuis neque signo suo neque alia scriptura puta subscriptione sua consensum suum declarasset: non enim poterat ignorare quid chirographo contineretur, quod ipse manu sua perscripsisset, atque ita decepisset creditorem, si ea scriptura non consensisse pignori diceretur. Cùm tamen ex facti circumstantiis appareret scriptum à filio instrumentum chirographi iubente patre, idque facilè persuadente, cùm propter reuerentiam quæ à filio quamuis emancipato debetur patri, contradicere filius non auderet *arg. l. 1. §. quæ onerandæ infr. quar. rer. exact. non det. l. penult. de furt. l. si patre cogente 22. de rit. nupt. l. si superstite 5. Cod. de dolo.* Nec tamen adhibitum à patre filium ad perscribendum chirographum ea mente, vt sibi noceret, aut quòd actum esset cum creditore, vt ea filij domus pignori daretur: sed ob id tantùm quòd siue infirmitate, siue qua alia de causa impediretur pater, ne chirographum sua manu posset perscribere. Quibus circumstantiis concurrentibus vix sanè vt puto reperiretur ex pragmaticis nostris, qui contra filium id respondere auderet, nisi Modestinus prior respondisset. Qui porrò non aliam ita respondendi causam habuit, quàm quia deciperetur Septitius, qui pecuniam verisimiliter crediturus non fuisset, nisi domum filij futuram sibi pignori ex chirographo didicisset. Quanto magis autem fuerat Modestinus idem responsurus, si filius hic manu sua chirographo subscripsisset tanquam testis, aut chirographum anulo suo signasset? Id enim significant verba illa, *Cùm neque consensum suum accommodauerit patri aut signo suo, aut alia scriptura.* Æquius namque est, sibi nocere illum qui subscribit, aut signat anulo tanquam testis, adeoque qui se in testem adhiberi patitur, licèt neque subscribat neque signet, quàm is qui ad perscribendum alieno nomine instrumentum manus suæ ministerium duntaxat adhibet, præsertim si filius sit, qui iubenti, & imperanti patri non valenti fortasse propter decrepitam ætatem, aut valetudinem scribere, non possit non parere, si non patriæ potestatis iure, quæ post emancipationem nulla superest, saltem reuerentiæ ratione quæ per emancipationem non intercidit nec quicquam cum patria potestate commune habet *l. adoptiuum 8. supr. de in ius vocand. l. 4. infr. de curat. furios. & alijs extr. minor. dand.* Vide elegantem de tota quæstione hac & latam disceptationem apud Annæum Robertum *libr. 4. rer. iudicat.* vbi duo celeberrima refert in sententiæ nostræ confirmationem, magnæ Curiæ Parisiensis Senatusconsulta: quorum authoritate, tantisque rationum momentis facilè persuasus Senatus noster idem pronunciauit, in causa quadam ardua, non aliter in posterum pronunciaturus, quoties casus occurret. Nam & interpretum nostrorum communis hæc sententia est tam Canonistarum in *cap. ex literis.* vbi potissimùm Abbas *extr. de transact.* quàm Legistarum, vt refert Anton. Gabriel. *libr. 1. Commun. opin. Conclus. 3. de præsumpt. à num. 18. vsque ad num. 26.* Notat hîc Accursius, non omnem vocem testatoris habere vim legis ex *l. rationes 6. Cod. de probat. l. Seia 28. in princip. infr. ad SC. Velleian:* Sicuti nec quælibet vox iudicis habet vim sententiæ *l. ex stipulatione 7. Cod. de sentent. & interloc. omn. iudic.* Rectè: neque enim lex duodecim tabularum permisit patrifamilias de rebus alienis testari, sed de suis duntaxat *l. verbis legis 120. de verb. signific. l. conficiuntur 8. §. si post factum infr. de iur. codicill.* Sed quod addit, erroneam subscriptionem non nocere, tametsi verum sit, vt constat ex *l. vltim. Cod. plus valer. quod agit. l. 2. Cod. de reb. alien. non alienand.* ad hanc tamen legem non est accommodatum, in qua signauerat debitor testamentum sui creditoris, non tam per errorem quàm per meram iustamque alieni facti ignorantiam, vt & in *l. Titius 8. infr. de rescind. vendit.* facta erat subscriptio ab ignorante ius suum, qui si sciuisset non subscripsisset, quique proinde subscribendo emptorem decepisse videri non poterat. Æquè impertinens est quod idem Accursius subiicit, Plus valere quod est in veritate quàm quod est in opinione *§. si quis Instit. de legat.* Est enim opinio quidem aliqua & ea falsa illius qui errat, sed non etiam eius qui ignorat penitus: quamuis error quoque habeat in se ignorantiam quandam, aut potiùs imperitiam, vt loquitur Vlpianus in *l. si per errorem 15. supr. De iurisdict.* Denique quod ex hac lege infert generaliter Accursius pręsentiam etiam cum patientia & taciturnitate coniunctam (de hac enim sola loquimur) non haberi pro consensu, falsissimum certè est omnibus illis casibus quibus alioquin eueniret, vt ex ea pręsentia & taciturnitate alius deciperetur, vt probauimus ex *dict. l. quidam 12. de euict. dict. l. seruus communis 38. de donat. int. vir. & vxor. d. l. fideiussor 26. §. pater de pignor. d. l. sicut 8. §. non videtur vers. sed si subscripserit & l. Titius 9. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. d. l. apud Celsum 4. §. quæsitum 12. de doli mal. except. d. l. 1. §. sed & si serui quod iuss. d. l. si fine 5. C. ad SC. Velleian. l. mulier 11. C. de distract. pignor. l. si eo tempore 6. l. si hypothecas 8. C. de remiss. pignor. d. l. vlt. C. arbitr. tutel.*

40. PAPINIANVS libro 3. Responsorum.

DEbitor à creditore pignus, quod dedit, frustra emit: cùm rei suæ nulla emptio sit. nec, si minoris emerit [a], & pignus petat, aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem pignoris restituere cogitur.

Ad l. Debitor.

Ad l. Debitor 40.

RAT. DVB. Poteſt quis vendere ius, quod habet in re aliena, ſicut & legare, adeò vt quiſquis rem alienam vendit, aut legat, in qua ius aliquod habeat, non aliud quàm illud ipſum ius quod in ea re habear, legare vel vendere videatur *l. ſi domus 71. §. pen. & vlt. de legat.* 1. Atqui licèt pignus remaneat in bonis debitoris *l. cùm & ſortis 35. §. 1. ſupr. l. reſcriptum 12. infr. de diſtract. pignor. l. pignus 6. C. hoc tit.* habet tamen creditor in re obligata ius pignoris, reique tandiu retinendæ, quandiu totum debitum ſolutum non ſit, aut aliter eo nomine ſatisfactum *l. quandiu 6. C. de diſtract. pignor. l. ſi rem 9. § omnis pecunia ſupr. hoc tit.* Ergo nihil prohibet, quominùs poſſit debitor à creditore pignus emere, vt ius illud ſaltem creditoris emiſſe exiſtimetur, & poſſeſſionem pignoris quam habet creditor *d. l. ſi rem § propriè d. l. cum & ſortis § 1.* Nam ſi eam poſſeſſionem locare creditor debitori poteſt, & precariò concedere *l. ſi rem alienam 29.* vbi diximus *ſupr. hoc tit. l. ſi aliquam 28. l. qui pignoris 36. & ſeq. infr. de acquir. poſſeſſ. l. non ſolùm 33. §. vlt. de vſucap. l. certè 6. §. vlt. & l. ſeq. de precar.* Quidni & vẽdere? Cùm quicquid locari & precario & pignori dari poteſt, multo magis vendi poſſit *l. 2. infr. locat. l. ſed & quod 9. §. 1. infr. de pignor.* Etſi video Accurſium noſtrum contrà ſentire, vt ſi creditor debitori poſſeſſionem ipſam pignoris expreſsè vendiderit, repetere poſſit debitor quod eo nomine dedit, quaſi nihil actum ſit ex *l. ſeruum meum 37. ſupr. de condict. indeb.* Quæ tamen lex ad rem nil pertinet. Agit enim de domino, qui rem ſuam inſciens emerit, non de debitore qui pignoris poſſeſſionem ſolam, emerit à creditore. Sicut enim aliud eſt proprietas, aliud autem poſſeſſio, aliud precium rei aliud poſſeſſionis *l. 3. §. vlt. infr. vti poſſid.* Sic aliud eſt proprietatem & rem ipſam vendere, aliud verò poſſeſſionem, ſicut & legare, & locare, & precariò concedere, vt ex ſupradictis legibus apparet. Ergo non fruſtrà debitor emit à creditore pignus quod ei dedit.

DEC. Rei ſuæ nulla emptio eſt, ſiue ſciens, ſiue ignorans quis emat *l. ſuæ rei 16. infr. de contr. empt. l. neque pignus 45. de regul. iur.* Atqui remanet pignus in bonis debitoris, vt diximus. Ergo debitor à creditore pignus quod ei dedit fruſtrà emit. Nec enim comparatæ ſunt emptiones & venditiones, niſi vt qui emit, rem alienam ſibi acquirat, non quaſi res aliena vendi non poſſit, quam vendi poſſe certum eſt *l. rem alienam 28. de contr. empt.* ſed quia non poteſt videri ea res vendita de cuius dominio id actum eſt, inter emptorem & venditorem, ne ad emptorem tranſeat, ſed hoc aut locatio eſt, aut aliud genus contractus *l. pen. § vlt. eod. tit.* Id autem quòd iam meum eſt non magis meum fieri poteſt *§. ſic itaque Inſtit. de action. § ſi aliena 6. & § ſed ſi rem 10. Inſtit. de legat. l. in bello 12. §. ſi quis ſeruum de captiu. & poſtlim. l. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* Aliud ſanè eſt, ſi quis non quaſi ſuæ rei emptor, ſed quaſi debitor ipſum ius pignoris à creditore redemerit, adeoque pignoris poſſeſſionem. Nec enim dubitandum eſt, quin huiuſmodi emptio & venditio valeat. Quod non obſcurè innuit Iulianus in *l. ſi debitor 39. in princip. eod. tit.* vbi ait, ſi debitor rem pigneratam redemerit à creditore, quaſi ſuæ rei emptor, non teneri eum actione ex vendito & integra eſſe omnia creditori. Opponit nimirum Iulianus debitorem, qui pignus redimit tanquam rei ſuæ emptor, ei qui pignus redimit tanquam debitor à creditore quaſi creditore. Hic enim non proprietatem, quemadmodum ille, ſed ſolum ius pignoris quod in ea re creditori competebat, emere voluiſſe intelligitur, ne ſcilicet debitum pro quo pignus datum fuit, reſtituere teneatur, ſed precium duntaxat de quo conuenit perſoluere; quaſi commutato debito in precium, & pignore in venditionem. Econtrariò non dubitatur, quin creditor indiſtinctè poſſit emere pignus à debitore, quia debitor dominus pignoris eſt *dict. l. reſcriptum 12. in princ. infr. de diſtr. pignor.* Planè ſi debitor velit pignus emere à creditore, in eamque rem ſupponat perſonam amici qui emat, licèt mera iuris ratione non magis valeat emptio, quia ſemper verum eſt, debitorem emere rem ſuam, placet tamen mandatum conſiſtere, vt ex eo & qui mandauit, & mandatarius mandati actione ille directa, hic contraria obligetur *l. ſi mandauero tibi 22. §. ſi hi quorum infr. mandat.*

a *Nec ſi minoris emerit.* RAT. DVB. Etiam ex actu nullo declaratur voluntas *l. vlt. infr. de reb. eor. qui ſub tutel. l. licèt transferam 20. de adim. legat.* Ergo quamuis debitor à creditore pignus quod dedit fruſtrà emat, cùm rei ſuæ emptio nulla ſit, ſi tamen minoris emerit quàm ſit debitum, tanti videtur ius ſuum æſtimaſſe quanti precium, non quanti debitum eſt. Et conſequenter ſiue pignus repetat per directam actionem pigneratitiam, ſiue dominium vindicet, quod vtrique facere tanquam dominus poteſt, dicendum eſt non cogi eum offerre totum debitum creditori, vt creditorem cogat poſſeſſionem pignoris reſtituere, ſed ſufficere ſi tantum offerat, quantum precij nomine conuentum fuit. DEC. Non magis poteſt eſſe precium aliquod vbi nulla emptio eſt; quàm aliqua eſſe emptio vbi nullũ precium eſt, cùm ſubſtantia emptionis conſiſtat ex precio *l. 1. l. 2. §. 1. l. pacta conuenta 72. verſ. Paulus notat inf. de contr. empt. l. 1. de rer. permut.* Ergo cùm rei ſuæ emptio non cõſiſtat, nulla precij cõuenti ratio haberi poteſt in luendo aut vindicando pignore, ſed tantũ debitæ quãtitatis, nec minùs ſi debitor pluris pignus emerit, quã in debito ſit, quàm ſi minoris. Id enim tantũ offerre cogetur, quod eſt in debito, nõ quod in precio.

1 ¶ Debitoris filius, qui manet in patris poteſtate fruſtra pignus à creditore patris, peculiaribus nummis comparat. & ideo ſi patronus debitoris contra tabulas eius poſſeſſionem acceperit, dominij partem obtinebit. nam pecunia, quam filius ex re patris [a] in pretium dedit, pignus liberatur.

Ad §. 1. Debitoris.

RAT. DVB. Qui emit pignus à creditore iure creditoris diſtrahente, non tantùm poſſeſſionem rei obligatæ nanciſcitur, ſed etiam dominium *l. 4. ſupr. l. non eſt nouum 46. infr. de acquir. rer. domin.* adeò vt de proprietate vinci non poſſit *l. qui à creditore 18. C. de diſtract. pignor.* Atqui ponimus debitoris filium pignus à patre datum emiſſe à creditore ritè diſtrahente. Ergo dicendum eſt dominium rei obligatæ

acquiri filio non patri. Et consequenter si debitor fuerit libertinæ conditionis, patronum eius petentem bonorum possessionem contra liberti tabulas ob non relictam ei legitimam portionem (nullo scilicet iam superstite filio vel eo ritè exheredato recteque, vt querelam proponere, ac in ea obtinere non possit, vel denique abstinente se bonis patris, vt Iustinianus explicat in *tit. de success. libert.*) nullam dominij partem in eo pignore habiturum, tanquam quod in bonis morientis liberti non fuerit, sed in bonis filij, qui non libertus, sed ingenuus fuit, vt pote ex libero & libera natus *titul. 1. Inst. de ingen. in princip.* Nec quod filius hic in patris potestate fuerit emptionis tempore ad rem facere videtur: cùm etiam vetere Pandectarum iure filiusfamilias acquisitionis capax esset, nolente patre aut non valente sibi acquirere, vt contra inueteratum errorem interpretum sæpiùs docuimus ex *l. 4. §. sed & filiusfamilias supr. de edend. l. si qui heres 13. §. vltim. l. cùm heres 52. infr. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio 11. l. Imperator 50. ad SC. Trebell. l. 1. Cod. qui admitt. ad bonor. possess.* Atqui non potest pater pignus suum emere à creditore, ne quidem per suppositam filij personam, quia rei suæ emptio nulla est, vt diximus ad initium huius legis ex *l. si mandauero tibi 22. §. si hi quorum infr. mandat.* Ergo non potest patria potestas impedire, quin hoc saltem casu possit filius patris rem sibi emere non à patre, sed à creditore, sicut & alius extraneus quilibet: præsertim cùm nulla in eo fiat iniuria aut patri aut creditori. Minùs ad rem facit quod in proposita huius §. specie filiusfamilias ex peculiaribus nummis, id est, vt bene Accursius interpretatur, ex profectitiis pignus paternum comparauerit. Constat enim quoties de dominio rei venditæ quæritur, cui acquiratur, non tam inspiciendum esse ex cuius pecunia res empta sit, quàm cuius nomine & empta fuerit, & tradita *l. qui aliena 8. C. si quis alter. vel sib.* nisi cùm comparata est ex nummis pupilli vel militis *l. ex facto 52. vers. planè infr. de pecul. l. si vt proponis 8. Cod. de rei vindic. l. 2. infr. quand. ex fact. tutor.* Ponimus autem & filiumfamilias emisse sibi, & suo nomine, quamuis ex peculio profectitio, & ei non patri traditam rem fuisse, vt taceam peculium profectitium, tametsi sit patris, esse tamen etiam filiifamilias, & veluti patrimonium eius censeri *l. 3. §. sed verum l. patri 27. supr. de minor. l. depositi 5. §. peculium l. quoties 47. §. vltim. & pass. infr. de pecul.*

Dec. Filiusfamilias in patris potestate manens quicquid acquirit, etiamsi velit sibi acquirere, acquirit tamen patri, & quidem ita vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona filij, non magis quàm in persona serui, si quid seruus acquirat, dummodò velit pater sibi acquiri *l. placet 79. de acquir. hered.* Nulla enim hac parte inter filiumfamilias & seruum differentia est, nisi quod seruus acquirit domino etiam inuito *l. etiam inuitu 32. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. de verb. oblig.* extra causam hereditatis *l. qui in aliena 6. l. si quis mihi 25. §. iussum de acquir. hered.* Filius verò patri non nisi volenti, quia ipse cùm sit liber homo, & habeat caput in ciuitate, acquirere sibi potest, vt diximus. Ergo fatendum est filiumfamilias ementem à creditore pignus à patre datum ex nummis peculiaribus, vel patri acquirere vel nihil agere. Atqui patri acquirere non potest, ne quidem volenti, quia nec pater ipse rem suam posset emere, & sibi magis acquirere, cùm id quod iam ipsius est magis eius fieri non possit *§. sic itaque Instit. de action. l. non vt ex pluribus* 159. *de regul. iur.* Ergo, vt Papinianus hîc respondet, filius debitoris in patris potestate manens, frustra pignus à creditore patris peculiaribus nummis comparat. Tunc enim filiusfamilias sibi potest acquirere, cùm pater non vult sibi per filium acquiri, non autem cùm acquirere patri non potest, nec si pater velit. Dices, tanto magis permittendum esse filio, vt sibi acquirat, cùm patri acquirere non potest, nec si ambo consentiant. Quid enim refert, an pater sibi per filium acquiri nolit, an ei acquirere filius non possit? Sed respondeo primam in acquirendo causam esse patris, secundam filij *l. 1. C. qui admitt. ad bonor. possess. possint.* vt proinde quod filiusfamilias patri acquirere etiam volenti non potest, nec sibi possit. Instabis, Cur ergo Papinianus distinguit, an ex peculiaribus nummis, an ex aliis filius paternum pignus comparauerit? Nam cùm ait frustrà eum comparare ex nummis peculiaribus, hoc ipso fatetur aliud dicendum esse, valereque emptionem, si filius ex aliis quàm ex peculiaribus nummis comparauerit. Et sanè ita est. Valet hoc casu emptio, non quia pater rem iam suam acquirere sibi vno casu magis quàm alio possit, sed quia cùm ex aliis quàm ex profectitiis & peculiaribus nummis filius paternum pignus à creditore comparauit, emolumentum aliquod emptionis est, quod patri per filium acquiri possit, scilicet vt incipiat pater rem suam habere liberam, quæ anteà fuerat pignori obligata: Habere, inquam, ex noua causa, id est, ex venditione per creditorem facta, & eodem penè iure quo haberet, si res creditoris fuisset, postquàm ita receptũ est, vt creditor rem sibi obligatam perinde ac suam possit distrahere, eiusque dominium in emptorem transferre *d. l. 4. supr. d. l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. domin.* Quid? inquies, An non & idem euenit, cùm ex peculiaribus nummis filius à creditore pignus emit? Nam & hoc casu pignus liberatur, vt Papinianus subiicit. Est igitur aliquod emolumentum patris, hoc quoque casu ex emptione, quam filiusfamilias fecerit. Respondeo, Imò verò nullum esse hoc casu patris emolumẽtum, quia pignus ex ipsius patris, non ex filij pecunia liberatum intelligitur, quandoquidem peculium licèt sit filiifamilias, magis tamen est patris, qui ob hanc causam & de peculio tenetur, & peculium filio adimere, aut in totum ex parte pro arbitrio quandocunque potest, dum ne dolo malo *d. l. 3. §. sed verum & d. l. patri 27. de minor. l. quis ergo 16. l. summa cum ratione 21. l. peculium 40. in fin. de pecul. l. 1. §. 1. l. interdum 14. de in rem vers.* Precium autem quod ex causa emptionis soluitur omnino necesse est emptoris esse, vt pecuniæ numeratæ dominium transferre possit in venditorem *l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt.* Nihil ergo acquirit filius patri, cùm ex nummis paternis soluit precium rei paternæ, quam emit. Et quod hoc quoque casu pignus liberatur, non ex eo fit, quasi factum filij liberationem patri acquisierit: sed quia perinde esse debet, ac si pater creditori per filium soluisset, quo casu non dubitaretur quin & parta patri liberatio, & pignus quoque per consequentias necessarias liberatum esset. Cùm verò ex aliis quàm peculiaribus nũmis solutio precij facta est creditori, non quidem ab ipso filio (nummi enim quantumuis alieni, si traditi essent filio, æquè patri acquirerentur per filium, nec proinde alio iure censeri deberent, quàm peculiares) sed ab alio qui donatũ filio voluerit, vt nunquã videri potuerit pecunia quæsita patri, sed rectà creditori nomine tamen filij pignus paternũ ementis, acqui-

tis, acquiritur emolumentum emptionis patri per filium, vt pater nō modò rem suam liberam habere incipiat, sed neque creditori amplius neque extraneo qui numerauit pecuniā, teneatur. Itaq; quod in specie huius §. Papinianus negat, valere emptionē factam à filio, non illam duntaxat rationē habet, quod filius eo tempore fuerit in patris potestate, sed hanc quoque quod ex peculiaribus nummis preciū soluerit: qua posteriore ratione cessante prior vtique sola non sufficeret, vt emptio impediretur, & frustra facta dici deberet. Illud verò dignū obseruatione est, quod quāuis Iustin. in *l. cū oportet 6. & l. vlt. Cod. de bon. quæ liber.* effecerit filiosfamilias capaces acquirendorum sibi aduentitiorum omnium solo patri excepto & concesso vsufructu. Incorrecta tamen remanet etiam hodie sententia huius §. quia in nummis peculiaribus, & generaliter in profectitiis omnibus nihil Iustinianus innouauit *d. l. cùm oportet. in princip.* Planè quod diximus in nummis aduentitiis aliud responsurum fuisse Papinianum, si modò non tradiri filio fuissent ab extraneo, sed ipsius nomine soluti pignoratitio creditori admittēdum hodie est indistinctè, id est eo quoq; casu quo ipsi filiofamilas traditi sint, quia nō ideò acquirūtur patri per filium, vt olim, sed filio soli, ob idque preciū ex eiusmodi nummis solutū non ex patris, sed ex filij pecunia solutū videri omnimodo debet.

a *Nam pecunia quam filius ex re patris.* RAT. DVB. Non liberatur pignus, nisi tota pecunia quę debetur creditori soluta sit vel ab ipso debitore vel saltem ab alio ipsius debitoris nomine; vel aliter creditori fuerit satisfactum *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* Atqui ponimus solutam fuisse pecuniā non à patre debitore, sed à filio emente rem patris, nec patris nomine, sed ipsius filij: nec denique pro debito, sed pro precio emptionis, & quidem quæ ipso iure nulla est, & inualida. Non igitur fieri potest, vt eius pecuniæ solutione pignus liberetur.

DEC. Sufficit ad liberationem pignoris, vt quantum debetur creditori ex ea causa pro qua pignus datum est, tantundem ex pecunia debitoris ad creditorem peruenerit, cuius pecuniæ retinendæ non aliā causam habeat creditor, quàm quia creditor sit & quæ causa si nō esset, condictione teneretur creditor ad eā pecuniā restituendam, quia semper bonū & æquum est, pecuniā meam quæ ad te sine causa peruenerit, mihi abs te reddi *l. si & me & Titium 32. in fin. supr. de reb. credit.* Atqui nullam creditor hîc causam habet retinendæ pecuniæ quam filius pro venditionis pretio ex re patris soluit, cùm tanquam venditor retinere non possit iure precij ex causa eius venditionis, quæ non valuit. Superest igitur, vt pecuniam sibi solutam in precium retineat, & imputet in debitum, pro quo pignus acceperat, & consequētet, vt si quantitas precij non minor sit quantitate debiti (hoc enim omnimodo exigitur, vt pignus liberari possit, cuius liberandi causa indiuidua est, vt toties diximus ex *leg. heredes 25. §. idem obseruatur supr. famil. ercisc. l. rem hereditariam 65. infr. de euict. l. quandiu 6. Cod. de distract. pignor.*) non solùm pater ipse idem debitor iure cuiusdam compensationis liberetur, vt in *leg. si conuenerit 18. supr.* sed etiam pignus ipsum extinguatur, non minùs quàm si à patre ipso facta solutio proponeretur. Nihil enim refert, vt in superioribus diximus, an creditor pecuniam à patre ipso eodémque debitore acceperit, quo casu nemo dubitaret, quin pignus liberatum esset, an verò à filio soluente ex re patris, quamuis suo non patris nomine quoties neque solutionis faciendæ causam vllā filius habuit, neq; habet creditor pecuniæ retinendę.

2 ¶ Soluta pecunia, creditor possessionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit, restituere debet: nec quicquam amplius præstare cogitur. Itaque si medio tēpore pignus creditor pignori dederit: domino soluēte pecuniam, quam debuit, secūdi pignoris neq; persecutio dabitur, neq; retētio relinquetur.

Ad §. vlt. Soluta pecunia.

RAT. DVB. Iure suo facit creditor, qui pignus sibi datum à suo debitore, dat etiam alij creditori suo pignori. Id enim tandem receptum est à prudentibus, contra iuris rigorem, qui aliud suadere videbatur, cùm pignus dari non possit, nisi à domino *l. aliena res 20.* vbi diximus *supr.* Creditor autem non sit dominus *leg. cùm & sortu 35. §. 1. supr.* sed ex summa æquitate ob vtilitatem commerciorum, postquàm vtilitas pignorum irrepsit *l. qui autem 14. §. 1. supr. de pecun. constit.* & illo etiam iuris colore, quòd creditor pignoratitius omnes pignoris fructus suos faciat, quamuis posteà imputandos in sortem *leg. 1. & 2. Cod. hoc tit.* fructus autem rei sit vel pignori dare licere *l. vltim. infr. de vsurp.* Ergo si creditor pignoratitius pignus sibi datū pro cētum alij dederit pignori pro ducentis, non est audiendus debitor, si centum dumtaxat oblatis, quæ ipse debet, pignoratitia velit agere ad pignoris à se dati restitutionem: nisi præterea offerat centum alia, id est, integra ducenta, quæ secundo creditori debentur. Quomodo enim fieri potest, vt pignoris vinculum quod pro secundo creditore ritè rectéq; contractum est, inuito eo dissoluatur, oblata minore summa, quàm quæ ipsi debeatur? Quandoquidem voluntate primi debitoris pignus quod ei datum fuerat, etiam creditori creditoris obligatum intelligitur. Quod sufficit, vt non nisi tota summa soluta quæ creditori creditoris debetur, luere pignus possit, *d. l. aliena 20. l. petenti 27. supr. hoc tit.* Nec vlla in eo fieri videtur iniuria primo debitori, qui vtique aduersus proprium creditorem habere potest regressum pignoratitia actione ad consequendam indemnitatem, ob id, quod pro maiori quantitate pignus alij dederit, quàm pro quanta sibi datum fuisset. DEC. Resoluto iure datoris resoluitur ius acceptoris, vt solent loqui nostri, & verissimum est ex *l. lex vectigali fundo 31. infr. de pignor. l. vbi autem 4. alias l. si ex duobus §. sed & Marcellus infr. de in diem addict.* quia nec plus iuris in alium transferre quisquam potest, quàm ipse habeat *vulg. l. nemo plus iuris 54. de regul. iur.* Atqui primus creditor qui pignus sibi à debitore suo datum alij creditori pro maiori quantitate pecuniæ dedit pignori, non habuit ius obligatæ rei retinendæ, nisi quoadusque soluta ei esset pecunia, quæ ipsi non quæ ab ipso debeatur, & quamuis ex tacita ipsius voluntate creditor idem pignus alij suo creditori dedisse videatur; debet tamen eiusmodi tacita voluntas tacitam quoque illam interpretationem admittere, vt neque longiori tempore voluerit secundum pignus durare, quàm quo primum duraturum esset, neque pro maiori quantitate, quàm pro qua ipse pignus dedisset. Denique

vt hactenus meliorem suam condicionem facere creditor primus posset, quòd idem pignus creditori suo iterum dare pignori non prohiberetur, sed tamẽ deteriorem ac duriorem debitoris sui causam facere ea datione non posset. Ergo dicendum est, quod Papinianus hic respondet solutâ creditori pignoratitio per debitorem pecuniâ quam ipse debuit, cogendum esse creditorem qui priore loco pignus accepit, vt corporalem possessionem quam pignus accipiendo nactus est, per actionem pignoratitiam restituat, nec amplius quicquam præstare cogi debitorem, vt pignus à se datum liberet, id est, non etiam ad hoc teneri, vt præterea offerat, vel præstet, quod creditoris creditori amplius debeatur, quamuis primus creditor qui secundo idem pignus dedit pro maiori quantitate pecuniæ non aliter luere illud possit, quàm si totum offerat quod debet, nec liberetur offerendo, quantum sibi debetur. Nihil enim commune habet pignus primum cum secundo nisi quod eadem res est, quæ vtroque contractu obligata fuit, cùmq; pignoratitia actio nascatur ex contractu pignoris *l. 1. supr. l. pen. infr.* sicuti non potest dari primo debitori contra creditoris sui creditorem, cum quo non contraxit, ita neque æstimanda est ex eo, quod primus creditor pignoratitius creditori suo debeat, sed ex eo tantũ quod suo creditori debet primus debitor, qui pignus dedit, & hic proculdubio Papiniani in hoc §. sensus est, siue dictionem *debitor*, quæ in textu deest addere velis, siue malis supplere ad verbum *cogitur*. Nam si referas cum Accursio verbum hoc *ad creditorem*, facies omnino ridiculum Papinianum, & respondentem de casu prorsus indubitabili. Quid enim aliud possit debitor à creditore petere per actionem pignoratitiã, nisi vt corporalis possessio pignoris, quam in creditorem transtulit, sibi à creditore restituatur? An fortè Papinianus cùm de corporali possessione locutus est, de naturali tantum sensit, vt ciuilem excluderet? quomodo apud Accursium quidam interpretantur? Sed hoc totum nugatorium est cùm ciuilis possessio naturalem plerumque concomitetur, præsertim verò in iusto creditore pignoratitio, quem constat possidere sibi etiam ciuiliter, quod ad omnes causas prætterquàm quod ad vsucapionem *leg. serui nomine 16. inf. de vsucap.* Præter id quod, vt idem Accursius disputat *restituendi* verbum, quo hic Papinianus vtitur, plenissimam habet significationem *leg. videamus 38. §. in Fauiana infr. de vsur. leg. restituere 35. leg. restituere 75. de verb. signific.* vt proinde non minùs ciuilem quàm naturalem possessionem continere debeat. Nec minùs tamen nugatur idem Accursius, cùm Papinianum sic intelligit, vt creditor pignoratitia conuentus possessionem tantum pignoris restituere teneatur, non etiam pignus quod dedit creditori suo liberare. Nam imò verò liberare teneretur, si vellet ipse pignus à se datum luere, aut si secunda pignoris datio ab eo facta posset rem obligatam afficere supra eam quantitatem, cuius debitor fuit dominus, qui pignus dedit. Quod si Papinianũ sic velis intelligere, vt creditor ad nihil aliud cogi possit, quàm ad corporalem possessionem restituendam vt excludas quanto deterior res obligata facta sit dolo vel culpa creditoris, falsam efficies Papiniani sententiam, cùm neque restitui videatur res, quæ deterior redditur, sed dolo potius facere videatur, qui deteriorem reddit *l. 3. §. si reddita supr. tit. prox. l. 1. §. si res deposita 16. infr. deposit. l. creditor. 7. & seq. Cod. hoc tit.* Admittamus ergo, quod res est, Papinianum de debitore loqui non de creditore, cùm ait nihil eum ampliùs præstare cogi, scilicet quàm vt soluat id ipsum, quod suo creditori debet, non quod creditor alij suo creditori. Non enim videri potest minus soluisse is, in quem amplioris summæ actio non competit *l. non potest videri 117. de verb. signific.* Huic verò interpretationi nostræ, aut etiam emendationi, si dictionem debitor me cum addere malis, quàm supplere, ne quid obscuri aut ambigui remaneat, quadrant optimè sequentia illa omnia, quæ per illationem Papinianus subiicit his verbis, *Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino soluente pecuniam quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.* Esset enim hęc illatio inepta si in præcedentibus dixisset Papinianus creditorem pignoratitium, nihil aliud præstare cogendum per actionem pignoratitiam quàm vt corporalem pignoris possessionem restituat creditori. Quid enim hoc cum illo commune habet? sed erit congruentissima si superior sententia ad debitorem referatur: si enim verum est, vt est, debitorem creditoris qui idem pignus alij creditori pignori dederit, nihil amplius præstare cogi, quàm vt eam pecuniam soluat, quam ipse debeat, non etiam quam creditor suo creditori, prorsus consequens est, vt eâ pecuniâ solutâ, quemadmodum pignoris primi vinculum tollitur, ita secundum pignus quod à primo pendet tanquam accessorium quoddam à principali, æquè pereat, & extinguatur: ac proinde vt neque persecutio pignoris secundo creditori competat, si pignus non possideat, neque retentio si possideat, quia tam persecutio quàm retentio pignoris præsupponit pignus aliquod in necessarium antecedens *l. 1. infr. de pign.* quamuis retentio possit locum habere, etiamsi pignus nullum sit, vt in *leg. si in area 33. de condict. indeb. leg. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid.* Subsistente nimirum alia causa iusta, quæ porrò hîc, nullo subsistente pignore, subesse nulla potest. Iunge his quæ diximus, *Tit. Cod. si pignus pignor. dat. sit leg. grege 13. §. cùm pignori infr. de pignor. leg. de accessionibus 14. §. & si mihi pignori infr. de diuers. tempor. praescript.*

41. PAVLVS libro 8. Quæstionum.

REm alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse cœpisti. datur vtilis actio pigneraticia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio[a], qui rem meã obligauerat sine mea voluntate, heres extitero. hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, neque vtique sufficiet ad com-

ad competendam vtilem pigneratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si conuenisset de pignore, vt ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus vtilis actio moueatur.

Ad l. Rem alienam 41.

RAT. DVB. Quisquis agit hypothecaria (de hac enim Paulus hîc tractat, quam posteà pignoris persecutionem appellat, licèt eam suo more pignoratitiam vocet, vt in *l. pen. §. 1. infr. de except. rei iudic.*) probare debet præcisè rem in bonis debitoris fuisse eo tempore, quo conueniebat de pignore *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor. l. quæ prædium 6. & l. vlt. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Nam cùm pignoris obligatio rem ipsam afficiat, de qua obliganda agitur, certum est non ab alio posse rem obligari, quàm qui eius dominus sit, nisi proponas in contrahenda obligatione voluntatem domini siue expressam siue tacitam interuenisse, aut eius ratihabitionem secutam fuisse, vt in *l. aliena res 20. supr. hoc tit. l. si fundus 16. §. 1. infr. de pignor.* vel obligatam rem fuisse sub hac condicione, si in debitoris dominium quandoque perueniret, vt in *d. l. si fundus 16. §. aliena res.* vel denique fuisse debitori iam tum debitam cùm eam obligabat *l. 1. in princip. eod. tit.* ex ea scilicet causa, ex qua dominium subinde acquiri per solutionem & traditionem debitori speraretur, puta ex causa emptionis vel stipulationis aliáve simili. Sic enim locus ille intelligendus est, vt constat ex *l. 3. §. cùm ex causa infr. qui potior. in pignor. hab. l. filiam fratribus 56. ad SC. Trebell. l. si quis alienam 46. de action. empt.* Ergo si rem alienam pignori dederis, deinde dominus eius rei esse cœperis, non ideo vtilis actio pignoratitia: id est, hypothecaria dari debet creditori. Multum siquidem refert, an quis expressa vel tacita conuentione bona sua omnia generaliter obliget præsentia & futura, an verò specialiter obliget certã rem alienam. Priore casu sufficit dominium quandocunque posteà debitori superuenisse *d. §. quod dicitur.* Posteriore verò non item *d. l. 1. in princip. de pignor.* quia obligationem quæ ex pacto vel contractu aliquo nascitur, cuiusmodi est illa, quæ quasi Seruianam & hypothecariam parit, necesse est nasci vel statim ab initio & ipso pacti aut contractus tempore, vel nunquam. Hîc porrò non potuit nasci statim, cùm tempore conuentionis res certa quæ obligabatur, esset aliena, nec in id tempus conferretur obligatio, quo futura esset debitoris.

DEC. Directa quidem hypothecaria præcisam illam dominij probationem omnino exigit, adeóque inspecto tempore contractus, alioqui non potest pignus consistere, nisi ex superueniente aliqua noua voluntate domini, quomodo Accursius docet ex *l. cùm res 5. C. si alien. res pignor. dat. sit. l. qui balneum 9. §. Titia infr. qui potior. in pign. hab.* Sed deficiente directa, non est nouum vt vtilis competat, quoties eius dandæ iusta causa non deficit. Inductæ sunt enim actiones vtiles tam ciuiles, quàm prætoriæ, vt essent subsidiariæ deficientibus directis *l. quoties 21. infr. de præscript. verb.* Atqui cùm debitor ipse qui rem alienam quasi suam, siue sciens siue ignorans, pignori dedit creditori ignoranti, conuenitur hypothecaria vtili summa æquitas contra eum facit pro creditore, quoniam improbus est debitor, si conueniri se posse ideò neget, quòd aliena res fuerit, quam pignori dedit, cùm eo tempore quo dedit, suam esse adfirmauerit, vt proinde ex mendacio suo arguatur, qui non modò contra factum suum venire velit ad suam vtilitatem, quod nunquam ferendum est *l. post mortem 25. supr. de adopt.* sed etiam contra propriam suam adfirmationem, quod semper dolo proximum est *l. si quis adfirmauerit 9. sup. de dolo. l. Iulianus 13. §. quid tamen infr. de action. empt.* Porrò improbitas omnis coercenda est, & vindicanda, saltem data vtili aliqua non solum exceptione, sed etiam, si opus sit, actione *l. si quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. de re iudic.* Ergo creditori hoc casu accommodanda est vtilis hypothecaria, ad exemplum scilicet directæ, vt scriptum est in *l. cùm res 5. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Et hæc ratio est, quam Paulus noster adfert in fine huius legis, vt postea dicemus. Ex qua ratione intelligimus, tractare Paulum hîc de creditore ignorante rem esse alienam, quæ pignori dabatur. Nam si sciebat, non posset mendacium obiicere debitori, qui vtique scientem decipere non potuisset, quem nec certiorare debuerat *l. 1. in fin. de action. empt. l. tutor 16. §. 1. in fin. supr. hoc tit. l. nam si scit 26. de rei vindic.* Et ita locus hic Pauli conciliandus est cum *d. l. 1. de pignor.* vbi negat Papinianus, in speciem alienæ rei collata conuentione pignoris, posteà quæsito debitori dominio dandam esse vtilem actionem hypothecariam creditori, sed tantùm retentionem si possessor pignoris inueniatur. De illo enim creditore Papinianus disertè loquitur, qui rem alienam esse non ignorauit. Ne dubitare quis possit, aliud eum responsurum fuisse in creditore, qui ignorasset. Ignoranti enim & per iustam suam ignorantiam decepto succurrendum est (alieni namque facti semper probabilis est ignorantia *l. vlt. infr. pro suo.*) non etiam scienti, ac seipsum decipienti, vt loquitur *d. l. nam si scit.* An verò debitor ipse, qui rem alienam pignori dedit, alienam sciuerit, aut ignorauerit, non distinguimus, quoniam & cùm ignorauit, suamque rem esse credidit & adfirmauit, quomodo adfirmat hoc ipso, quisquis dat pignori, saltem in tacitum quoddam & necessarium antecedens, arguitur posteà ex suo mendacio, si neget se dominum eo tempore fuisse, quo pignori rem quasi suam dabat. Et quamuis iam tum non fuerit in dolo, si rem suam esse putabat, multoque minus si eam bona fide quasi suam possidebat. Nunc tamen dolo facit & mendacium suum fatetur, cum se negat fuisse dominum: non quia falsa sit negatio, sed quia declarat falsam fuisse adfirmationem, & quidem dolo malo, cùm hodie nihil eius intersit, an vera fuerit, an falsa, si modò bonam fidem vellet agnoscere, nec pignoris controuersiam ei facere, cui & pignus à se datum esse, & debere se non inficietur. Simile quiddam est in *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* Excipienda tantum est causa libertatis. Vtilis enim libertas nulla est, nisi quæ ab initio competiit & efficax fuit *l. si seruo alieno 20. infr. qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Nam si non aliud inspiciendum esset, vt vult Bartolus, nisi an interesset manumissoris, aliud sanè dicendum esset, quia hominem beneficio affici interest hominis *l. si venditor 6. §. 1. de seru. export.* præsertim fauore libertatis quam & competere & conseruari interest etiam reipublicæ. Multum ergò refert an contra de-

bitorem ipsum, an contra tertium possessorem hypothecaria exerceatur, de re aliena pignori data, cuius dominium posteà fuerit debitori acquisitum. Priore casu non potest debitor quæstionem dominij referre, non magis quàm creditor debitori *l. si pignore 22. § si prædo & § si creditor supr.* quia cùm conuenerit ipse de pignore, arguit se de mendacio, si neget rem eo tempore suam fuisse, siue bona fide illam possederit, siue possidendi titulum nullum habuerit, ac ne ipsam quidem possessionem, vt Paulus subiicit in fine huius legis: tametsi cùm rem pignori dabat, non adfirmauerit rem suam esse. Sufficit enim id tacitè actum fuisse, vt pro cauto & adfirmato habeatur *l. cum quid 3. supr. de reb. cred.* Nec refert quid dictum fuerit, cùm appareat quid actum sit *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* quamuis intersit aliquando, an quid nominatim dictum sit, an verò tacitè & in consequentiam tantùm veniat, vt in specie *l. penult. infr. de euict.* At posteriore casu cum aduersus tertium exerceretur hypothecaria, non potest actor vincere non solùm si directam proponat hypothecariam, sed nec si vtilem, quin probet rem quæ pignori data fuit, non quidem in dominio, sed saltem in bonis debitoris fuisse eo tempore quo pignori dabatur. Minus enim est ac multo facilius, probare rem fuisse in bonis quàm in vero, & quiritiario dominio, quando dominij probatio plerunque difficillima sit *§. commodum Instit. de interd.* rem autem in bonis esse facilè est, probare. Cùm ea demùm res in bonis nostris esse dicatur, cuius retinendæ nomine si eam possideamus exceptionē habemus, aut etiam actionem ad eam recuperandā si eius possessionem amiserimus *l. rem in bonis 52. infr. de acquir. rer. domin.* Itaque si qua res à nobis sic possessa fuerit, vt eius nomine Publicianam habere possimus, nemo dubitat quin & pignori à nobis dari possit, & ad eam vindicandam hypothecaria etiam contra tertium possessorem exerceri, quia sic tuetur Prætor creditorem per Seruianam, quemadmodum debitorem per Publicianam *l. si ab eo 18. infr. de pignor.* Quidni verò cùm vtraque actio sit ex iurisdictione Prætoris? Apud quem plus est habere rem in bonis, quàm in dominio quiritiario: cùm si quando concurrant, melior causa sit domini bonitarij, quàm quiritiarij, vt docet Vlpianus in *Fragment. tit. 19. de acquisit. rer.* & constat ex *l. doce 9. C. de rei vindic. iunct. l. quamuis 75. infr. de iur. dot.* Et hoc est, quod voluit dicere Bartolus, creditorem agentem hypothecaria directa, contra tertium possessorem, siue habentem titulo singulari causam lucratiuā à debitore, siue onerosam, probare debere dominium directum, vel vtile vel quasi dominium. Quamquam poterat & expeditiùs & meliùs dicere cum Caio in *d. l. & quæ nondum §. quod dicitur de pignor.* creditori incumbere onus probandi rem fuisse in bonis debitoris. Nam dominium, quod ille vocat vtile, nullum est, vt docuimus in libris Coniecturarum, & ad *l. 1. supr. si ager vectigal. pet.* Rem tamen in bonis habet quisquis, aut directum dominium, aut quod ille appellat vtile, aut quasi dominium habet. Imò & quisquis rem aliquam bona fide possidet *l. bonorum 49. de verb. signific.* nec facilè probare possum, quamuis aliàs probauerim, quod idem Bartolus tradit, & cum eo cæteri omnes interpretes, meliorem esse condicionem creditoris agentis Saluiano interdicto ad pignoris possessionem recuperandam. Hactenus nimirum, vt sufficiat ei probare debitoris sui possessionem solam, etiam agenti contra extraneum possessorem. Qua ratione vix vllus hodie in tota Italia vsus est actionis hypothecariæ, sed Saluiani tantùm interdicti, ex consilio Pauli Castrensis ad hanc legem, & quidem vtilis quoties aduersus extraneum agitur, non directi, vt se actor exoneret necessitate probandi dominij, cuius probationem plerique putant esse non modò difficilē, vt Iustinianus loquitur in *d. §. commodum.* sed etiam impossibilem: putant enim cum Saluiano interdicto, siue directo, siue vtili agitur sufficere solùm possessionis probationem, quod in eo interdicto, vt in cæteris de possessione tantùm non etiam de dominio & proprietate agatur ex *l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* Ego verò admitto equidem in hoc interdicto, vt in cæteris, de sola possessione agi, alioqui necessarium esse Seruianum iudicium, vt ait *l. 2. infr. eod. ill. tit.* Sed dico, ita hoc intelligi debere, vt qui agit Saluiano interdicto, contendat tantùm de possessione: non etiam vt ei sufficiat sui debitoris possessionem probare: cùm non aliter Saluianum directum, aut vtile, competat, quàm si probetur res coloni, aut alias de quibus agatur pignori datas esse *d. l. 1. infr. de Saluian. interd.* quod & Castrensis fatetur. At qui nō aliter probari hoc potest, quàm si probetur res illas, quæ pignoratæ dicuntur, in bonis debitoris fuisse *d. §. quod dicitur.* Nihil ergo hac in re prodesse creditori potest, quod Saluiano interdicto agat, potiùs quàm Seruiano, aut quasi Seruiano iudicio, vt se grauiori probatione exoneret. Aliudque est tractare de possessione actoris interdictum proponentis, aliud verò de authoris possessione ex qua ius interdicti pendeat, & quam vtique talem esse oportet, vt dubitari non possit, quin res ab eo pignoratæ, siue expressè, siue tacitè in bonis eius fuerint, id est, pro qua siue tuenda siue recuperanda vel actionem vel exceptionem habere potuerit *d. l. rem in bonis*, aut etiam interdictum: nam & actionis appellatione generali etiam interdicta continentur *l. actionis 37. infr. de oblig. & action.* vt proinde nihil prohibeat, intentari hoc casu hypothecariam, non minùs quàm Saluianum vtile interdictum licèt Bartolus hic *num. 9.* contrà sentiat. Nec rursus nouum est, vt etiam in interdictis de iure ac proprietate disputetur, si modò talia sint, vt ad rem familiarem pertineant *l. 2. §. quædam sunt infr. de interd.* cuiusmodi est Saluianum. Quare nec valde necesse est, tantopere laborare cum Bartolo, quibus modis dominium probari possit, an proponendo præscriptionem triginta vel quadraginta annorum, aut possessionem longi temporis cum titulo & bona fide in rebus immobilibus: pro mobilibus verò possessionem triennij æquè cum titulo & bona fide, quod tempus à Iustiniano præscriptum est vsucapioni in *l. vnic. C. de vsucap. transform.* An allegando etiam rem à debitore pignoratam, ab eodem possessam fuisse, & occupatam cùm anteà in nullius bonis esset, vt inferamus factam ergo esse iure gentiū primi occupantis. Quid enim necesse est de his & aliis acquirendi, aut probandi dominij modis, quærere in actione hypothecaria, cùm sufficiat probare rem in bonis debitoris fuisse, quod facillimæ probationis est. Planè in directa rei vindicatione, in qua nō nisi de dominio quæritur, & quod omnimodo probandum est, vt actor intentionem suam implere possit & vincere *d. in rem 23. in princip. supr. de rei vindic. l. vlt. C. eod.* potest Bartoli quæstio esse non inutilis: quamquam & vindicatio directa dominij etiam ei competit, qui rem in bonis habet, quāuis de dominio quiritiario nihil probet *d. l. doce 9. C. eod. tit.* dummodò ius habeat à domino, ne

mino, ne

mino, ne quis fortè nobis obiiciat Publicianam, quę vtilis tantùm & prætoria, non autem directa & ciuilis vindicatio est, quoniam quisquis Publicianam exercet, fatetur se emisse à non domino §. *namque Instit. de action.* Sufficit ergo ad probandum verum & quiritiarium dominium, vt qui agit, dicat probetque se titulùm habere ab eo, quem dicat fuisse dominum, licèt authoris sui dominium non aliter probet, quàm hoc ipso quòd non probatur emisse à non domino, ne alioqui dandus sit progressus in infinitum, si probandum sit dominium venditoris & eius similiter à quo venditor comparauit, aut vt dicat, probetque se vel authorem suum tâto tempore possedisse cum titulo, quâtum satis sit ad complendam vsucapionem. Quid enim aliud est vsucapio, quàm adeptio, aut vt alij legunt, adiectio dominij? *l. 3. infr. de vsucap. l. in bello 12. §. si quis seruum de captiu. & postlim.* Et hæc certior ac facilior certè est ratio probandi dominij, tum quoque cùm quis dicit emisse se à domino. Non enim minus iuris habet, qui iam dominus possedit per tempus legitimum vsucapioni præstitutum, quàm si dominus anteà non fuisset *d. §. si quis seruum in fin.* Et hos duos modos probandi dominij exprimunt Imperatores in *l. nullo iusto titulo 24. C. de rei vindic.* Nam quod addit Bartolus de præscriptione 30. vel 40. annorũ, falsum est, cùm per illam præscriptionem, si iustus titulus nullus præcedat, non dominium acquiratur, nec directa vindicatio, sed tantùm exceptio, quod & verbum ipsum præscriptionis demonstrat *tit. de diuers. tempor. præscript. l. si duo 13. §. Iulianus ait*, vbi diximus *supr. de iureiur.* Dices, Hypothecariam actionem & quasi Seruianam non dari, nisi ad auocandam nudam possessionem *l. si cùm venditor 66. infr. de euict.* Sufficere igitur debere creditori, vt probet possessionem, non etiam dominium debitoris. Respondeo per hypothecariam auocari quidem solam & nudam possessionem, sed ad eum finem, vt auocata possessione creditor possit pignus vendere, & tradere. Quænam enim est alia vtilitas pignoris, nisi vt distrahatur? & quidem ita, vt quamuis aliena res sit, dominium tamen à creditore in emptorem transferatur? Rem igitur ipsam quæ pignorata est, affici necesse est, & quidem à domino vel quiritiario, vel saltem bonitario, qui si ipse venderet dominium transferre posset, cùm nec alia causa sit, propter quam placuerit dominium transferri posse à creditore, qui dominus non est, quàm quia vendit ex domini voluntate, vt diximus ad *d. l. 4. supr.* Porrò afficere rem ipsam non potest is, qui eam tantùm possidet, sed is demùm qui eius verè dominus est, aut saltem qui eam in bonis habet. Dominium ergo aut quiritiarium aut saltem bonitarium omnimodo probandum est, vt pignus vtiliter datum aut hypotheca constituta videri possit. Quid? An non habet ius saltem in possessione is, qui rem possidet? Quidni ergo saltè ius illud, quod in possessione habet obligatum intelligitur, & ipsa possessio quam solã auocat is, qui agit hypothecaria? Obiectio est Bartoli, sed ad quam respondet non insubtiliter, vt sibi videtur, creditorem agentem hypothecaria non auocare possessionem debitoris, quam vtique amisit debitor siue tradendo pignus creditori *l. si rem alienam 9. §. propriè l. cùm & sortis 35. §. 1. supr.* siue vendendo alij, vt interuertat possessionem creditoris. Cùm enim non possint duo simul possidere, ne quidem vnus iustè, alius iniustè *l. 3. § ex contrario inf. de acquir. poss. l. duo 19. infr. de precar.* non potest debitor alium possessorem facere rei quam obligat, aut obligauit, quin possessionem suam amittat, nemo autem dubitat, quin extinctione & peremptione rei obligatæ pignus ipsum extinguatur *l. Paulus 29. §. domus de pignor.* Sed quàm futilis & vana sit hæc ad obiectionem responsio, ex eo intelligimus, quòd si pignus nudo pacto ac sine traditione constitutum sit, quam propriè hypothecam appellamus, nulla possessio in creditorẽ translata videri potest *d. l. 9. § propriè & d. l. 35. §. 1. supr.* Nec eo minùs tamen actio hypothecaria ei competit ad auocandam possessionem *d. l. si cùm venditor.* cùm inter pignus & hypothecam nihil omnino intersit, quantum ad formulam & potestatẽ actionis hypothecariæ *l. 5. §. 1. infr. de pignor.* Nisi quod magis propriè hypothecariam dicimus, quæ ex hypotheca nascitur, vnde & nomen habet, quàm quæ ex pignore. Atqui non potest dici creditorem hoc casu possessionem suam auocare, quam scilicet necdum habet hodie, nec vnquã habuit. Necesse igitur est, vt auocet possessionem alienam, id est, quæ penes eum sit, qui hypothecaria conuenitur, siue debitor ille sit, siue alius quilibet. Quidni ergo hoc saltem casu sufficiet creditori ad obtinẽdum in hypothecaria, etiam contra tertium possessorem, vt debitoris sui possessionem probet? Nam si contra debitorẽ ipsum agat, iam diximus sufficere probationem possessionis, nec requiri probationem dominij, quia referre quæstionem dominij debitor non potest: Imò nec possessionis quam dicat se nõ habuisse tempore contracti pignoris, cùm conuenerit ipse de pignore. Sufficit ergo creditori, vt probet conuentionem, & præsentem debitoris possessionem, vt in aliis in rem actionibus *l. non aliàs 24. §. sed si postulatur supr. de iudic. l. 1. C. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* non autem quod conuentionis tempore debitor possederit. Et hoc superioribus addendum est. Ad obiectionem verò Bartoli respondendum idipsum, quod iam diximus, Etsi per hypothecariam nuda possessio auocatur, ad eum tamen finem auocari, vt creditor vbi eam nactus erit, possit rem obligatam vẽdere, ac venditam emptori tradere: quod tamen non aliter fieri potest, quàm si per conuentionem pignoris res ipsa obligata afficiatur, nec tâtùm rei possessio, sed ipsa quoque res & proprietas obligetur, quod non alius facere possit, quàm qui eam rem conuentionis tempore saltem in bonis habuerit. In eoque maximè ac inter cætera differt pignoris & hypothecæ vindicatio à vindicatione dominij, quæ non fit in ordine, vt loquuntur ad venditionem, sed tantùm ad auocandam, & retinẽdam possessionem. Adhuc instat Bartolus, vt probet sufficere debere creditori hypothecariam contra tertium quoque exercenti, vt doceat de possessione sola sui debitoris. Ex eo, quod tum quoque cùm debitor nudam rei quam obligauit, possessionem habuit, & perdidit, auocare tamen illã & recuperare potuit interdicto aliquo ex iis quæ Prętor proposuit ad recuperandã possessionem. Cur non igitur & creditor, inquit Bartolus, recuperare & auocare eandem possessionem poterit, si ponas, vt ponendum est, obligata ei fuisse bona omnia debitoris, ac proinde iura quoque & actiones, de quibus nemo dubitat, quin bonorum appellatione contineantur *l. bonorum 49. in fin. de verb. signific.* Sed respondet, non cõpetere hoc casu hypothecariam creditori, sed tantummodò Saluianum interdictum. Æquè malè, vt iam ostendimus. Nam & qui Saluiano interdicto siue directo siue vtili experitur de re pignori data, sicuti probare cogitur rem pignori obligatam esse vtiliter, ita & probandum habet omni-

gauit, expressè se asseruit esse dominũ. Indeq; nimirũ occasionem sumunt quærendi, an liceat heredi arguere mendacium defuncti, tanquam si verba illa *vt ex suo mendacio arguatur*, duplicem sensum in recta Grammatica recipere possint, vnum de mendacio heredis, alterum de mendacio defuncti, in quo se non minùs malos Grammaticos, quàm Iureconsultos profitentur. Nam neque de herede, neque de defuncto ea verba intelligi debent, sed de debitore qui rem alienam quasi suam obligauit, ac posteà domino heres extitit, vt interpretati sumus. Quòd si cum Cuiacio pro tuenda Modestini sententia obiicias, æquum esse, vt heres ratum habeat factum defuncti. Respondebo id quidem verum esse quantum ad hoc, vt heres agens & veniens cõtra factum defuncti repellendus sit exceptione doli mali *d. l. 1. de except. rei vendit. & tradit. d. l. cùm à matre 14. Cod. de rei vindic. l. venditrici 3. C. de reb. alien. non alienand. l. vindicantem 17. l. Seia 72. infr. de euict. l. item si filiusfamilias 7. alias l. sed Iulianus §. sed etsi filiusfamilias infr. de SC. Maced.* sed non vt ideò contra heredem agi possit ex defuncti contractu qui non constitit. Neque rursus verum est successionem habere vim ratihabitionis in ijs quæ defũctus gessit suo nomine, sed in iis tantùm quæ gessit nomine heredis sui, puta si eius quoque bona obligauerit, quod facere suo iure potest. *l. Paulus respondit 29. in princip. & §. 1. infr. de pignor.* Negotium enim quod meo nomine gestum non est, non possum ego ratum habendo facere meum *l. si pupilli 6. §. sed si ego supr. de negot. gest.* Et ita intelligi debet, quod scriptum est in *l. aliena res 20. supr. hoc tit.* pignus in aliena re constitutum per subsecutam domini ratihabitionem confirmari.

42. Papinianvs libro 3. Responsorum.

Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, vt superfluum pretij cum vsuris restituat iure cogitur. nec audiendus erit, si velit emptorem delegare: cùm in venditione, quæ sit, ex facto suum creditor negotium gerat.

Ad l. Creditor 42.

Non est quòd longiores simus in huius legis interpretatione. Est enim à nobis fusiùs explicata in *l. eleganter 24. §. si vendiderit supr.* qui locus pugnare cũ hac lege ex diametro videbatur. Ostendimus autem ei locum illum à Triboniano corruptum fuisse, & legem hanc emendandam esse in illis verbis, *ex facto*, quæ sunt in Pandect. Florent. legendúmque *ex pacto* quod & ante nos Iacobus Cuiacius feliciter obseruauit, non vt in libro Accursij, & vulgata editione *in venditione ritè facta*. Nam cùm dubitandi ratio ad hanc legem illa esset quòd quoties non alia de causa quis tenetur, quàm quod actionem habeat, delegatio pro iusta præstatione est, vt Papinianus noster cuius hæc lex est, scribit in *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* In proposito autem creditor qui pignus vendidit pluris quàm ei debitum esset, non aliam ob causam pignoratitia actione teneri videbatur, vt superfluum precij redderet, quàm quòd eo nomine contra emptorem pignoris actionem ex vendito partam paratámque haberet, videbatur sanè audiendus volens emptorem delegare, Papinianus subtiliter animaduertit: imò verò creditorem qui ex pacto pignus vendidit, id est, non tantùm iure creditoris, sed etiam iure conuentionis non tam debitoris sui quàm proprium suum negotium gessisse: ideóque cogendum eum vt superfluum precij præcisè ipse restituat pignoratitia actione, hoc est eam quantitatem qua precium excedit summam debiti. Itaque tota ratio decidendi continetur iis verbis *in venditione quæ fit ex pacto*, vt intelligamus aliud responsurum fuisse Papinianum in venditione, quæ non ex pacto, sed tantùm ex necessitate iuris facta fuisset, quamuis creditore ipso distrahente iure creditoris. Siue autem hoc siue illo modo facta venditio sit ponendum necessariò est, ritè factam venditionem fuisse. Alioqui non solùm de superfluo precij quærendum non esset, sed neque de precio, quippe quod ex venditione nulla & non ritè facta deberi nullum potest: ideoque nec de emptore delegando, qui debitor non esset, non magis quàm si totum precium soluisset, vt in *l. vltim. Cod. si vendit. pignor. agat.* nisi fortè paratus esset debitor ratam habere venditionem, quamuis malè factam precium exigendo vt in *l. seruum Titij 49. infr. mandat.* Nam & cùm creditor pignus ex pacto vendit, vtique vendit quasi procurator creditoris, licèt sui nõ alieni negotij gerendi causa *l. si pignori. 29. in fin. supr. famil. ercisc.* ac proinde nihil impedit, quominùs eam venditionem ratam habere debitor possit, ac si eius nomine gesta esset *l. si pupilli. 6. §. item quæritur. 9. supr. de negot. gest.* Ex quo apparet Accursianam lectionem, & consequenter interpretationem, non modò mendosam esse, sed etiam improbabilem prorsus, & ineptam: sicut & tot conciliationes quas bonus Accursius conquirit vndique, vt Papinianum cum Vlpiano conciliet, & quas tamen omnes Castrensis hîc congerit, vt ex multis distinctionibus vnam efficiat, quam hîc refellere nihil attinet, cùm ex iis quæ iam diximus ad *d. §. si vendiderit l. eleganter 24. supr.* satis superque refutata sit.

43. Scævola libro 3. Digestorum.

Locum purum pignori creditori obligauit, eíque instrumentum emptionis tradidit: & cùm eum locum inædificare vellet, mota sibi controuersia à vicino de latitudine, quod aliàs probare non poterat, petiit à creditore, vt instrumentum à se traditum auctionis exhiberet. quo non exhibente, minorem locum ædificauit: atque ita damnum passus est, quæsitum est, an, si creditor pecuniam petat, vel pignus vendicet doli exceptione, posita iu-

dex huius damni rationem habere debeat. respondit, si operam non dedisset, vt instrumenti facultate subducta, debitor caperetur, posse debitorē, si pecuniam soluat, pignoratitia agere: opera autem in eo data, tunc & ante pecuniam solutam, in id, quod interest, cum creditore agi.

Ad l. Pignori 43. & vlt.

RAT. DVB. Non debet creditor recusare quominùs id saltem præstet debitori, quod sine ipsius creditoris dispendio futurum sit *l. in creditore 38. in fin. infr. de euict.* Atqui nihil interest creditoris, vt emptionis & authoritatis instrumentum sibi à debitore traditum exhibeat, quoties eo indiget debitor, vt suam præsertim & pignoris causam meliorem faciat, puta vt in eo fundo quem pignori dederat ædificet, si fortè mota ei sit à vicino controuersia de latitudine, quam aliàs probare non possit. Ergo si ob non exhibitũ à creditore emptionis, & authoritatis instrumentum debitor minorem locum ædificare coactus, atque ita damnum passus sit, damni huius rationem in persona debitoris haberi æquum est, vt creditor siue pecuniam petat, siue pignus vindicet opposita doli mali exceptione repellatur, si non hoc damnum sarcire ac præstare paratus sit. Maximè cùm ex parte debitoris non modò iusta, sed etiam necessaria causa fuerit petendæ exhibitionis, quam nec denegari vnquam oportet iis quorum ex aliqua iusta & honesta causa interest *l. argentarius 10. in princip. supr. de edend. l. si quæ sint cautiones 5. supr. Famil. ercisc. l. 3. §. sciendum & pass. ad exhib. l. instrumenta 24. C. de fideic.* Quis verò non videt, interfuisse hoc casu debitoris, cùm is instrumentorum ad pignoris causam pertinentium, non minùs quàm pignoris dominus manserit? Imò etiam creditoris, cui vtique non licuit per huiusmodi exhibitionis denegationem, ius & causam pignoris diminuere *l. creditor 7. Cod. hoc titul.* Quid enim ex ea denegatione sensit commodi, nisi quod debitori nocuit? Atqui malitiis indulgendum non est *l. in fundo 38. supr. de rei vindic.* DEC. Non facilè censendus est creditor exhibitionem instrumenti denegasse dolo malo, ex qua etiam lucrum ipse & commodum aliquod sperare potuisset, meliore facto per debitoris ædificationem pignore, vt non tantùm debitori, sed sibi etiam ipsi noceret. Qui enim dolum allegat, dolum probare debet *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo de probat.* nec facilè quisquam suum iactare, & vtilitates suas negligere præsumendus est *l. cùm de indebito 25. eod. tit.* Ergo si non probetur creditor data opera & dolo malo exhibitionem instrumenti denegasse, vt eius facultate subducta debitor caperetur, & in damnum incideret, nihil causæ est, cur non ei licere debeat pecuniam totam petere, aut pignus vindicare, quousque totum ei debitum solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum, quo demùm secuto pignoratitia agere debitor poterit. Potest enim variis ex causis fieri, vt exhibere instrumentum venditionis creditor non potuerit eo tempore, quo exhibitio petebatur, ita vt non modò nullus dolus, sed neque culpa vlla creditori obiici eo nomine possit. Quid enim si habuit in alia prouincia, vnde asportari tam citò non potuerit, vt in *l. ille à quo 13. §. si de testamento infr. ad SC. Trebell.*? Quid si in loco ad quem non pateat liber accessus? Quid denique si tale quid aliud simile, vt in *l. sciendum 21. & seq. infr. de vsur.*? Planè si creditor dolosè ac malitiosè hanc exhibitionem denegauit, aut, quod effectu penè idem est, distulit, tum verò id obtinebit, quod suprà obiecimus non esse malitiis indulgendum, & ex hac causa poterit debitor cum creditore agere in id quod interest, vt plenissimam indemnitatem consequatur, adeoque quod magis mirum est, etiam ante solutam pecuniam, vt Scæuola hîc respondit. Sed quanam actione? An fortè de dolo, cùm ponamus dolum intercessisse? Minimè verò. Non enim ad inducendam actionem de dolo sufficit dolum admissum esse, sed illud prætereà concurrere necesse est, vt dolus ille nulla alia actione vindicari possit, ne quidem subsidiaria & extraordinaria *l. 1. §. ait Prætor & §. idem Pomponius & pass. supr. de dolo.* Atqui in proposita specie competit pignoratitia, & quidem directa, de qua & in proximo versiculo egit Scæuola, in quam cùm etiam leuis culpa veniat, multò magis dolus *l. si cùm venderet 13. §. 1. supr.* cùm dolus omnis in se includat culpam *l. 5. §. nunc videndum supr. tit. prox. l. si seruus 31. supr. hoc tit. l. contractus 23. de regul. iur.* Ratio tamen dubitandi illa hîc suberat, quòd non datur pignoratitia directa debitori contra creditorem, nisi postquàm soluta est omnis pecunia debita, vel aliter eo nomine satisfactum fuit *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr. l. quandiu 6. C. de distract. pignor.* Sed id ad vrgendam pignoris restitutionem pertinet, non ad indemnitatem petendam, si quid interim dolo malo creditoris absit debitori, vt bene Bartolus interpretatur. Addit tamen Bartolus, non esse cogendum creditorem, vt venditionis instrumentum debitori exhibeat, tum quoque cùm exhibere & potest, & debet, nisi oblata per debitorem cautione de eo quandocunque creditori restituendo ex *l. quamuis 6. supr.* Nec improbabiliter si locus ille Triboniani non esset, magis quàm Pomponij, vt ad eum docuimus. Facit tamen non malè pro hac Bartoli sententia, quæ & nobis probatur, quod scriptum est in *l. si qua sint cautiones 5. supr. Famil. ercisc.* in illis verbis *cautione interposita vt cùm res exegerit ipsa exhibeantur: & dict. l. instrumenta 24. Cod. de fideicommiss.* Adde *l. si cùm conuenit 20. infr. de pignor.*

1 ¶ Titius cùm pecuniam mutuam accepit à Caio Seio sub pignore culleorum: istos culleos cùm Seius in horreo haberet, missus ex officio annonæ centurio culleos ad annonam sustulit: ac postea instantia Caij Seij creditoris recuperati sunt. quæro, intertrituram, quæ ex operis facta est, vtrum Titius debitor, an Seius creditor adgnoscere debeat. respondit, secundum ea, quæ proponerentur, ob id, quod eo nomine intertrimenti accidisset, non teneri.

Ad §. 1. Titius

Ad §.1.Titius.

RAT. DVB. Non videtur reddi dos quæ deterior redditur, siue pignorata fuerit, siue deposita, siue commodata *l.3.§.si reddita supr.tit.prox.l.1.§.si res deposita 16.infr.deposit.l.eleganter 24.§.vlt.supr.hoc tit.* Atqui ponimus culleos sub quorum pignore pecuniam mutuam Titius à Caio Seio acceperat, & sublato à centurione, misso ex officio annonæ ad annonam (seruabatur enim vinum & gestabatur in culleis *l.legatum 17.§.1.infr.de ann.legat.*) ex iis operis deteriores factos esse durante causa pignoris. Ergo quamuis eos postea Caius Seius à Centuriore recuperauerit, dicendum est, Caium Seium intertrituram illam, quæ ex iis operis facta est, aut, vt alias loqui prudentes solent, intertrimentum illud agnoscere debere, non Titium debitorem, cui ablati cullei non sunt, quos eo tempore non possidebat. DEC. Creditor qui pignus à debitore accepit, non tenetur, nisi de dolo & culpa leui, si qua ratione pignus interim deterius factum sit *l.si cùm venderet 13.§.1.sup. hoc tit.l.5.§ nunc videndum 1.sup.tit.prox.l.contractus 23. de regul.iur.l.creditor 7.& seq.C.hoc tit.* Atqui neque dolus vllus, neque culpa vlla est eius, qui iussu magistratus & ad causam ac vtilitatem publicam annonæ culleos sibi pignoratos tradidit, quamuis ex eo deteriores facti sint, cùm parêre habuerit necesse *l. non videntur data 167.§.1.de regul.iur.l.si quis 7.§.doli mali sup.de iurisd.l.ait Prætor 7.§.sed etsi versic.quid tamen sup.de minor.l.vlt.de leg.cōmiss.l.4.in princ.de aqua & aqua pluu.arcēd.l.iniuriarū 13.§.si quis quòd decreto inf.de iniur.* Ergo cùm nihil hoc casu creditori possit imputari, periculū intertrituræ ad eū pertinere non debet, sed ad debitorem, non quia ei aliquid imputari magis possit, sed quia dominus est. Ad quem enim alium potiùs quàm ad dominum pertinere debeat periculum casus fortuiti *l.pignus 9.cum l. præced.Cod.hoc tit. & d.l.contractus.* In proposita verò specie illud etiam facit pro creditore, quod ad eius instantiam cullei recuperati fuerāt, vt appareret nihil ei posse imputari, quamquam nec erat necesse, vt in recuperandis culleis diligentiam vllam præstaret: sufficit enim vt nihil ei imputari possit. Itaque si recuperare culleos non potuisset, idem tamen dicendum esset. Erant autem cullei non tantùm vinarij de quibus in *d.l. legatum 17.§.1.de ann. legat.* sed etiam frumentarij de quibus in *l. quæsitum 12.§.1.infr. de instruct. & instrum.legat.* & culleum aut culeum dicebant veteres vterem ex corio factum, vt ex Isidoro docet hîc Gotthofredus, quod nec Accursius noster ignorauit. Hinc verò infert Bartolus nec malè, posse officialem propter vtilitatē publicam capere res priuatorum, data tamen mercede de publico, ex *l.2.C.pro quib.caus.serui pro præm.libert.accip.l.item si verberatum 15.§.1.supr.de rei vindic.l.si locus 14.§.1.quemadm.seruit. amitt.* Quod tamen quantum ad dandam mercedem non seruari de consuetudine idem Bartolus post Accursium notat. Plus dicit Bartolus, posse etiam Magistratus authoritate iuberi quem vt condemnato caput amputet, vel eum furca suspendat, si modò, inquit, vilis persona sit. Hoc enim facit vtilitas publica, cuius gratia constat alia quàm plurima contra iuris ciuilis rationem & constituta & recepta esse *l.ita vulneratus 51.§.vlt.supr.ad leg. Aquil.* Iuris enim communis ratio sanè repugnat *l.1.& 2.C.ne liber. aut ingen.lib.xi.& ne oper.à collat.exig.& tit.ne rustic.ad offic.vll.reuoc. per tot.* Iunge *Nouell.de sanctiss. Epis.§.si monachus igitur.*